

Estudios

- Ley aplicable a los regímenes económicos matrimoniales y Reglamento 2016/1103 de 24 junio 2016. Estudio técnico y valorativo de los puntos de conexión
Law applicable to marriage property regimes in Regulation 2016/1103 of June 24, 2016. A technical and value analysis of the connecting factors
ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA - JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ 10
- Aspectos jurídicos de la ecomoneda, la nueva moneda virtual amiga del medioambiente
Legal aspects of eco-coin, the new environmentally friendly virtual currency
ARMANDO ALVARES-GARCIA JÚNIOR 110
- Limitaciones y alcance de la responsabilidad de las empresas proveedoras de servicios en el discurso de odio *online*. El caso de Meta en la incitación al genocidio rohingya
Limitations and scope of the responsibility of internet service provider companies. Meta and incitement to genocide of Rohingya case
LIBIA ARENAL LORA 141
- El foro de necesidad y el acceso internacional a la justicia ante la vulneración de derechos humanos por parte de sujetos económicos privados
The forum of necessity and international access to justice in the face of human rights violations by private economic agents
DANIELA BARDEL - IRENE MERINO CALLE 167
- Breves reflexiones sobre las obras de arte robadas por los nazis
Few brief thoughts on the works of art stolen by the Nazis
ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA - JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ 198
- Las transferencias de datos a través del Metaverso a la luz de los últimos acuerdos (UE - EE.UU.). El fenómeno “tú a Londres y yo a California”
Data transfers through the Metaverse in the light of the latest agreements (EU-US). The “parent trap” phenomenon
JONATÁN CRUZ ÁNGELES 251
- La ocupación ilegal de inmuebles: un necesario enfoque global
Squatting: a global approach
MATILDE CUENA CASAS 293

The exchange contract in the Portuguese legal system and comparative law <i>O contrato de permuta no ordenamento jurídico português e o direito comparado</i> SÉRGIO MANUEL DA COSTA MACHADO	337
La regulación como modalidad genérica de intervención pública. La regulación en la sociedad digital (Transformaciones en el derecho público y privado) <i>Regulation as a generic form of public intervention. Regulation in the digital society (Transformations in public and private law)</i> TOMÁS DE LA QUADRA SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO	361
La fusión transfronteriza en el ámbito del Derecho Comunitario <i>Cross-border mergers under Community Law</i> LUISA MARÍA ESTEBAN RAMOS	378
Problemática de la clasificación arancelaria de las mercancías en la Unión Europea <i>Problems of tariff classification of goods in the European Union</i> DAVID GARCÍA GUERRERO	403
Hacia una Unión Europea “de” las personas. Sobre la propuesta de la Comisión Europea sobre la protección de adultos vulnerables en situaciones transfronterizas <i>Towards an European Union for persons. The European Commission proposal for a regulation on the protection of vulnerable adults in cross-border cases</i> MARÍA GONZÁLEZ MARIMÓN	420
La adaptación de la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio, en materia de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos a la cuarta revolución industrial <i>The adjustment of the product liability Directive 85/374/EEC of 25 July to the fourth industrial revolution</i> PALOMA GONZÁLEZ BELUCHE	446
La utilidad del poder de mercado en la determinación de la naturaleza jurídica de los servicios prestados por las plataformas digitales <i>The usefulness of market power in determining the legal nature of the services provided by digital platforms</i> PEDRO MARIO GONZÁLEZ JIMÉNEZ	489
La inteligencia artificial en el arbitraje internacional 2.0. Oportunidades y desafíos en un futuro que ya es presente <i>Artificial intelligence in 2.0 International arbitration. Opportunities and challenges in a future that is already present</i> MARTA GONZALO QUIROGA	516
El principio de no discriminación del Convenio de Nueva York de 1958 y el procedimiento de exequatur de los laudos arbitrales extranjeros en España <i>The New York Convention principle of non-discrimination and the exequatur procedure for foreign arbitral awards in Spain</i> NATIVIDAD GOÑI URRIZA	551
Estudio del primer ecosistema con personalidad jurídica en Europa: análisis a luz de la obligación internacional de proteger y del derecho comparado* <i>Study of the first ecosystem with legal personality in Europe: analysis in the light of the international obligation to protect and comparative law</i> VÍCTOR LUIS GUTIÉRREZ CASTILLO	578
Cuestiones a debate en torno a las cláusulas de jurisdicción. Retos y desafíos para una propuesta de reforma limitada del Artículo 25 del Reglamento Bruselas I (refundido) <i>Questions to debate around choice of court agreements. Challenges for a limited reform of article 25 of Brussels I Regulation (recast)</i> MÓNICA HERRANZ BALLESTEROS	602

La recuperación de las preocupaciones estructurales. La sentencia Towercast y la vuelta de Continental Can <i>The retrieval of structural concerns. The Towercast judgement and the return of Continental Can</i> CARMEN HERRERO SUÁREZ	629
La causa de exoneración de los riesgos por desarrollo en el nuevo paradigma digital ¹ <i>The development risks in the digital era</i> GUILLEM IZQUIERDO GRAU	650
Distributed Ledger Technology in Financial Markets. The European Union Experiment <i>La tecnología de registro distribuido en los mercados financieros. El experimento de la Unión Europea</i> BRISEIDA SOFÍA JIMÉNEZ-GÓMEZ	665
Legal privilege in international arbitration <i>El secreto profesional en el arbitraje internacional</i> BRISEIDA SOFÍA JIMÉNEZ-GÓMEZ	679
El velo islámico como causa de despido en empresas privadas <i>The Islamic veil as a cause for dismissal in private companies</i> MAR LEAL-ADORNA	709
La notificación electrónica en el Espacio Judicial Europeo. Retos y problemas <i>Electronic notification in the European Judicial Area. Challenges and issues</i> NURIA MARCHAL ESCALONA	736
El <i>gender mainstreaming</i> y la protección de los menores en secuestros transfronterizos <i>Gender mainstreaming and the protection of minors in cross-border kidnapping</i> GISELA MORENO CORDERO	767
El principio de subsidiariedad en la normativa europea para un mercado único digital <i>The Principle of Subsidiarity in European Rules for a Digital Single Market</i> RICARDO PAZOS CASTRO	801
La publicidad de l@s influencers <i>Influencer marketing</i> JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO	833
El divorcio notarial español a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea <i>The Spanish notarial divorce in the light of the Court of Justice of European Union</i> M. ^a ÁNGELES RODRÍGUEZ VÁZQUEZ	853
Discriminación por razón de sexo y Seguridad Social: La aplicación de la Directiva 79/7 en España <i>Sex discrimination and Social Security: The application of Directive 79/7 in Spain</i> CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO	871
Il GDPR e la tutela del titolare dei dati personali fra public e private enforcement nelle ipotesi di trattamento transfrontaliero <i>The GDPR and the protection of the data subject between public and private enforcement in the case of cross-border processing</i> LIVIO SCAFFIDI RUNCHELLA	898
La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006. Una aproximación crítica a su adaptación al Derecho español y su reflejo en la jurisprudencia <i>The United Nations Convention on the rights of persons with disabilities, dated December 13th, 2006. A critical approach to its implementation within the Spanish law and its reflection in case law</i> MANUEL SERRANO RUIZ-CALDERÓN - FRANCISCO DE BORJA LANGELAAN OSSET	920

	Estudio de Derecho español, inglés y comunitario sobre la extensión al tercero perjudicado del convenio arbitral y de ley aplicable del seguro marítimo de responsabilidad civil <i>Analysis on the Spanish, English and European law on the extension to the injured third party of the arbitration agreement and the applicable law of maritime civil liability insurance</i> ELISEO SIERRA NOGUERO	942
	El nuevo juicio verbal previsto en el proyecto de ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia y los estándares europeos <i>The new verbal trial planned in the bill on procedural efficiency measures of the public justice service and the European standards</i> JULIO SIGÜENZA LÓPEZ	962
	La justicia como límite de la cosa juzgada <i>Justice as the limit of res judicata</i> JULIO SIGÜENZA LÓPEZ	984
<hr/>		
Varia	A propósito de los foros de protección. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de octubre de 2022, asunto C-604/20, Roi Land Investments Ltd <i>About protective rules on jurisdiction. Commentary on the judgment of the Court of Justice of 20 October 2022, case C-604/20, Roi Land Investments Ltd</i> CARLOS AINCIBURU SERNA	1005
	Louboutin vs. Amazon. ¿un litigio más sobre la responsabilidad de las plataformas digitales en el uso de una marca? Comentario de la sentencia del TJUE de 22 de diciembre de 2022, asuntos C-148/21 y C-184/21 <i>Louboutin vs. Amazon. One more litigation about the liability of digital platforms in the use of a trademark? Commentary on the ECJ ruling of 22 December of 2022, cases C-148/21 and C-184/21</i> ISABEL ANTÓN JUÁREZ	1016
	Crónica de jurisprudencia laboral internacional 2022 <i>Chronicle of international labor jurisprudence 2022</i> ÁNGEL ARIAS DOMÍNGUEZ	1028
	España a la cabeza en la litigación derivada del cártel de los fabricantes de camiones. Primeras sentencias del Tribunal Supremo Español y su relevancia en Europa Spain leading the way in the truck's cartel litigation. First rulings by the Spanish Supreme Court and their relevance in Europe BEN BORNEMANN - DRA. JULIA SUDEROW	1040
	Bibliografía de Derecho internacional privado (2022) <i>Private International Law Bibliography (2022)</i> ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA - JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ	1051
	El arte de escribir bien en Derecho internacional privado (reglas y consejos para una escritura creativa en Derecho internacional privado) <i>The art of writing well in Private International Law (rules and tips for a creative writing in Private International Law)</i> JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ	1122
	Cláusula de prorrogación de la competencia en condiciones generales de la contratación. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 24 de noviembre de 2022, asunto C-358/21 <i>Jurisdiction clause included in the general terms and conditions. Purpose to the CJEU Judgement of 24th November 2022, Case C-358/21</i> LUIS F. CARRILLO POZO	1164

<p>La Ley aplicable a los contratos del personal civil internacional de las misiones de la Unión Europea. A propósito de la STGUE de 10 de noviembre de 2021 <i>Law applicable to employment contracts of civilian staff of EU missions. About the judgment of the EU General Court of 10th November 2021</i> ANA CRESPO HERNÁNDEZ</p>	1176
<p>De nuevo la batalla por la cuantificación del daño y la estimación judicial: La STJUE Tráficos Manuel Ferrer <i>Again, the battle of harm quantification and judicial estimation: The CJEU ruling Tráficos Manuel Ferrer</i> FERNANDO DIEZ ESTELLA</p>	1187
<p><i>Perpetuatio fori</i> y coexistencia entre el Reglamento (CE) 2201/2003 y el Convenio de La Haya de 1996. A propósito de la STJUE de 14 de julio de 2022, asunto C-572/21, CC <i>Perpetuatio fori and coexistence between Regulation (EC) 2201/2003 and the 1996 Hague Convention. Regarding the STJUE of July 14, 2022, case C-572/21, CC</i> ANTONIA DURÁN AYAGO</p>	1213
<p>La Ley aplicable al plazo de prescripción de la acción en el contrato internacional de trabajo. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social de 4 de enero de 2023 <i>The law applicable to the limitation period of the action in the international employment contract. Commentary on the judgment of the Supreme Court, Social Chamber of January 4, 2023</i> DIANA GLUHAIA</p>	1220
<p>Pluralidad de testamentos en sucesión internacional con parte del caudal relicto en Chicago <i>Plurality of wills in international succession with part of the estate in Chicago</i> SAIOA GOYENECHÉ ECHEVERRÍA</p>	1229
<p>Indefensión y cooperación judicial internacional. Patologías en la notificación de documentos judiciales entre España y Suiza <i>Lack of proper defence and international judicial cooperation. Pathologies in the service of judicial documents between Spain and Switzerland</i> VÍCTOR JAVIER LANA ARCEIZ</p>	1237
<p>A vueltas con los conocimientos de embarque y la competencia judicial internacional. Algunas observaciones sobre la cuestión en torno al auto de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 93/2019, de 5 de julio (Secc. 28ª) <i>Not again Bill of Lading and international jurisdiction. Some observations on the issue around ruling no. 93/2019, July 5th, of the Provincial High Court of Madrid (Section no. 28)</i> FRANCISCO DE BORJA LANGELAAN OSSET</p>	1258
<p>La Corte di Cassazione italiana si pronuncia sulla riconoscibilità in Italia di una sentenza di merito straniera preceduta dall'emissione di un <i>freezing order</i>: riflessioni a margine dell'ordinanza del 16 settembre 2021 n. 25064 <i>The Italian Corte di Cassazione rules on the Recognition in Italy of a Foreign Judgment on the Merits preceded by the issuance of a Freezing Order: Reflections on the Ruling of 16 September 2021 No. 25064</i> REBEKKA MONICO</p>	1287
<p>Aplicación de la norma española de conflicto de leyes interno para determinar el régimen económico matrimonial <i>Application of the conflict of laws Spanish rule to determine the matrimonial property regime</i> JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO</p>	1301
<p>La competencia judicial de los tribunales españoles en el transporte marítimo. Análisis de la SAP Pontevedra n.º 40/2023 de 26 de enero de 2023 <i>The jurisdiction of Spanish courts in maritime transport. Analysis of SAP Pontevedra n.º 40/2023 of 26 January 2023</i> YERAY ROMERO MATUTE</p>	1309

	La residencia habitual como foro de competencia judicial internacional en algunos sectores del derecho de familia internacional <i>Habitual residence as a forum of international judicial jurisdiction in some sectors of international family law</i> MERCEDES SABIDO RODRÍGUEZ	1324
	El sempiterno problema de la determinación de la residencia habitual del menor a los efectos de una sustracción internacional de menores: Una visión desde la SAP de Salamanca nº 844/2022, de 2 de noviembre <i>The everlasting problem of determining the habitual residence of the child for the purposes of an international child abduction: A view from Salamanca SAP n.º 844/2022, of November 2</i> MARÍA JESÚS SÁNCHEZ CANO	1343
	C-291/21, <i>Starkinvest</i> . Can a European Account Preservation Order be employed to secure a penalty payment? C-291/21, <i>Starkinvest</i> . ¿Puede emplearse una orden europea de retención de cuentas para garantizar una multa coercitiva? CARLOS SANTALÓ GORIS	1356
<hr/>		
Congresos	Negar y establecer la paternidad <i>de lege lata</i> según el DIP rumano vs. <i>de lege ferenda</i> según el Reglamento del Consejo en materia de filiación y sobre la creación de un certificado de filiación europeo <i>Denying and establishing paternity de lege lata according to the Romanian private international law vs. de lege ferenda according to the Council Regulation in matters of parenthood and on the creation of a European Certificate of Parenthood</i> NADIA - CERASELA ANIȚEI - RALUCA LAURA DORNEAN PĂUNESCU	1365
	“Third-State connections” in the proposal for an EU regulation on parenthood: more than a regime of circulation of the status between Member States? <i>Conexiones con terceros Estados en la propuesta de reglamento europeo en materia de filiación: ¿más que un régimen de circulación del estatuto personal entre Estados miembros?</i> DILETTA DANIELI	1387
	La propuesta de normas de competencia judicial internacional en materia de filiación: entre lo conocido y lo desconocido <i>The proposal of norms of international judicial competence in matters of parenthood: between the known and the unknown</i> ANTONIA DURÁN AYAGO	1400
	La interconexión de los foros de competencia en la propuesta de Reglamento europeo en materia de filiación con los Reglamentos Bruselas II ter y III <i>The interconnection in regulation of jurisdiction in the proposal for a European Regulation in matters of parenthood with the Brussels III ter and III Regulations</i> MONTSERRAT GUZMÁN PECES	1410
<hr/>		
Recensiones	J.J. PIERNAS LÓPEZ/L. HANCHER/L. RUBINI (Eds.). <i>The Future of EU State aid Law and Policy: Consolidation and Expansion</i> . Alfonso - Luis Calvo Caravaca	1426
	JORGE OVIEDO ALBÁN. <i>Falta de conformidad, mitigación y subsanación en la compraventa internacional</i> . Silvana Canales Gutiérrez	1429
	C. M. LÓPEZ ESPADAFOR (Director). <i>Los nuevos retos de la fiscalidad de la Unión Europea</i> . Jonatán Cruz Ángeles	1432

ELISEO SIERRA NOGUERO. <i>La compensación económica de los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque, cancelación de vuelo y gran retraso a la llegada.</i> Miriam Cugat Mauri	1436
ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA / JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores). <i>Tratado de Derecho Internacional Privado.</i> Silvia Marino	1439
F. GASCÓN INCHAUSTI/ P. PEITEADO MARISCAL. <i>Estándares europeos y proceso civil. Hacia un proceso civil convergente con Europa.</i> Pablo Muyo Bussac	1444
A. FERNÁNDEZ PÉREZ. <i>Procedimientos administrativos en materia de extranjería.</i> Alfonso Ortega Giménez	1448
DOROTHY ESTRADA-TANCK. <i>Nuevos horizontes en la protección internacional de los Derechos Económicos y Sociales.</i> Ángeles Solanes Corella	1450
ANGELA DI STASI, MARIA CATERINA BARUFFI, LINA PANELLA. <i>Cittadinanza europea e cittadinanza nazionale. Sviluppi normativi e approdi giurisprudenziali.</i> Roberto Virzo	1453

Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)

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

Directores

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA, Universidad Carlos III de Madrid
ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ, Universidad Carlos III de Madrid

Redacción

ISABEL ANTÓN JUAREZ, Universidad Carlos III de Madrid

Consejo Asesor

PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, Universidad de Extremadura
CELIA MARIA CAAMIÑA DOMINGUEZ, Universidad Carlos III de Madrid, España
DIEGO PEDRO FERNÁNDEZ ARROYO, Instituto de Estudios Políticos de París
PEDRO-PABLO MIRALLES SANGRO, Universidad Nacional de Educación a Distancia

ILARIA PRETELLI, Institut suisse de droit comparé (ISDC)
JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO, Universidad Carlos III de Madrid
IGNACIO TIRADO MARTÍ, Secretario General de UNIDROIT
FRANCESCA C. VILLATA, Università Degli Studi di Milano

Comité Científico

CARMEN ALONSO LEDESMA, Universidad Complutense de Madrid
STEFANIA BARIATTI, Universidad Milano
JÜRGEN BASEDOW, Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg
CHRISTINE BUDZIKIEWICZ, Universidad de Marburgo
CRISTINA CAMPLIGIO, Universidad Pavia
M^a PILAR CANEDO ARRILLAGA, Universidad de Deusto
MARÍA JOSÉ CERVELL HORTAL, Universidad de Murcia
ANGELO DAVI, Università degli Studi di Roma «La Sapienza»
PIETRO FRANZINA, Universidad de Ferrara
ESTELLE GALLANT, Université Toulouse 1 Capitole
FRANCISCO J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Universidad Autónoma de Madrid
HELÈNE GAUDEMET-TALLON, Universidad Paris II-Panthéon-Assas
JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO, Director General de la DGRN
MÓNICA GUZMÁN ZAPATER, Universidad Nacional de Educación a Distancia
PILAR JIMÉNEZ BLANCO, Universidad de Oviedo
ULRICH MAGNUS, Universidad Hamburg
FRANÇOIS MAILHÉ, Université de Picardie Jules Verne, Amiens
MARIA CHIARA MALAGUTI, President of UNIDROIT
HEINZ PETER MANSEL, Universidad de Köln

SILVIA MARINO, Università degli Studi dell'Insubria, Italia
DIETER MARTINY, Univ. Frankfurt a.O.-Viadrina
PIERALBERTO MENGOZZI, Universidad de Bolonia,
RUI MANUEL MOURA RAMOS, Universidad de Coimbra
JESÚS R. MERCADER UGUINA, Universidad Carlos III de Madrid
DÁRIO MOURA VICENTE, Universidad Lisboa
HORATIA MUIR-WATT, Instituto de Estudios Políticos de París
JORGE OVIEDO ALBÁN, Universidad La Sabana
JUANA PULGAR EZQUERRA, Universidad Complutense de Madrid
LUCIANO PAREJO ALFONSO, Universidad Carlos III de Madrid
LUÍS DE LIMA PINHEIRO, Universidad de Lisboa
CATHERINE PRIETO, Universidad Paris I Panthéon-Sorbonne
MARTA REQUEJO ISIDRO, Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law
GIAN PAOLO ROMANO, Université de Genève
TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO, Universidad Carlos III de Madrid
MARCOS SACRISTÁN REPRESA, Universidad de Valladolid
FRANCESCO SALERNO, Universidad de Ferrara
ANGELA DI STASI, Università degli Studi di Salerno
LUIS A. VELASCO SAN PEDRO, Universidad de Valladolid
EDUARDO VALPUESTA GASTAMINZA, Universidad de Navarra

Comité de Evaluación

SERGIO CÁMARA LAPUENTE, Universidad de La Rioja
BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ, Universidad de Sevilla
ÁNGEL GARCÍA VIDAL, Universidad de Santiago de Compostela
NATIVIDAD GOÑI URRIZA, Universidad Pública de Navarra

AURORA HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Universidad de Cantabria
M^a ÁNGELES RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Universidad de Sevilla
FRANCEZCO SEATZU, Università degli studi di Cagliari

ESTUDIOS

Ley aplicable a los regímenes económicos matrimoniales y Reglamento 2016/1103 de 24 junio 2016. Estudio técnico y valorativo de los puntos de conexión

Law applicable to marriage property regimes in Regulation 2016/1103 of June 24, 2016. A technical and value analysis of the connecting factors

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA

Catedrático de Derecho internacional privado

Universidad Carlos III de Madrid

ORCID ID: 0000-0003-2236-4641

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho internacional privado

Universidad de Murcia

ORCID ID: 0000-0002-0347-7985

Recibido: 20.04.2023 / Aceptado: 17.05.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.8050

Resumen: El presente estudio tiene por objeto explorar el sistema de conexiones para determinar la Ley aplicable al régimen económico matrimonial en el Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales. Los puntos de conexión empleados por el Reglamento son analizados mediante un doble examen, técnico y valorativo. Desde el punto de vista técnico, algunas soluciones podrían haberse presentado con mayor transparencia y coherencia con otros reglamentos europeos. Frente a ello, desde el punto de vista valorativo, debe ponerse de relieve que los criterios de conexión utilizados conducen a soluciones eficientes, previsibles y claras que favorecen una correcta gestión de los bienes matrimoniales en un escenario, como el actual, en el que los cónyuges cambian con frecuencia de país de residencia habitual y de nacionalidad y en el que los bienes vinculados a la economía matrimonial suelen estar dispersos por varios países.

Palabras clave: Reglamento 2016/1103, régimen económico matrimonial, puntos de conexión, eficiencia, bienes matrimoniales, residencia habitual, elección de Ley, economía matrimonial.

Abstract: The purpose of this study is to explore the system of connections to determine the Law applicable to the matrimonial property regime in Regulation (EU) 2016/1103 of the Council of June 24, 2016 establishing reinforced cooperation in the field competition, applicable law, recognition and enforcement of resolutions in matrimonial property regimes. Not only are the connecting factors in the Regulation analyzed through a technical examination, but also using a value focused test. From a technical point of view, some solutions could have been presented with greater transparency and coherence with other European regulations. On the contrary, from a value view, it should be highlighted that the

connecting factors used lead to efficient, predictable and clear solutions that favour proper management of matrimonial assets in our current social scenario, in which the spouses frequently change their country of habitual residence and nationality and in which the assets linked to the matrimonial economy are usually scattered throughout several countries.

Keywords: Regulation 2016/1103, matrimonial property regimes, connecting factors, efficiency, matrimonial assets, habitual residence, choice of Law, matrimonial economy.

Sumario: I. Introducción. 1. Los Reglamentos gemelos. 2. Efectos jurídicos del matrimonio. 3. El matrimonio como cuestión previa al régimen económico matrimonial. II. El Reglamento 2016/1103 de 24 junio 2016 [regímenes económicos matrimoniales]. Consideraciones generales. 1. El Reglamento 2016/1103 y el espacio europeo de justicia. A) Elaboración del Reglamento 2016/1103 y la cooperación reforzada. B) El Reglamento 2016/1103 y el Derecho de familia internacional de la Unión Europea. 2. La noción de matrimonio. A) El silencio elocuente del Reglamento 2016/1103. B) La remisión al Derecho nacional de cada Estado miembro. 3. Enfoque de Derecho internacional privado. 4. Algunas definiciones auténticas. 5. Relaciones del Reglamento 2016/1103 con otros textos legales internacionales. 6. Ámbito de aplicación del Reglamento 2016/1103. A) Ámbito de aplicación material. a) Concepto de “régimen económico matrimonial”. b) Concepto de “situaciones transfronterizas”. c) Cuestiones excluidas del Reglamento. B) Ámbito de aplicación temporal del Reglamento 2016/1103. C) Ámbito de aplicación espacial del Reglamento 2016/1103. D) Ámbito de aplicación personal del Reglamento 2016/1103. III. Ley aplicable a los regímenes económicos matrimoniales y Reglamento 2016/1103 de 24 junio 2016. 1. Introducción. Los distintos regímenes económicos matrimoniales en el mundo. 2. Las normas de conflicto del Reglamento 2016/1103 como precipitado histórico. 3. Principios generales inspiradores de las normas de conflicto del Reglamento 2016/1103. A) Carácter *erga omnes*. B) Unidad y universalidad de la ley aplicable al régimen económico matrimonial. C) Puntos de conexión subsidiarios y principio de proximidad. D) Normas de conflicto con puntos de conexión eficientes. E) Normas de conflicto uniformes que evitan el Forum Shopping. F) Normas de conflicto rígidas y seguridad jurídica. 4. Ley elegida por los cónyuges. A) Autonomía conflictual de los cónyuges. Aspectos generales. B) Autonomía conflictual de los cónyuges. Razón de ser de la conexión. C) Extensión objetiva de la elección de la Ley aplicable. D) Requisitos de fondo de la elección de Ley. a) Leyes susceptibles de elección por los cónyuges. i) Aspectos generales. ii) La Ley nacional de cualquiera de los cónyuges. iii) Ley de la residencia habitual de cualquiera de los cónyuges. b) Elección de Ley por los cónyuges. c) Elección de una Ley única. d) Elección de la Ley sustantiva de un Estado. e) Cuestiones problemáticas. i) Incorporación por referencia de normas sustantivas de un Derecho estatal. ii) Elección de un concreto régimen económico matrimonial existente en una Ley estatal. iii) Elección de una Ley estatal que no contempla el régimen económico matrimonial. iv) Elección de una Ley estatal que prohíbe a los cónyuges elegir la Ley reguladora del régimen económico matrimonial. v) Cláusulas de *exclusio juris*. f) Consentimiento de los cónyuges. i) Regla general. Existencia y validez del consentimiento. ii) Regla especial. La Ley de la residencia habitual con función de protección. g) Capacidad de los cónyuges. E) Requisitos de forma de la elección de Ley. a) Requisitos formales mínimos “europeos”. i) Acuerdo por escrito, fechado y firmado. ii) La cuestión de la elección tácita de la Ley aplicable. b) Requisitos formales adicionales “nacionales”. F) La elección de ley en el tiempo. a) Momento de la elección de Ley. b) Cambio de la elección de Ley. c) Efectos legales del cambio de la Ley aplicable. d) Validez en el tiempo del pacto de elección de Ley anterior a la celebración del matrimonio. 5. Ley aplicable en defecto de elección por las partes. A) Aspectos generales. La eficiencia de la ley reguladora del régimen económico matrimonial. B) Ley del Estado de la primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio. a) Razón de ser de la conexión. b) Concepto de “residencia habitual de los cónyuges”. c) Primera residencia habitual común. d) Proyección en el tiempo de la primera residencia habitual común. e) Primera residencia habitual común “inmediatamente después del matrimonio”. C) Ley de la nacionalidad común de los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio. a) Razón de ser de la conexión. b) Momento de precisión de la nacionalidad. c) Ley aplicable a la determinación de la nacionalidad. d) Cónyuge con múltiple nacionalidad. i) Remisión al Derecho del Estado miembro del foro. ii) El límite europeo. e) Cónyuges con varias nacionalidades comunes. f) Cónyuges apátridas. g) Cónyuges nacionales de Estados plurilegislativos. D) Ley del Estado con el que ambos cónyuges tienen la conexión más estrecha en el momento de la celebración del matrimonio. a) Cláusula de cierre del sistema y principio de proximidad. b) La evaluación global de las circunstancias del caso concreto. E) Cláusula de excepción para el caso de una primera residencia habitual de los cónyuges de corta

duración. a) Razón de ser de la cláusula de excepción. b) Requisitos para activar la excepción del art. 26.3 RREM. c) Efectos de la excepción recogida en el art. 26.3 RREM. IV. Reflexiones finales.

I. Introducción

1. Los Reglamentos gemelos

1. El Reglamento 2016/1103 del Consejo de 24 junio 2016 [regímenes económicos matrimoniales] y el Reglamento 2016/1104 del Consejo de 24 junio 2016 [efectos patrimoniales de las uniones registradas] recogen una serie de normas de competencia, ley aplicable y validez extraterritorial de decisiones en relación con los efectos patrimoniales del matrimonio y de las parejas registradas en los casos internacionales¹. Ambos fueron oficialmente publicados al mismo tiempo, en el mismo DOUE, y se conocen como los Reglamentos gemelos (“*the twin regulations*”). No obstante, no son gemelos jurídicos univitelinos o monocigóticos, ya que no son idénticos. Diferencias relevantes existen, como es natural, entre los dos reglamentos europeos, pues el objeto regulado es significativamente diferente tanto desde un punto de vista técnico como valorativo.

El presente estudio tiene por objeto, únicamente, el sistema de conexiones para determinar la Ley aplicable al régimen económico matrimonial en el Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales². Como escribe G. WIEDERKEHR, «*el matrimonio une a las personas y, por ese mismo hecho, acerca sus patrimonios*»³. Por eso, la Ley no puede contentarse con la regulación de las relaciones personales entre los cónyuges, sino que debe también contemplar, regular y organizar la disciplina jurídica de los bienes del matrimonio.

2. La competencia internacional de los tribunales españoles en el sector de las “relaciones entre los cónyuges” así como la Ley aplicable a tales relaciones y la circulación internacional de decisiones en

¹ Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i PID2021-124298OB-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/: Proyecto PID2021-124298OB-I00 financiado por MCIN/ AEI /10.13039/501100011033/ y por FEDER Una manera de hacer Europa “Derecho global y crisis sanitarias: hacia una convención mundial contra las pandemias (CONCOPAN)”, así como del Grupo de Innovación Docente GID 22 “Ciencia jurídica aplicada y docencia creativa” de la Universidad de Murcia. Coordinador: Javier Carrascosa, y del Grupo de investigación de la Universidad de Murcia E070-05 “Derecho internacional privado europeo” (IP Javier Carrascosa), de la Red Europa-España de Derecho internacional privado (coordinador: Javier Carrascosa) <http://accursio.com/karras/REDEUROPAESPA%c3%91A/index.html>.

² DOUE L 183 de 8 julio 2016. Texto en <http://www.boe.es/doue/2016/183/L00001-00029.pdf>. Este Reglamento se aplica a partir del 29 de enero de 2019, con excepción de sus artículos 63 y 64, que serán aplicables a partir del 29 de abril de 2018, y de sus artículos 65, 66 y 67, que serán aplicables a partir del 29 de julio de 2016. El art. 69.3 del Reglamento 2016/1103 indica que “*Las disposiciones del capítulo III solo serán aplicables a los cónyuges que hayan celebrado su matrimonio o que hayan especificado la ley aplicable al régimen económico matrimonial el 29 de enero de 2019 o después de esta fecha*”. Téngase en cuenta la corrección de errores (DOUE L 183 de 8 de julio de 2016) que afecta a los apartados 2 y 3 del art. 69. *Vid.* también la corrección de errores del Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales (DOUE L 183 de 8 de julio de 2016). En la página 24, en el artículo 53, apartado 1: donde dice: «1. Cuando deba reconocerse una resolución con arreglo al presente capítulo, nada impedirá al solicitante instar la adopción de medidas provisionales y cautelares, de conformidad con la legislación del Estado miembro de ejecución, sin que resulte necesaria la declaración de fuerza ejecutiva conforme al artículo 46.», debe decir: «1. Cuando deba reconocerse una resolución con arreglo al presente capítulo, nada impedirá al solicitante instar la adopción de medidas provisionales y cautelares, de conformidad con la legislación del Estado miembro de ejecución, sin que resulte necesaria la declaración de fuerza ejecutiva conforme al artículo 47». *Vid.* [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R1103R\(02\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R1103R(02)&from=ES), así como corrección de errores al art. 9.1 del Reglamento 2016/1103, en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R1103R\(03\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R1103R(03)&from=ES). *Vid.* también el Reglamento de Ejecución (UE) 2018/1935 de la Comisión, de 7 de diciembre de 2018, por el que se establecen los formularios a que se refiere el Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018R1935&from=ES>).

³ G. WIEDERKEHR, *Les conflits de lois en matière de régime matrimonial*, Dalloz, París, 1967, p. 1.

este sector son cuestiones que se rigen, en España, y para los matrimonios celebrados antes del 29 enero 2019, por las normas españolas de Derecho internacional privado y no por el Reglamento 2016/1003. Deben, por tanto, tenerse presentes, para la competencia internacional, el art. 22 LOPJ y en especial el art. 22 quater. Para la Ley aplicable, deben considerarse, como antes se ha indicado, los arts. 9.2 y 9.3 CC, como puede verse en la SAP Valencia 28 abril 2021 [régimen económico matrimonial de cónyuges de Ucrania]⁴. Finalmente, para el reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en el sector del régimen económico matrimonial, deben aplicarse los arts. 46-61 LCJIMC y los convenios bilaterales firmados por España con ciertos Estados que se aplican a las resoluciones judiciales dictadas en el sector del régimen económico matrimonial⁵.

2. Efectos jurídicos del matrimonio

3. El matrimonio válidamente celebrado produce efectos en diferentes esferas jurídicas que es preciso diferenciar *cum grano salis*.

En primer lugar, el matrimonio surte unos efectos jurídicos externos de Derecho privado. El matrimonio, en efecto, constituye una institución jurídica que repercute en otros sectores jurídicos: alimentos, sucesiones, nombre de las personas, etc. En el sector de la Ley aplicable, las normas de conflicto de leyes recogidas en el Reglamento 2016/1103 no resultan aplicables a los efectos que el matrimonio puede surtir en otros órdenes jurídicos, como los seguros, las sucesiones, los alimentos, la pensión por desequilibrio tras un divorcio, etc. Estas cuestiones se rigen por la Ley aplicable a tales instituciones, que se determina con la norma de conflicto respectiva, por ejemplo, en el campo de la Ley reguladora de la pensión por desequilibrio, del contrato de seguro, de la sucesión, de los alimentos, etc.

En segundo lugar, el matrimonio produce efectos jurídicos en relación con la pensión de viudedad concedida por el Estado. Se trata de un aspecto de Derecho Público, que se rige por el Derecho público de cada país. Así, el Derecho administrativo español precisa el ámbito de aplicación de sus normas en espacio y los requisitos necesarios para poder percibir dicha pensión. Se trata de una cuestión, como es obvio, de puro Derecho administrativo y no de Derecho internacional privado.

En tercer lugar, el matrimonio válidamente celebrado también da lugar a unas especiales “relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges”, también llamados, aunque de modo impropio, “efectos del matrimonio” (SAP Barcelona 19 enero 2012 [divorcio entre cónyuges antes marroquíes y ahora españoles])⁶. Es éste un enfoque civilista, dogmáticamente correcto en dicho ámbito, pero definitivamente lastrado por la concepción canónica del matrimonio. El matrimonio, en Derecho canónico, es una institución jurídica y un sacramento que posee unos fines imperativamente diseñados. En Derecho canónico, explica J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “*la unión matrimonial trasciende a sus componentes individuales y les impone ciertos deberes en orden a alcanzar los fines inherentes al matrimonio*”⁷. Este enfoque pasó a los Derechos civiles europeos tras la Revolución francesa, de modo que se consideró que el matrimonio era más una institución que un contrato y los efectos del matrimonio estaban férreamente fijados por la ley. Como expone M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, la noción de efectos del matrimonio “*reposa sobre una actitud activa intervencionista del Estado y del Derecho en la esfera de las relaciones familiares protegiendo la familia y salvaguardando la dignidad derechos e intereses de los cónyuges se considera el matrimonio como productor de efectos preordenados por el legislador en función de la naturaleza y del cumplimiento de los fines asignados a la institución matrimonial que se imponen necesariamente a los cónyuges al margen de su voluntad*”⁸. Durante el siglo XX se abre paso un modelo diferente en el que el matrimonio es más una unión entre los cónyuges construida sobre la libertad

⁴ SAP Valencia 28 abril 2021 [ECLI:ES:APV:2021:1498].

⁵ Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil (BOE núm. 182 de 31 julio 2015).

⁶ SAP Barcelona 19 enero 2012 [CENDOJ 08019370122012100007].

⁷ J.D. GONZÁLEZ CAMPOS en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado. Parte especial*, vol.II, 3ª ed. revisada y ampliada, Oviedo, 1990, pp. 219-246.

⁸ M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, “Los efectos del matrimonio”, en M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO Y OTROS, *Lecciones de Derecho civil internacional*, Ed.Tecnos, Madrid, 1996, pp. 146-171, esp. p. 146.

e igualdad de los mismos. En esta nueva perspectiva, como muy bien escribe M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, resulta inapropiado y parece más correcto referirse a las “relaciones entre los cónyuges”, que éstos pueden diseñar del modo que consideren apropiado⁹.

Pues bien, es aquí donde opera el Reglamento 2016/1103. Sus normas precisan, en los casos internacionales, los tribunales competentes y la Ley aplicable a tales “relaciones económicas entre los cónyuges”, esto es, al régimen económico matrimonial, así como cuáles son los criterios a aplicar para reconocer y ejecutar resoluciones dictadas en otros Estados miembros que participan en este Reglamento y que afectan al régimen económico matrimonial.

3. El matrimonio como cuestión previa al régimen económico matrimonial

4. En relación con los tres tipos de efectos jurídicos que surte el matrimonio, antes mencionados, es preciso acreditar, en la práctica y con extrema frecuencia, que existe un matrimonio válidamente celebrado.

En dichos supuestos, el matrimonio válidamente celebrado opera como una cuestión previa. Así, por ejemplo, puede ser necesario demostrar que si existe un “matrimonio válido” como cuestión previa a la sucesión en favor de una mujer que dice ser viuda del causante. Del mismo modo, para que el cónyuge superviviente pueda beneficiarse de una pensión de viudedad otorgada por el Estado español será necesario acreditar que el matrimonio es válido para el Derecho español. También, para poder disolver un régimen económico matrimonial es obvio que resulta indispensable que quede claro que el matrimonio existe. De igual manera, para obtener el divorcio o para reclamar alimentos un cónyuge a otro, el matrimonio debe ser válido y cuando ello se pone en duda, es entonces preciso acreditar la existencia y la validez del matrimonio.

5. En estos casos, y en el supuesto de que se trate de un matrimonio con elementos extranjeros, para considerarlo válido a efectos del Derecho español, el matrimonio debe ajustarse a la Ley aplicable a la forma (arts. 49 y 50 CC), capacidad (art. 9.1 CC) y consentimiento matrimonial (art. 9.1 CC). Así, por ejemplo, ciertos matrimonios no celebrados en una forma legal según la Ley que les resulta aplicable, son nulos frente a terceros y son nulos para el Derecho español. Así, cuando la Ley española rige la forma de celebración del matrimonio, éste debe haberse ajustado a una de las formas que surten efectos civiles según el Derecho español. Si no es así, el cónyuge superviviente no goza del derecho a pensión de viudedad por parte del Estado español (STC 69/2007, de 16 abril 2007 [matrimonio celebrado en la forma propia del rito gitano])¹⁰. Cuando el Derecho sustantivo español rige la capacidad de los contrayentes, se exige que ésta se ajuste a la Ley española. Si ello no se verifica, el matrimonio es nulo por falta de capacidad nupcial de los contrayentes (STC 194/2014, de 1 diciembre 2014 [matrimonio en forma islámica])¹¹.

6. Debe subrayarse que, sin embargo, en ciertos supuestos, el matrimonio inválido es, *de facto*, considerado válido por el propio Estado español, que expide documentos oficiales a los contrayentes en los que éstos constan como cónyuges. En estos casos, la buena fe de los contrayentes, -que creen en la validez civil de su matrimonio-, y el reconocimiento oficial de su situación conyugal por parte de las au-

⁹ M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, “Los efectos del matrimonio”, en M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO Y OTROS, *Lecciones de Derecho civil internacional*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996, pp. 146-171, esp. p. 146: “La noción de relaciones entre los cónyuges se apoya sobre una concepción democrática e individualista de la familia basada en el protagonismo de los miembros que la constituyen en la libertad e igualdad de los cónyuges que voluntariamente organizan y conforman sus relaciones matrimoniales de acuerdo con sus preferencias con sus particulares convicciones e intereses. Asimismo obedece a una actitud de pasividad de neutralidad de no intervención del Estado y del Derecho con relación a la vida matrimonial a un proceso decreciente privatización de la familia y respeto a la intimidad familiar a una tendencia a la reducción de las relaciones personales entre los cónyuges”.

¹⁰ STC 69/2007, de 16 abril 2007 [RTC 2007/69].

¹¹ STC 194/2014, de 1 diciembre 2014 [RTC 2014/194].

toridades estatales españolas, genera en los particulares la legítima expectativa de ser considerados como cónyuges. En tales supuestos, el TEDH considera que el Estado debe conceder la pensión de viudedad porque si ello no fuera así se produciría “una diferencia de trato en relación con el tratamiento dado, por la ley o por la jurisprudencia, a otras situaciones que deben considerarse equivalentes en lo relativo a los efectos de la buena fe, tales como la creencia de buena fe en la existencia de un matrimonio nulo o la situación examinada en la sentencia del TC 199/2004, de 15 de noviembre de 2004, referido a la ausencia de formalización, por motivos de conciencia, de un matrimonio canónico”, de manera que se generaría una “diferencia de trato desproporcionada hacia la demandante en relación con el trato reservado al matrimonio de buena fe”. Es decir, que se produciría discriminación contra el cónyuge superviviente, lo que está prohibido por el art. 14 CEDH 1950 (STEDH 8 diciembre 2009, *Muñoz Díaz contra España*)¹².

7. El Reglamento 2016/1103 es inaplicable para acreditar (i) la existencia (ii) la validez del matrimonio y también es inaplicable para determinar (iii) los efectos jurídicos externos que tal matrimonio produce en otras esferas del Derecho (STSJ Com. Madrid Social 12 abril 2010 [matrimonio religioso celebrado en Dinamarca])¹³. La Ley aplicable a la existencia y validez del matrimonio es una y la Ley aplicable al régimen económico matrimonial es otra. Las normas de conflicto que determinan la ley aplicable a ambas cuestiones son, como se ha indicado, diferentes. En efecto, para la fijar la ley reguladora de la existencia y validez del matrimonio las autoridades españolas aplican los arts. 9.1 CC y arts. 49 y 50 CC, mientras que para concretar la Ley que rige el régimen económico matrimonial, aplicarán las normas de conflicto contenidas en el Reglamento 2016/1103. Con arreglo a este Reglamento, la Ley que rige el régimen económico matrimonial rige sólo el régimen económico matrimonial y no se extiende a la posible cuestión previa de la existencia y validez del matrimonio. Así puede comprobarse en el art. 1.2.c) RREM, que indica que “[q]uedan excluidos del ámbito de aplicación del presente Reglamento: (...) la existencia, validez y reconocimiento del matrimonio”, así como en el art. 27 RREM, que al precisar el ámbito de aplicación de la ley aplicable al régimen económico matrimonial, no incluye en el mismo la existencia y validez del matrimonio. Cada Estado miembro aplica sus propias normas de conflicto nacionales para determina la Ley aplicable a la existencia y validez de un matrimonio.

II. El Reglamento 2016/1103 de 24 junio 2016 [regímenes económicos matrimoniales]. Consideraciones generales

1. El Reglamento 2016/1103 y el espacio europeo de justicia

A) Elaboración del Reglamento 2016/1103 y la cooperación reforzada

8. Los Considerandos de ambos Reglamentos hacen público *urbi et orbi* el largo y tortuoso camino que culminó con la elaboración de los dos reglamentos gemelos 2016/1103 y 2016/1104¹⁴. Al final

¹² STEDH 8 diciembre 2009, *Muñoz Díaz contra España* [ECLI:CE:ECHR:2009:1208JUD004915107].

¹³ STSJ Comunidad de Madrid, Social, 12 abril 2010 [AS 2010/1609].

¹⁴ Este Reglamento ha sido objeto de numerosos estudios generales. Destacan, entre otros, los debidos a S. ARNOLD/S. LAIMER (HRSG.), *Die europäischen Güterrechtsverordnungen: internationale Ehegüterrecht und Güterrecht für LebenspartnerInnen in Europa: Handbuch*, Wien, Verlag Österreich, 2019; U. BERGQUIST/D. DAMASCELLI/R. FRIMSTON/P. LAGARDE/B. REINHARTZ, *The EU regulations on matrimonial and patrimonial property*, Oxford, Oxford University Press, 2019; P. BRUNO, *I regolamenti europei sui regimi patrimoniali dei coniugi e delle unioni registrate: commento ai regolamenti (UE) 24 giugno 2016, nn. 1103 e 1104 applicabili dal 29 gennaio 2019*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019; A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des relations patrimoniales de couple: commentaire des règlements (UE) n° 2016-1103 et 2016-1104*, Bruxelles, Editions Bruylant, 2021 (avec la collaboration de I. PRETELLI, E. LEIN, G. KESSLER, E. MIGLIORINI et K. ROKAS); S. CALME, “Les nouveaux règlements européens sur les régimes matrimoniaux et sur les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés”, *Petites affiches*, n. 409, 117, 2020, pp. 17-22; J.L. IGLESIAS BUIGUES/G. PALAO MORENO (DIR.), *Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la Unión Europea: comentarios a los Reglamentos (UE) n. 2016/1103 y 2016/1104*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019; P. JIMÉNEZ BLANCO, *Regímenes económicos matrimoniales transfronterizos: Un estudio del Reglamento (UE) n° 2016/1103*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021; E. KAVOLIUNAITE, “Los reglamentos gemelos: Evolución y medidas adoptadas”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, n. 25, 2021, pp. 21-32; S. LANDINI

de el mencionado y proceloso recorrido político-legislativo, la Unión contaba con un valioso Libro verde de 17 julio 2006 sobre el conflicto de Leyes en materia de regímenes económicos matrimoniales, con especial referencia a las cuestiones de competencia y reconocimiento mutuo (documento COM[2006] 400 final), elaborado por la Comisión. Con fecha 16 marzo 2011 se presentaron dos propuestas de Reglamentos (documentos COM[2011] 126 y COM[2011] 127).

9. El Reglamento no vincula a todos los Estados miembros de la Unión Europea. Se aprobó mediante el sistema de cooperación reforzada¹⁵. Se trata, como es sabido, de un procedimiento previsto en el art. 20 TUE y arts. 326-334 TFUE, que permite adoptar un Reglamento exclusivamente para tales los Estados miembros interesados en profundizar en la cooperación en esta materia. Otros Estados miembros decidieron no participar en este Reglamento. Es aplicable, en suma, este Reglamento a los siguientes Estados miembros: Bulgaria, República Checa, Grecia, Alemania, España, Francia, Croacia, Italia, Luxemburgo, Malta, los Países Bajos, Austria, Portugal, Eslovenia, Finlandia, Chipre (art. 328.1 TFUE y Cons. 72 RREM). Las cooperaciones reforzadas están abiertas permanentemente a todos los Estados miembros (art. 328.1 TFUE) y se adoptan por el Consejo UE como “último recurso”, esto es, “cuando haya llegado a la conclusión de que los objetivos perseguidos por dicha cooperación no pueden ser alcanzados en un plazo razonable por la Unión en su conjunto, y a condición de que participen en ella al menos nueve Estados miembros” (art. 20.2 TUE). Los Estados miembros involucrados en el sistema de cooperación reforzada se denominan “Estados miembros participantes en la cooperación reforzada”. Tales Estados miembros no elaboran el Reglamento. Por eso no son “Estados partes”¹⁶. Todo Reglamento europeo es elaborado por las instituciones europeas correspondientes. Debe recordarse, con E. ALINA OPREA, que la vía de la cooperación reforzada, -en ocasiones denostada por ser estiomarse como un resultado incompleto-, constituye un compromiso necesario para no detener el progreso del Derecho internacional privado europeo y para respetar, al mismo tiempo, la perspectiva más clásica y tradicional que ciertos Estados miembros tienen sobre el matrimonio como institución jurídica¹⁷. Mejor pues, un avance parcial y relativo que no una ausencia total de normas de Derecho internacional privado europeo en el campo del régimen económico matrimonial, apunta con sagacidad N. JOUBERT¹⁸.

(Ed.), *EU Regulations 650/2012, 1103 and 1104/2016: cross-border families, international successions, mediation issues and new financial assets*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2020; J. LAUNHARDT, *Die Europäisierung der internationalen Zuständigkeit im Ehegüterrecht und im Güterrecht eingetragener Partnerschaften*, Frankfurt am Main, Wolfgang Metzner Verlag, 2020; N. MAGALLÓN ELOSEGUIL, “El Reglamento (UE) 1104/2016 en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas y las parejas de hecho en el País Vasco”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, XXI, 2021, pp. 31-64; S. MARINO, *I rapporti patrimoniali della famiglia nella cooperazione giudiziaria civile dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019; P. DE PAGE/I. DE STEFANI, *Régimes conventionnels et droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 2019; M. REVILLARD, *Les régimes patrimoniaux des couples en droit international privé, européen et comparé*, Paris, Defrénois, 2020; A. RODRÍGUEZ BENOT, “El proceso de elaboración normativa en la Unión Europea: A propósito de los reglamentos sobre régimen económico matrimonial y de las uniones registradas”, en M.V. CUARTERO RUBIO/J.M. VELASCO RETAMOSA (COORD.), *La vida familiar internacional en una Europa compleja: Cuestiones abiertas y problemas de la práctica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 147-176; J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “El régimen económico matrimonial en el Derecho Internacional Privado”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 1557-1645; I. VIARENGO/P. FRANZINA (EDS.), *The EU regulations on the property regimes of international couples: a commentary*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing Limited, 2020.

¹⁵ Decisión (UE) 2016/954 del Consejo de 9 de junio de 2016 por la que se autoriza una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones relativas a los regímenes económicos de las parejas internacionales, tanto en materia de regímenes económicos matrimoniales como de efectos patrimoniales de las uniones registradas (DOUE L 159 de 16 junio 2016).

¹⁶ M. SOTO MOYA, “El Reglamento (UE) 2016/1104 sobre régimen patrimonial de las parejas registradas: algunas cuestiones controvertidas de su puesta en funcionamiento en el sistema español de Derecho internacional privado”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 35, junio 2018, pp. 1-30.

¹⁷ E. ALINA OPREA, “Party autonomy and the law applicable to the matrimonial property regimes in Europe”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, vol. 10, núm. 2, pp. 579-596, esp. p. 4: “this latter Proposal raises delicate problems for the European Member States that follow a traditional family perspective - including Romania -, threatening the required consensus, the solution of the enhanced cooperation was a necessary compromise”.

¹⁸ N. JOUBERT, “Le dernière pierre [provisoire?] à l'édifice de droit international privé européen en matière familiale”, *Revue critique de droit international privé*, 2017-1, pp. 1-26, esp. p. 3.

B) El Reglamento 2016/1103 y el Derecho de familia internacional de la Unión Europea

10. Este Reglamento es un elemento importante del espacio de libertad, seguridad y justicia en el que se garantiza la libre circulación de personas. El Reglamento constituye, en este sentido, una “medida en el ámbito de la cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza”, necesaria para el buen funcionamiento del mercado interior y del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia. Un reglamento más en la constelación de reglamentos que constituyen el sólido entramado del Derecho internacional privado europeo. Este Reglamento 2016/1103 era una necesidad social y jurídica de la Unión Europea, subraya A. RODRÍGUEZ BENOT. En efecto, el alto número de divorcios transfronterizos en la Unión Europea hacía preciso elaborar nuevas normas uniformes del Derecho internacional privado europeo para, de ese modo, contribuir al “buen funcionamiento del mercado interior” (Cons. 2 RREM)¹⁹.

11. La utilización del Reglamento como soporte normativo de las reglas de Derecho internacional privado relativas al régimen económico matrimonial es una opción de política jurídica plenamente acertada. El Reglamento, es sabido, constituye una opción normativa que fortalece la seguridad jurídica en grado más elevado que la Directiva. La unificación normativa es sólida, consistente e indeleble. El Reglamento 2016/1103 penetra en el paisaje legal europeo de Derecho internacional privado para situarse junto a los demás reglamentos europeos que regulan este fascinante sector del Derecho. El entramado legal del Derecho internacional privado europeo es, así, más tupido y completo gracias a este reglamento. El Derecho internacional privado de familia se hace más y más europeo en los Estados miembros y adquiere los rasgos de un sistema coherente en sentido vertical, horizontal y transversal²⁰. El futuro del Derecho internacional privado es europeo y también lo es ya el presente.

¹⁹ A. RODRÍGUEZ BENOT, “Los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas en la Unión Europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2019, vol. 11, núm. 1, pp. 8-50. En similares términos, A. RODRÍGUEZ BENOT, “El proceso de elaboración normativa en la Unión Europea: A propósito de los reglamentos sobre régimen económico matrimonial y de las uniones registradas”, en M.V. CUARTERO RUBIO/J.M. VELASCO RETAMOSA (COORD.), *La vida familiar internacional en una Europa compleja: Cuestiones abiertas y problemas de la práctica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 147-176. También A. RODRÍGUEZ BENOT, “Los Reglamentos de la UE en materia de sucesión por causa de muerte y de régimen económico matrimonial: justificación y caracteres comunes”, en E.M. VÁZQUEZ GÓMEZ, M.D. ADAM MUÑOZ y N. CORNAGO PRIETO (COORDS.), *El arreglo pacífico de controversias internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 583-591.

²⁰ *Vid.*, en el contexto del Derecho internacional privado europeo de familia, Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo de 25 de junio de 2019 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida) (DOUE L 178 de 3 julio 2019) (Reglamento Bruselas II-ter); Reglamento (UE) N. 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (DOUE L 343 de 29 diciembre 2010), conocido como “Reglamento Roma III”; Reglamento (CE) núm. 4/2009 del Consejo de 18 diciembre 2008 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (DOUE L 7 de 10 enero 2009); Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo (DOUE L 201 de 27 julio 2012); Reglamento (UE) 606/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de junio de 2013 relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil (DOUE L 181/4 de 29 junio 2013); Convenio sobre cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia hecho en La Haya el 23 noviembre 2007 (DOUE L 192/51 de 27 julio 2011); Protocolo sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias hecho en La Haya el 23 de noviembre de 2007 (DOUE L 331 de 16 diciembre 2009). Los dos reglamentos de 2016, -el Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales (DOUE L 183 de 8 julio 2016) y el Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas (DOUE L 183 de 8 julio 2016)-, han pasado a ser dos elementos más del sistema europeo de Derecho internacional privado de Familia.

2. La noción de matrimonio

A) El silencio elocuente del Reglamento 2016/1103

12. El Reglamento 23016/1103 regula los efectos económicos del matrimonio, el régimen económico matrimonial. Sin embargo, el texto legal no contiene una definición normativa del concepto de “matrimonio”. Se trata de un silencio elocuente. Un silencio buscado y querido por parte del legislador europeo. Éste no ha querido imponer un concepto europeo de “matrimonio” que sea único para todos los Estados miembros.

13. La razón de este silencio elocuente se encuentra en la profunda diversidad legal de los Estados miembros en el Derecho de Familia. Cada Estado miembro mantiene, defiende, protege e impulsa distintos conceptos de familia y, también, distintos conceptos de matrimonio. En esta perspectiva, el Derecho internacional privado europeo debe avanzar a partir del presupuesto de una diversidad de nociones de “matrimonio” en los Derechos de los Estados miembros. No puede ni debe la Unión Europea imponer un concepto único y europeo de matrimonio a todos los Estados miembros porque la sociedad de cada Estado miembro es diferente y está construida sobre valores distintos. La sociedad europea no se halla integrada a un nivel tal que permita elaborar un concepto único de “matrimonio” para todos los europeos, señala F. PESCE²¹. Por ello, imponer una noción uniforme de “matrimonio” a todos los Estados miembros habría vulnerado la soberanía legislativa de los Estados miembros, habría tensionado las relaciones entre los mismos y habría sido poco realista.

14. Debe tenerse presente que la familia y el matrimonio constituyen instituciones y relaciones jurídicas entre particulares pero que, al mismo tiempo, despliegan una función social innegable. La familia es, así, una institución social y jurídica imprescindible para la paz social y el desarrollo económico de todas las sociedades. Como ha indicado H. FULCHIRON, el concepto de “matrimonio” refleja un “interés fundamental de la sociedad” que es traducción de un modo específico de organización política y social propia de cada Estado y de su propia identidad social y jurídica²².

15. Los ejemplos de Hungría y Polonia, -dos Estados miembros en cuyas respectivas Constituciones consta la diferencia de sexo como requisito esencial de todo matrimonio-, resultan oportunos en este momento. En tales Estados miembros, un matrimonio sólo es posible entre varón y mujer. Así, el art. 18 Constitución de Polonia de 2 abril 1997 indica: “*Małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny, rodzina, macierzyństwo i rodzicielstwo znajdują się pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej Polskiej*” / “*El matrimonio como la unión entre el hombre y la mujer, la familia, la maternidad y la paternidad están bajo la protección y el cuidado de la República Polaca*”. De modo similar, el art. L de la Constitución de Hungría de 18 abril 2011 precisa que “*(1) Magyarország védi a házasság intézményét mint férfi és nő között, önkéntes elhatározás alapján létrejött életközösséget, valamint a családot mint a nemze t fennmaradásának alapját*” / “*1. Hungría protegerá la institución del matrimonio como la unión de un hombre y mujer por decisión voluntaria, y la familia como base de la Supervivencia de la nación*”). Este concepto de matrimonio, -que es una herencia directa del pensamiento cristiano europeo-, también detecta en Estados europeos no miembros de la Unión, como Serbia, Montenegro y Bosnia. En las sociedades de dichos Estados resulta de la máxima importancia garantizar que todo matrimonio es, en todo caso, una unión legal que puede producirse, exclusivamente, entre varón y mujer, como muy bien exponen J. GUILLAUMÉ / S. GODECHOT²³. Este concepto de matrimonio muestra una cierta rigidez jurídica.

²¹ F. PESCE, “La nozione di ‘matrimonio’: diritto internazionale privato e diritto materiale a confronto”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale* 2019, vol. 55, pp. 777-818.

²² H. FULCHIRON, «Mariage et partenariats homosexuelles en droit international privé français», *Revue Internationale de Droit comparé*, 2006-2, pp. 409 y ss.; H. FULCHIRON, «Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé au lendemain de la reconnaissance du ‘mariage pour tous’», *Journal de droit international Clunet*, 2013, núm. 4, pp. 1055-1113.

²³ AA.VV., «Autour de l’arrêt de la cour de cassation du 26 janvier 2015», *Journal de droit international Clunet*, 2015, pp. 597-621, con notas de J. GUILLAUMÉ / S. GODECHOT-PATRIS (pp. 597-613), Th. VIGNAL, (pp. 613- 621) y B. MATHIEU (pp. 622-634).

Ha perdido la nota de indisolubilidad de vínculo matrimonial, pues el divorcio es posible también en Hungría y Polonia, es cierto, pero ha mantenido de manera sólida la nota de la unión entre varón y mujer como nota esencial de todo matrimonio.

16. Frente al anterior concepto tradicional de “matrimonio”, otros Estados miembros han experimentado una evolución del mismo una dirección muy distinta. La cuestión se aprecia ya en el famosísimo caso *Hyde vs. Hyde and Woodmansee (1866)* fallado por la *Court of Probate and Divorce* el 20 marzo 1866. En tal supuesto, Lord Penzance indicó que las instituciones jurídicas no son iguales en todos los países del mundo aunque sean designadas con el mismo nombre jurídico. Así, para considerar que un “matrimonio” celebrado en otro país constituye, en efecto, un “matrimonio” que puede ser estimado como tal en el Reino Unido, debe existir una equivalencia sustancial entre el matrimonio celebrado en el extranjero y el matrimonio tal y como es concebido en la Ley inglesa. Lord Pendance afirmó que un matrimonio poligámico, -como el celebrado en Utah, Estados Unidos de América-, al igual que un mero concubinato no constituyen un “matrimonio” según el Derecho inglés y no pueden ser consideradas como uniones matrimoniales porque no encajan en la noción de matrimonio que rige en el Derecho inglés. Y aquí viene la famosa frase de Lord Pendance: “*I conceive that marriage, as understood in Christendom, may for this purpose be defined as the voluntary union for life of one man and one woman, to the exclusion of all others*” (= “*considero que el matrimonio, como se entiende en la Cristiandad, puede definirse para este propósito como la unión voluntaria para toda la vida entre un hombre y una mujer, con exclusión de todos los demás*”)²⁴.

Como es evidente, esta definición de matrimonio en la Ley inglesa no se ha mantenido con el tiempo. En la actualidad, el divorcio y los matrimonios entre personas del mismo sexo han alterado profundamente el concepto de “matrimonio” en el Derecho inglés, en el Derecho español y en el Derecho de muchos otros países. En consecuencia puede afirmarse que: (a) El concepto de “matrimonio” es distinto de país a país hoy y, en realidad, lo ha sido siempre; (b) En un concreto ordenamiento jurídico, el matrimonio no posee unos caracteres jurídicos inmutables: constituye, ciertamente, una unión afectiva (*affectio maritalis*) entre varias personas. Sin embargo, el tiempo ha demostrado que el Derecho español y también el Derecho de otros Estados miembros de la Unión Europea hoy considera “matrimonio” la unión entre personas del mismo sexo así como una unión que puede terminar por divorcio. En consecuencia, el “matrimonio”, en Derecho español, una vez fue “la unión para toda la vida entre varón y mujer” pero hoy ya no es así. En los próximos años es posible que el Derecho español admita como “matrimonio” uniones entre más de dos personas y uniones no sólo entre personas. El futuro es imprevisible. En suma, ciertos Estados miembros mantienen una noción flexible, líquida y elástica de “matrimonio” en la que están incluido el matrimonio entre personas del mismo sexo y en la que es posible que, en años venideros, también otras realidades sociales sean consideradas como “matrimonio”.

B) La remisión al Derecho nacional de cada Estado miembro

17. Asumido el silencio elocuente del legislador europeo, debe afirmarse que el concepto de “matrimonio” debe concretarse con arreglo “*al Derecho nacional de los Estados miembros*” (Cons. 17 RREM). Cada Estado miembro participante es soberano para decidir si una relación entre varias personas es o no es un “matrimonio” a los efectos de precisar su régimen económico. La cuestión es relevante, como se ha apuntado, en especial, por lo que hace referencia a los matrimonios entre personas del mismo sexo y con los matrimonios poligámicos. Ahora bien, varios aspectos deben precisarse a la hora de concretar el concepto de matrimonio a los efectos del Reglamento 2016/1103.

²⁴ Sentencia de la *Court of Probate and Divorce* (Reino Unido) *Hyde vs. Hyde and Woodmansee*, 20 marzo 1866 [L.R. 1 P. & D. 130]. *Vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El concepto de “matrimonio” en el tiempo y en el espacio. En busca de la esencia de las instituciones jurídicas. El caso *Hyde vs. Hyde* 1866”, en J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Reflexiones creativas, heterodoxas, críticas y divertidas sobre cuestiones de Derecho internacional privado*, Ed. Derecho y Letras - Rapid Centro Color, Murcia, 2022, pp. 296-301 (también en <http://accursio.com/blog/?p=1165>).

18. En primer lugar, la remisión del Cons. 17 RREM conduce al Derecho del Estado miembro cuyas autoridades conocen del asunto. Esta solución es congruente con la idea de que, en un Estado miembro, las autoridades del mismo sólo aceptan el concepto de “matrimonio” acogido por su propia ley. Es un concepto que encaja con una visión soberanista del Derecho. En efecto, visto que el matrimonio es una noción que produce un impacto social de primer orden, sería un atentado contra la soberanía estatal y contra el Derecho del Estado a organizar su sociedad aceptar un concepto de matrimonio forjado en otro Estado. Por tanto, el citado Cons. 17 RREM remite al Derecho del Estado miembro cuyas autoridades conocen del asunto: es una remisión en favor de la *lex fori*. Algunos autores han sugerido calificar la unión como “matrimonio” o no, con arreglo a la Ley del lugar de celebración de dicha unión. Esta opción, fuertemente territorialista, presenta grandes ventajas, todo hay que decirlo. En efecto, el concepto de “matrimonio” sería, así, único para todos los Estados miembros, pues sería el concepto proporcionado por la misma Ley, la Ley del lugar de celebración del enlace. Sin embargo, no es ésta la tesis seguida por el Reglamento 2016/1103. En efecto, el Reglamento apuesta por la *lex fori* para salvaguardar, como se ha indicado, el derecho de cada Estado miembro a organizar su sociedad como tiene por conveniente, esto es, de modo soberano.

19. En segundo lugar, la remisión que lleva a cabo el Cons. 17 RREM es una remisión a favor del Derecho material del Estado miembro cuyas autoridades conocen del asunto. Es una referencia en favor de la *lex materialis fori*, no de la *lex formalis fori*. En efecto, no se trata, en este momento, de precisar la “Ley aplicable” al matrimonio, sino de perfilar, exclusivamente, la “noción” de matrimonio que rige en un concreto Estado miembro. Por esta razón, no debe ni puede definirse el concepto de matrimonio mediante la aplicación de las normas de Derecho internacional privado del Estado miembro cuyas autoridades conocen del asunto. En suma, antes de decidir un caso o litigio relativo al régimen económico matrimonial, si la autoridad competente alberga dudas sobre si las relaciones económicas examinadas se refieren a un “matrimonio” o no, deberá tener en cuenta la noción de “matrimonio” que rige en su propio Derecho material (*lex materialis fori*). Si la respuesta es negativa, -esto es, si la relación entre las dos o más personas afectadas no es un “matrimonio” según la *lex materialis fori*-, entonces no existirá ningún régimen económico matrimonial, el Reglamento 2016/1103 no será aplicable y carecerá de todo sentido buscar la Ley aplicable al mismo, hace notar I. PRETELLI²⁵. Como es natural, ello incrementa la inseguridad jurídica de la pareja, que puede ser considerada “matrimonio” en un Estado miembro y no en otro, como sucede con los matrimonios entre personas del mismo sexo, apunta N. JOUBERT²⁶.

3. Enfoque de Derecho internacional privado

20. Es éste un Reglamento de Derecho internacional privado. El Reglamento cubre los tres sectores del Derecho internacional privado, -competencia de las autoridades, ley aplicable y reconocimiento de decisiones-, en relación con los regímenes económicos matrimoniales que presentan o suscitan repercusiones transfronterizas, esto es, solamente en casos internacionales (Cons. 16 RREM)²⁷.

21. Los Estados miembros regulan los regímenes económicos matrimoniales como tienen por conveniente en sus respectivos Derechos civiles materiales. El principio de proporcionalidad, siempre presente en la elaboración de normas jurídicas por la Unión Europea, supone que ésta sólo debe intervenir en la medida necesaria para alcanzar el objetivo propuesto. Pues bien, visto que dicho objetivo es la libre circulación de personas y que se puede alcanzar mediante normas de Derecho internacional privado uniformes, no es preciso unificar normas de Derecho material de los Estados miembros, esto es, las normas de Derecho civil de tales Estados.

²⁵ I. PRETELLI, “Équivalence et reconnaissance du statut civil des personnes faisant ménage à deux”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2019, n.2, vol. 11, pp. 8-31.

²⁶ N. JOUBERT, “Le dernière pierre [provisoire?] à l’édifice de droit international privé européen en matière familiale”, *Revue critique de droit international privé*, 2017-1, pp. 1-26, esp. p. 11.

²⁷ JACINTO PABLO QUINZÁ REDONDO, *Régimen económico matrimonial. Aspectos sustantivos y conflictuales*, Tirant lo Blanch, València, 2016, p. 310.

22. Por otro lado, cada Estado miembro determina qué autoridades disponen de competencia para decidir cuestiones relativas al régimen económico matrimonial. Como indica el art. 2 RREM, el Reglamento “no afectará a la competencia de las autoridades de los Estados miembros en materia de regímenes económicos matrimoniales”.

4. Algunas definiciones auténticas

23. El art. 3 RREM contiene una serie de definiciones legales a efectos del Reglamento que conviene tener siempre muy presentes. En este momento y por lo que se refiere al presente estudio, resulta oportuno, adecuado y conveniente poner de relieve ciertos perfiles de las definiciones legales de “régimen económico matrimonial”, de “capitulaciones matrimoniales” y de “Estado de origen” y “Estado miembro de ejecución”.

24. a) *Régimen económico matrimonial*. Es el conjunto de normas relativas a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y con terceros, como resultado del matrimonio o de su disolución (art. 3.1.a) RREM). Esta definición no es exacta, como se indica más adelante. Nadie es perfecto y el legislador europeo tampoco lo es.

25. b) *Capitulaciones matrimoniales*. Es el acuerdo en virtud del cual los cónyuges o futuros cónyuges organizan su régimen económico matrimonial (art. 3.1.b) RREM). El Reglamento define las capitulaciones matrimoniales como un “acuerdo” y no como un “contrato”. Esta distinción es relevante, acertada y pertinente porque, en la historia del Derecho internacional privado, los primeros problemas suscitados por el régimen económico matrimonial se resolvieron gracias a que ese genio del Derecho llamado CHARLES DUMOULIN calificó el régimen económico matrimonial como un “contrato”²⁸. Por ello, en Derecho internacional privado francés se ha empleado tradicionalmente la expresión “*contrat de mariage*” y no “capitulaciones matrimoniales”. En consecuencia, en tiempos de CH. DUMOULIN resultaban aplicables al régimen económico matrimonial las normas de conflicto previstas para los contratos. Por tanto, los estatutarios franceses activaron la libre elección por los cónyuges de la Ley reguladora de su contrato, de su “*contrat de mariage*”, ya que el primer punto de conexión para concretar la Ley aplicable a los contratos es la autonomía de la voluntad conflictual, la libre elección de ley por los cónyuges. En efecto, en su más que célebre y nunca suficientemente bien ponderado *Consilium LIII* (53) o Dictamen de los esposos *De Ganey*, datado en 1524, CHARLES DUMOULIN indicó que la naturaleza jurídica del régimen económico matrimonial era la de un “contrato entre los cónyuges”. Como tal, estaba sometido a la Ley elegida por los cónyuges y debía también estimarse que éstos habían elegido, en caso de silencio, la Ley del primer domicilio conyugal como ley reguladora de su *contrat de mariage*²⁹.

²⁸ Vid. el espléndido trabajo de B. ANCEL, “Les conclusions sur les status et coutumes locaux de Du Moulin, traduites en français”, *Revue critique de droit international privé*, 2011, pp. 21-38 y el no menos brillante estudio de H. GAUDEMET-TALLON, «Les conflits de lois en matière de régimes matrimoniaux, tendances actuelles en droit comparé», *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1969-1971, París, pp. 197-228. Muy profundas y de lectura apasionante son las páginas que dedica a la solución creada por Ch. DUMOULIN el trabajo de G. WIEDERKEHR, *Les conflits de lois en matière de régime matrimonial*, Dalloz, París, 1967, pp. 38-42 y 85-142. También B. BOURDELOIS, «Relations familiales internationales et *professio juris*», en *Les relations privées internationales: mélanges en l'honneur du professeur Bernard Audit*, LGDJ, Lextenso editions Paris, 2014, pp. 137-154; B. BOURDELOIS, «Nota a Sent. Cour Cass. Francia 14 febrero 2007 [matrimonio poligámico en Francia]», *Journal de droit international Clunet*, 2007, pp. 934-943; E. ALINA OPREA, «Party autonomy and the law applicable to the matrimonial property regimes in Europe», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, vol. 10, núm. 2, pp. 579-596, nota [5]; N. JOUBERT, «Le dernière pierre [provisoire?] à l'édifice de droit international privé européen en matière familiale», *Revue critique de droit international privé*, 2017-1, pp. 1-26, esp. pp. 17-18.

²⁹ El caso de los esposos *De Ganey* está magníficamente explicado en G. PARRA ARANGUREN, *El régimen de los bienes en el matrimonio en el derecho internacional privado*, Universidad Central de Venezuela, 2007, pp. 7-10 y más modestamente expuesto se halla también en J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Ley aplicable al régimen económico matrimonial. Algunas cuestiones de Derecho transitorio”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, n.1, 2020, pp. 456-472. Muy agudo también es el estudio realizado por G.M. UBERTAZZI, *I rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato*, Giuffrè, Milano, 1951, pp. 6-9. La inmensa figura de CH. DUMOULIN, así como su obra jurídica, aparece espléndidamente glosada y ponderada en

Esta opción terminológica del Reglamento 2016/1103 es correcta. Al definir las capitulaciones matrimoniales como un “*acuerdo*”, se evita toda tentación de considerar que estas capitulaciones constituyen un contrato y quién evita la ocasión evita el peligro. El peligro, -ya anunciado con perspicacia por G.M. UBERTAZZI-, de hacer aplicables a las capitulaciones matrimoniales las normas de Derecho internacional privado que rigen los contratos internacionales, hoy recogidas en el Reglamento Roma I, queda, así conjurado³⁰. Esta opción debe ser descartada desde el principio.

En otras lenguas europeas se refleja muy bien la idea de que las capitulaciones matrimoniales son un “*acuerdo*” (*convention matrimoniale / matrimonial property agreement / convenção nupcial / Vereinbarung über den ehelichen Güterstand / convenzione matrimoniale*). La extrañísima terminología española (“capitulaciones matrimoniales”) no debe confundir. La etimología de la palabra es confusa y discutida. Una primera escuela opina que “capitulación” deriva del latín *caput* (cabeza) y refleja la idea de “mando”, de “mandar” u “ordenar”. Por ello, *capitulum* sería una “pequeña cabeza”, de modo que las capitulaciones son acuerdos redactados por las personas que ejercen poder. Así, los cónyuges serían esas personas que ejercen el poder de regular su vida económica matrimonial. Una segunda escuela de pensamiento sostiene que “*capitulum*” significa, en realidad, “encabezamiento”, la “pequeña cabeza de un documento”. Es el párrafo o las líneas que encabezan un escrito. En todo caso, parece claro que “capitular” significa redactar un documento que está dividido en varias partes, documento que contiene los capítulos o encabezamientos de las cláusulas del acuerdo. En todo caso, no se puede afirmar que capitulaciones tiene el sentido de “rendición” de un cónyuge frente a otro o de ambos frente al matrimonio. En verdad, las capitulaciones matrimoniales definen con precisión cuáles serán las relaciones patrimoniales de los cónyuges durante el matrimonio, el destino de los bienes, las ventajas conferidas a los cónyuges, y disposiciones similares de contenido patrimonial.

26. c) Estado miembro de origen y Estado miembro de ejecución. El Estado miembro de origen es el Estado miembro en el que se ha dictado la resolución, formalizado el documento público o aprobado o celebrado la transacción judicial. El Estado miembro de ejecución es el Estado miembro en el que se solicita el reconocimiento o la ejecución de la resolución, el documento público o la transacción judicial. Esta definición que proporciona el art. 3 RREM no es exacta ni correcta ni precisa, porque el Estado miembro de ejecución puede ser un Estado miembro en el que no se solicita la “ejecución” de una resolución relativa al régimen económico matrimonial, sino sólo un reconocimiento de la resolución. Por ello, habría sido más exacto emplear la locución “Estado miembro de destino” de la resolución. En todo caso, a efectos del Reglamento 2016/1103, sólo pueden ser considerados “Estado de origen” y “Estado de ejecución”, apunta A. RODRÍGUEZ BENOT, los Estados miembros que participan en el Reglamento en cuestión y no terceros Estados ni Estados miembros que no participan en el Reglamento³¹.

5. Relaciones del Reglamento 2016/1103 con otros textos legales internacionales

27. El Reglamento no afecta a la aplicación de los convenios bilaterales o multilaterales de los que sean parte uno o varios Estados miembros en el momento de la adopción del Reglamento o de la decisión en virtud del art. 331, apartado 1, párrafo segundo o tercero, del TFUE y que se refieran a ma-

B. ANCEL / H. MUIR WATT, “Annotations sur la Consultation 53 de Du Moulin traduite en français”, *Mélanges Jacques Foyer*, pp. 1-30; J.-L. THIREAU, *Charles Du Moulin (1500-1566), Etude sur les sources la méthode, les idées politiques et économiques d'un juriste de la Renaissance*, Librairie Droz, Genève, 1980, pp. 5-18; A. LAINÉ, *Introduction au droit international privé, contenant une étude historique et critique de la théorie des status*, (dos vols.), Libr. Cotillon, Pichon, Paris, 1888, esp. pp. 223-243; F. GAMILLSCHG, *Der Einfluss Dumoulins auf die Entwicklung des Kollisionsrechts*, Berlin, Tübingen, 1955; M. GUTZWILLER, *Geschichte des Internationalprivatrechts, von den Anfängen bis den grossen Privatrechtskodifikationen*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle-Stuttgart, 1977, pp. 69-79.

³⁰ Vid. Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (DOUE L 177 de 4 julio 2008). Vid. G.M. UBERTAZZI, *I rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato*, Giuffrè, Milano, 1951, pp. 12-13.

³¹ A. RODRÍGUEZ BENOT, “Los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas en la Unión Europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2019, vol. 11, núm. 1, pp. 8-50.

terias reguladas en el Reglamento 2016/1103, sin perjuicio de las obligaciones de los Estados miembros a tenor del art. 351 TFUE (art. 62 RREM).

No obstante lo anterior, el Reglamento prevalecerá, entre los Estados miembros, sobre los convenios celebrados entre ellos en la medida en que dichos convenios se refieran a materias reguladas por el Reglamento 2016/1103. Así, el Reglamento prevalece sobre el Convenio de La Haya de 1978 sobre ley aplicable a los regímenes matrimoniales, en vigor en Francia, Luxemburgo y Países Bajos. Este convenio no está derogado, naturalmente, pero el Reglamento dispone de preferente aplicación sobre el mismo. En esos tres citados Estados miembros, el régimen económico matrimonial de los matrimonios celebrados tras el 29 enero 2019 se rige por la Ley determinada por el Reglamento 2016/1103 y no por el citado Convenio de La Haya, como subraya N. JOUBERT³².

En el caso de España, este Reglamento 2016/1103 prevalece sobre los convenios bilaterales firmados ya hace años por España con otros Estados miembros de la Unión Europea y que continúan en vigor en Derecho español³³.

El Reglamento no impide que los Estados miembros que son parte del Convenio de 6 de febrero de 1931 entre Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia relativo a determinadas disposiciones de Derecho internacional privado en materia de matrimonio, adopción y custodia, revisado en 2006, del Convenio de 19 de noviembre de 1934 entre Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia, que incluye disposiciones de Derecho internacional privado en materia de sucesiones, testamentos y administración de herencias, revisado en junio de 2012, y del Convenio de 11 de octubre de 1977 entre Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia relativo al reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil, sigan aplicando estos convenios en la medida en que ofrecen procedimientos simplificados y más rápidos para el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia de régimen económico matrimonial.

6. Ámbito de aplicación del Reglamento 2016/1103

A) Ámbito de aplicación material

28. Este Reglamento se aplicará a los regímenes económicos matrimoniales solamente en casos internacionales, esto es, en casos que presentan elementos extranjeros (Cons. 14 y 16 RREM). Ello exige precisar diversos aspectos.

³² N. JOUBERT, “Le dernière pierre [provisoire?] à l’édifice de droit international privé européen en matière familiale”, *Revue critique de droit international privé*, 2017-1, pp. 1-26, esp. p. 6. *Contra*, s.e.u.o. G. PALAO MORENO, “La determinación de la ley aplicable en los reglamentos en materia de régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas 2016/1103 y 2016/1104”, *Revista española de Derecho internacional*, 2019, pp. 89-117, esp. p. 96, que sostiene que en Francia, Países Bajos y Luxemburgo, el Convenio de 1978 prevalece sobre el Reglamento 2016/1103. El error consiste en no diferenciar entre el art. 62.1 RREM, -precepto en el que se indica que el Reglamento no perjudica la aplicación de dicho convenio internacional, esto es, que no lo deroga ni impide que se aplique-, y el art. 62.2 RREM, -que señala que, no obstante lo anterior, el Reglamento 2016/1103 prevalece, entre los Estados miembros, sobre dicho Convenio de La Haya-. De hecho, este convenio sigue siendo de aplicación en ciertos territorios franceses a los que no se aplican los Reglamentos europeos. Sin embargo, en la Francia europea, el Reglamento siempre prevalece sobre el tan citado convenio.

³³ *Vid.* Convenio sobre reconocimiento de decisiones judiciales y arbitrales y actas auténticas en materia civil o mercantil entre España y Francia, hecho en París el 28 mayo 1969 (BOE núm.63 de 14 marzo 1970 y BOE de 20 abril 1974), Convenio sobre asistencia judicial y reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil entre España e Italia, hecho en Madrid el 22 mayo 1973 (BOE núm.273 de 15 de noviembre de 1977); Convenio sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones y transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil entre España y la República Federal de Alemania, hecho en Bonn el 14 noviembre 1983 (BOE núm.40 de 16 de febrero de 1988 y BOE de 23 de junio de 1990); Convenio sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones, transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil, entre España y Austria, hecho en Viena el 17 febrero 1984 (BOE núm.207 de 29 de agosto de 1985); Convenio sobre asistencia jurídica, reconocimiento y ejecución de sentencias en asuntos civiles, entre España y Checoslovaquia, hecho en Madrid el 4 mayo 1987 (BOE núm.290 de 3 de diciembre de 1988; corr.err. BOE de 26 enero de 1989); Convenio de asistencia judicial en materia civil entre el Reino de España y la República de Bulgaria, hecho en Sofía el 23 mayo 1993 (BOE núm.155 de 30 de junio de 1994); Convenio entre España y Rumania sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil, hecho «ad referendum» en Bucarest el 17 noviembre 1997 (BOE núm. 134 de 5 junio 1999, BOE núm.158 de 3 julio 1999).

a) Concepto de “régimen económico matrimonial”

29. Este Reglamento regula los regímenes económicos matrimoniales solamente en casos internacionales, esto es, en casos que presentan elementos extranjeros (Cons. 14 y 16 RREM). Ello exige precisar diversos aspectos.

Primero. El Reglamento se aplica a todos los aspectos de Derecho civil de los regímenes económicos matrimoniales, relacionados tanto con la administración cotidiana del patrimonio matrimonial como con la liquidación del régimen, en particular, aunque no exclusivamente, como consecuencia de la separación de la pareja o del fallecimiento de uno de los cónyuges (Cons. 18 RREM).

Segundo. A efectos del Reglamento, el término “régimen económico matrimonial” debe interpretarse de forma autónoma, esto es, en un sentido estrictamente europeo (art. 3.1.a) y Cons. 18 RREM). El concepto legal proporcionado por el Reglamento 2016/1103 coincide, como bien aclara N. JOUBERT, con el concepto creado ya hace muchos años por el TJUE en sus STJCE 27 marzo 1979, 143/78, *Cavel vs. Cavel [I]*, FD 7 y STJCE 6 marzo 1980, 120/79, *Cavel vs. Cavel [II]*³⁴.

Tercero. El concepto de “régimen económico matrimonial” que acoge el Reglamento 2016/1103 es amplio, como expresa M. ANDRAE³⁵. El art. 3.1.a) RREM indica que se entiende por tal, el “conjunto de normas relativas a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y con terceros, como resultado del matrimonio o de su disolución”. En realidad, este concepto está distorsionado por el propio legislador europeo. En efecto, esta definición concibe el régimen económico matrimonial como un conjunto normativo, como un conglomerado de disposiciones legales que regulan las relaciones económicas que surgen entre los cónyuges tras el matrimonio. En realidad, el régimen económico matrimonial no es una “agrupación de normas legales”, -como expresa el art. 3 RREM con notoria falta de técnica legislativa-, sino un específico grupo de relaciones patrimoniales que surgen entre los cónyuges como consecuencia del matrimonio y que están reguladas por la ley. Una cosa son las relaciones patrimoniales y otra su regulación legal. Una cosa es la economía matrimonial y otra cosa son las normas que la regulan. Las relaciones patrimoniales entre los cónyuges son el régimen económico matrimonial y la regulación legal del régimen económico matrimonial es su disciplina jurídica, que es algo bien diferente. El Reglamento 2016/1103 no es preciso al respecto y confunde el régimen económico matrimonial con la regulación legal del mismo.

Según el Reglamento 2016/1103, el régimen económico matrimonial abarca las normas imperativas para los cónyuges, así como las normas opcionales que los cónyuges puedan acordar de conformidad con el Derecho aplicable, y también cualesquiera normas por defecto del Derecho aplicable. El Reglamento, en consecuencia, fija la competencia y la Ley aplicable al régimen económico matrimonial sea cual sea la normativa legal que lo regule. Por tanto, la Ley que rige el régimen económico matrimonial en virtud del Reglamento 2016/1103 regula también el llamado “régimen económico matrimonial primario”, como puede inferirse del Cons. 18 RREM y como ha precisado agudamente, con atención a los antecedentes históricos del Reglamento, M. VINAIXA MIQUEL³⁶. En este llamado régimen primario se

³⁴ STJCE 27 marzo 1979, 143/78, *Cavel vs. Cavel [I]*, *Recueil*, 1979, pp. 1055-1076 [ECLI:EU:C:1979:83] FD 7: «Considerando que de ello se deduce que el concepto de «regímenes matrimoniales» no sólo comprende los regímenes económicos concebidos específica y exclusivamente por determinadas legislaciones nacionales con vistas al matrimonio, sino también todas las relaciones patrimoniales que resultan directamente del vínculo conyugal o de su disolución”. *Vid.*, también, STJCE 6 marzo 1980, 120/79, *Cavel vs. Cavel [II]*, *Recueil*, 1980, pp. 731-744 [ECLI:EU:C:1980:70]. *Vid.* N. JOUBERT, «Le dernière pierre [provisoire?] à l’édifice de droit international privé européen en matière familiale», *Revue critique de droit international privé*, 2017-1, pp. 1-26, esp. p. 8; I. BARRIÈRE-BROUSSE, «Le patrimoine des couples internationaux dans l’espace judiciaire européen: les règlements européens du 24 juin 2016 relatifs aux régimes matrimoniaux et aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés», *Journal de droit international Clunet*, 2017, pp. 485-514, esp. p. 490.

³⁵ M. ANDRAE, «Der sachliche Anwendungsbereich der Europäischen Güterrechtsverordnung», *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2018-3, pp. 221-230.

³⁶ *Vid.* I. BARRIÈRE-BROUSSE, “Le patrimoine des couples internationaux dans l’espace judiciaire européen: les règlements européens du 24 juin 2016 relatifs aux régimes matrimoniaux et aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés”, *Journal de droit international Clunet*, 2017, pp. 485-514, esp. p. 490-492; VINCIANE ROSENAU / DELPHINE THIENPONT, “Regulations 2016/1103 and 2016/1104 in practice: analysis from a Belgian perspective”, en MARÍA JOSÉ CAZORLA GONZÁLEZ / LUCIA RUGGERI (editors), *Cross-border couples property regimes in action before courts. Understanding the EU Regulations 1103 and 1104/2016 in practice*, Madrid, Ed. Dykinson, 2022, pp. 77-92, esp. p. 86. M. VINAIXA MIQUEL, “La autonomía de la voluntad

incluyen, describe B. AÑOVIOS TERRADAS, las normas sobre levantamiento de las cargas familiares, la potestad doméstica, el consentimiento dual, las normas de protección de la vivienda familiar, el derecho de predetracción del cónyuge superviviente y las litis expensas (arts. 1318-1321 CC). Así, en Derecho belga, el legislador belga estima que este llamado “régimen matrimonial primario no es un régimen económico matrimonial, sino que constituye un conjunto de efectos personales del matrimonio, como puede verse en el art. 48 de la Ley belga de Derecho internacional privado, escriben VINCIANE ROSENAU / DELPHINE THIENPONT³⁷. Debe tenerse presente, con P. JIMÉNEZ BLANCO, que esta noción de “régimen primario” varía muy significativamente de país a país y que en algunos Estados, simplemente, no existe³⁸. En todo caso, ya el estudio de J.D. GONZÁLEZ CAMPOS y, con matices, el debido a A.P. ABARCA JUNCO demostraron, -con total solvencia y frente a ambiguas aproximaciones en sentido contrario-, que en Derecho internacional privado español, el régimen primario queda sujeto a la ley reguladora del régimen económico matrimonial³⁹. En efecto, en el régimen matrimonial primario, los efectos personales y patrimoniales del matrimonio aparecen, con frecuencia, unidos y entremezclados, como bien expone M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO⁴⁰.

Los efectos personales del matrimonio siempre deben quedar excluidos del Reglamento y se rigen, en España, por la Ley determinada con arreglo al art. 9.2 CC. La distinción no es sencilla y, por ello, suscita cuestiones de calificación, como justamente apunta J.D. GONZÁLEZ CAMPOS⁴¹. La muy famosa, -en su tiempo-, STS 17 abril 1956 [R.1933] se enfrentó con el caso de un marido de nacionalidad austríaca que debía proporcionar *litisexpensas* a su esposa. El TS consideró que la cuestión debía ser calificada *lege fori* y en consecuencia, se estimó como un aspecto de la relación patrimonial entre los cónyuges⁴². La doctrina italiana ha sido la que con mejor criterio y más profundidad ha abordado el tema de la calificación de los efectos del matrimonio. El excelente estudio, clásico, debido a G.M. UBERTAZZI, así lo demuestra⁴³.

El Reglamento también se aplica a las capitulaciones matrimoniales. Esta afirmación reviste una importancia capital, pues da la razón a los juristas que, -en una posición muy minoritaria en la española doctrina y siempre en el contexto del Derecho internacional privado español-, habían defendido

en los recientes reglamentos UE en materia de regímenes económicos matrimoniales (2016/1103) y efectos patrimoniales de las uniones registradas (2016/1104), en *El orden público interno, europeo e internacional civil*, Acto en homenaje a la Dra. Núria Bouza Vidal', *InDret*, 2017, pp. 274-313, esp. pp. 281-282. Téngase presente el texto del Cons. 18 RREM: “*El ámbito de aplicación del presente Reglamento debe incluir todos los aspectos de Derecho civil de los regímenes económicos matrimoniales, relacionados tanto con la administración cotidiana del patrimonio matrimonial como con la liquidación del régimen, en particular como consecuencia de la separación de la pareja o del fallecimiento de uno de los cónyuges. A efectos del presente Reglamento, el término «régimen económico matrimonial» debe interpretarse de forma autónoma y ha de abarcar no solo las normas imperativas para los cónyuges, sino también las normas opcionales que los cónyuges puedan acordar de conformidad con el Derecho aplicable, así como cualesquiera normas por defecto del Derecho aplicable. Incluye no solo las capitulaciones matrimoniales específicas y exclusivamente previstas para el matrimonio por determinados ordenamientos jurídicos nacionales, sino también toda relación patrimonial, entre los cónyuges y en sus relaciones con terceros, que resulte directamente del vínculo matrimonial o de su disolución*”.

³⁷ VINCIANE ROSENAU / DELPHINE THIENPONT, “Regulations 2016/1103 and 2016/1104 in practice: analysis from a Belgian perspective”, en MARÍA JOSÉ CAZORLA GONZÁLEZ / LUCIA RUGGERI (editors), *Cross-border couples property regimes in action before courts. Understanding the EU Regulations 1103 and 1104/2016 in practice*, Madrid, Ed. Dykinson, 2022, pp. 77-92, esp. p. 84.

³⁸ P. JIMÉNEZ BLANCO, *Regímenes económicos matrimoniales transfronterizos: Un estudio del Reglamento (UE) n° 2016/1103*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 35.

³⁹ J.D. GONZÁLEZ CAMPOS en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado. Parte especial*, vol.II, 3ª ed. revisada y ampliada, Oviedo, 1990, pp. 219-246; A.P. ABARCA JUNCO, “Sobre los efectos o relaciones personales entre los cónyuges en Derecho internacional privado”, *Revista española de Derecho internacional*, 1983, pp. 43-60.

⁴⁰ M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, “Los efectos del matrimonio”, en M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO Y OTROS, *Lecciones de Derecho civil internacional*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996, pp. 146-171, esp. p. 149: “*Una separación tajante entre la dimensión personal y patrimonial del matrimonio no es posible. El patrimonio familiar está al servicio de la realización personal del grupo. Lo personal y lo patrimonial se combinan con predominio de uno u otro factor, por lo que sólo cabe hablar de efectos predominantemente personales o económicos del matrimonio. Los efectos personales y patrimoniales del matrimonio están, sin embargo, íntimamente vinculados entre sí. un recíproco condicionamiento se evidencia por la presencia del dato económico en la regulación de los efectos personales y del orden público familiar en la reglamentación de los efectos económicos. La consideración como personales o patrimoniales de algunos efectos o relaciones en que se combina el elemento económico con el personal puede dar lugar a un delicado problema de calificaciones*”.

⁴¹ J.D. GONZÁLEZ CAMPOS en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado. Parte especial*, vol.II, 3ª ed. revisada y ampliada, Oviedo, 1990, pp. 219-246.

⁴² STS 17 abril 1956 [R.1933].

⁴³ G.M. UBERTAZZI, *I rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato*, Giuffrè, Milano, 1951, pp. 123-144.

que las capitulaciones matrimoniales debían ser reguladas por la misma y única Ley que rige todo el régimen económico matrimonial, Ley que se concretaba a través del art. 9.2 CC⁴⁴. En tal sentido, el art. 9.3 CC no señalaba la Ley aplicable a los efectos patrimoniales del matrimonio ni a las capitulaciones matrimoniales. Este precepto era, simplemente, una cláusula salvatoria que añadía varias leyes más para potenciar la “validez” de los pactos y capitulaciones matrimoniales. Al ofrecer varias Leyes estatales diferentes con arreglo a las cuales pueden ser válidos estos pactos y capitulaciones matrimoniales, el art. 9.3 CC potenciaba en gran medida la posibilidad de que tales acuerdos fueran válidos. En todo caso, en Derecho internacional privado español, la Ley aplicable a las capitulaciones matrimoniales debía ser la misma ley que regía los efectos personales del matrimonio y el régimen económico matrimonial, sin perjuicio de la intervención del art. 9.3 CC, prevista para casos en los que la ley designada por el art. 9.2 CC no hacía válidas las capitulaciones matrimoniales. Pues bien, el Reglamento 2016/1103 adopta esta misma perspectiva: la ley aplicable al régimen económico matrimonial es la misma que regula las capitulaciones matrimoniales. La Ley que rige el régimen económico matrimonial regula, igualmente, toda relación patrimonial entre los cónyuges y en sus relaciones con terceros, que resulte directamente del vínculo matrimonial o de su disolución (Cons. 18 RREM).

Cuarto. Acierta A. RODRÍGUEZ BENOT al afirmar que el Reglamento 2016/1103 no incluye de modo expreso, y en general, entre las cuestiones cubiertas por su ámbito de aplicación material los llamados “acuerdos prematrimoniales” (*prenup agreements*). Este silencio, sin embargo, no significa que todo lo pactado por los cónyuges en los acuerdos prematrimoniales esté excluido del Reglamento. Más bien al contrario, puede y debe afirmarse que todos los acuerdos alcanzados entre los esposos y contenidos en dichos acuerdos prematrimoniales y que afecten a su régimen económico matrimonial están cubiertos por el Reglamento⁴⁵. Frente a ello, los pactos de naturaleza personal concluidos entre los cónyuges e incluidos en un acuerdo prematrimonial, están clara y nítidamente excluidos del Reglamento 2016/1103. También los pactos destinados a aplicarse tras la ruptura matrimonial y tras la disolución del régimen económico matrimonial, sena de naturaleza personal o patrimonial, están excluidos del Reglamento. Del mismo modo, los pactos relativos a los hijos que pueden incluirse en los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura matrimonial, están también excluidos del Reglamento 2016/1103, como señala la doctrina especializada⁴⁶.

⁴⁴ Vid. A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Los artículos 9.2 y 9.3 del Código Civil y el régimen económico matrimonial en Derecho internacional privado español. Valores, métodos y técnicas”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol.12, n. 2, 2020, pp. 186-225.

⁴⁵ A. RODRÍGUEZ BENOT, “Los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas en la Unión Europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2019, vol. 11, núm. 1, pp. 8-50.

⁴⁶ Sobre este particular, *vid.* los imprescindibles trabajos de I. ANTÓN JUÁREZ, “Acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura matrimonial: el test conflictual y material a tener en cuenta para que un acuerdo prematrimonial supere una revisión judicial ante tribunales españoles”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 11, 1, 2019, pp. 81-109; I. ANTÓN JUÁREZ, “Acuerdos prematrimoniales internacionales y protección de los menores”, en A. CEBRIÁN SALVAT/I. LORENTE MARTÍNEZ (DIR.), *Protección de menores y Derecho Internacional Privado*, Granada, Editorial Comares, 2019, pp. 117-141; I. ANTÓN JUÁREZ, “Acuerdos prematrimoniales: Ley aplicable y Derecho comparado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2015, nº 1, pp. 5-45; M.D. CERVILLA GARZÓN, *Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura. Un estudio de Derecho comparado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 33-34; CH. CHALAS, «Contrats de mariage et nuptial agreements: vers une acculturation réciproque?», *Journal du Droit International*, 2016, n.3, pp. 781-826; A. FUSARO, «Marital contracts, eheverträge, convenzioni e accordi prematrimoniali. Linee di una ricerca comparatistica», *La nuova Giurisprudenza civile commentata*, 2012, nº 7-8, pp. 475-483; E. GALLANT, «Contrats nuptiaux internationaux et anticipation des conséquences financières du divorce: quel ordre public?», *El orden público interno, europeo e internacional civil: Acto en homenaje a la Dra. Nuria Bouza Vidal, InDret*, 2017, n.1, pp. 139-164; S. GUILLOD, *Eheverträge in schweizerisch-deutschen Sachverhalten: ehevertragliche Gestaltungsmöglichkeiten in schweizerischen, deutschen und schweizerisch-deutschen Sachverhalten im Bereich des Güterrechts, der beruflichen Vorsorge und des Unterhalts aus Sicht des schweizerischen und des deutschen Rechts*, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, Baden-Baden, Nomos, 2016. Un análisis jurídicamente muy cuidado, sugerente y lleno de matices interesantes sobre la admisión de los acuerdos prematrimoniales en Derecho español es el debido a M.J. VALVERDE MARTÍNEZ, “Acuerdos Prematrimoniales: entre el Código Civil y el Tribunal Supremo”, *Revista abogados de familia*, marzo 2022, núm. 113, pp. 13-27. Recientemente *vid.* la importante y muy bien fundamentada STS 7 marzo 2023 [ECLI:ES:TS:2023:879]. En dicho caso, «con anterioridad a la celebración del matrimonio, las partes otorgaron una escritura de capitulaciones matrimoniales en la que acordaron que el matrimonio proyectado se regiría por el régimen de separación de bienes y que, en caso de divorcio, nada se reclamarían el uno al otro por cualquier concepto o acción que pudiera generarse por razón del matrimonio, la convivencia, gastos, bienes, derechos u obligaciones matrimoniales, independientemente de la cuantía de los ingresos de cada uno de ellos».

Quinto. En cuanto al espinoso tema de la dote, propia de ciertos Derechos de inspiración musulmana, deberá explorarse si los bienes entregados en dote desarrollan una función concreta, no sólo como requisito de validez del matrimonio, sino en la misma economía matrimonial. En caso de respuesta positiva, el Reglamento es aplicable y el régimen jurídicos de tales bienes quedará sujeto a la Ley designada por el Reglamento, propone C.-J. MALMQVIST⁴⁷. En muchos casos, destaca N. YASSARI, la respuesta es negativa y el Reglamento no debe cubrir su regulación legal⁴⁸.

b) Concepto de “situaciones transfronterizas”

30. El Reglamento, como se ha avanzado, sólo se aplica en situaciones internacionales que afectan a un régimen económico matrimonial, esto es, solamente en casos que presentan elementos extranjeros (Cons. 14 y 16 RREM). Según subraya de modo inmejorable A. RODRÍGUEZ BENOT, el carácter transfronterizo de la situación jurídica relativa al régimen económico matrimonial puede derivar de varios factores⁴⁹.

En primer lugar, puede deducirse de la presencia de elementos objetivos extranjeros en dicha situación, como puede ser la nacionalidad distinta de los esposos, la residencia de ambos en diferentes Estados, el país de celebración del matrimonio, el país de la primera residencia tras el matrimonio, el país de situación de los bienes, el lugar de residencia habitual de los acreedores de los cónyuges, la existencia de un acuerdo de elección de foro en favor de un tribunal extranjero, y otros similares, como indica muy correctamente D. VRBLJANAC⁵⁰.

En segundo lugar, el carácter internacional de una situación relativa a un régimen económico matrimonial podría derivar de la mera voluntad o intención de los cónyuges de internacionalizar su relación matrimonial. Así sucederá si, por ejemplo, en una situación jurídica sin elementos objetivos extranjeros, los cónyuges eligen como aplicable a su régimen económico matrimonial la Ley de otro país. Ello no significa que el régimen económico matrimonial quede sujeto a la Ley extranjera elegida por los cónyuges. Significa que el Reglamento 2016/1103 es aplicable y que será el art. 22 RREM el que indique si dicha elección de ley produce o no, efectos legales.

31. Como se ha indicado, para que el Reglamento 2016/1103 sea aplicable, se exige que la situación jurídica que afecta al régimen económico matrimonial contenga algún “elemento extranjero”. En este punto, debe subrayarse que no basta con la presencia de cualquier elemento extranjero en dicha situación jurídica⁵¹. Debe tratarse de un elemento que haga surgir la duda sobre cuál es el Estado cuyos tribunales son competentes para resolver el litigio o la cuestión o la duda sobre cuál es la Ley estatal aplicable a dicho régimen económico matrimonial. Así las cosas, debe distinguirse, con arreglo a la clásica tesis debida al genio de P. LALIVE, entre dos tipos de elementos extranjeros presentes en la situación jurídica⁵².

En primer lugar, existen elementos que están presentes en la situación jurídica pero que no afectan ni a la estructura de la misma ni tienen nada que ver con la naturaleza de dicha situación. Así, por ejemplo, si dos cónyuges españoles con todos sus bienes en España y residencia habitual en España firman sus capitulaciones matrimoniales con un bolígrafo de fabricación italiana sobre papel elaborado

⁴⁷ C.-J. MALMQVIST, “Die Qualifikation der Brautgabe im schwedischen IPR”, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2012-II, pp. 191-194.

⁴⁸ N. YASSARI, “Die islamische Brautgabe im deutschen Kollisions- und Sachrecht (BGH, S. 85)”, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2011-I, pp. 63-68.

⁴⁹ A. RODRÍGUEZ BENOT, “Los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas en la Unión Europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2019, vol. 11, núm. 1, pp. 8-50.

⁵⁰ DANIJELA VRBLJANAC, “Application of the matrimonial property regimes regulation: Croatian perspective”, en MARÍA JOSÉ CAZORLA GONZÁLEZ / LUCIA RUGGERI (editors), *Cross-border couples property regimes in action before courts. Understanding the EU Regulations 1103 and 1104/2016 in practice*, Madrid, Ed. Dykinson, 2022, pp. 117-128, esp. p. 120.

⁵¹ De nuevo, *vid.* A. RODRÍGUEZ BENOT, “Los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas en la Unión Europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2019, vol. 11, núm. 1, pp. 8-50.

⁵² P. LALIVE, «Tendances et méthodes en droit international privé (Cours général)», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1977, vol. 155, pp. 1-424, esp. pp. 19-29.

en China, el caso presenta “elementos extranjeros”. Ahora bien, se trata de unos elementos extranjeros que no afectan a la naturaleza del problema jurídico planteado, como muy bien explican M.-L. NIBOYET / G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE⁵³. Esto es, no es suficiente con la mera “presencia” de un elemento extranjero en la situación jurídica en cuestión. El elemento extranjero debe afectar o estar relacionado con la estructura de la relación jurídica. Así, en el ejemplo citado, existen datos o elementos de la relación jurídica que están conectados con otro país, eso es cierto. Sin embargo, dicho “dato” no debe considerarse como un “elemento propio de la situación jurídica”. El hecho de que el papel se haya fabricado en China y el bolígrafo en Italia no tiene influencia alguna en la régimen económico matrimonial. No está presente en ni afecta a la estructura de la relación jurídica o del litigio relativo al régimen económico matrimonial. Por ello, puede afirmarse que se trata, es evidente, de un dato «*sans pertinence juridique*».

En segundo lugar, existen elementos de la situación jurídica que sí afectan a la estructura jurídica del régimen económico matrimonial y que presentan, por ello, un relieve jurídico innegable. Por ejemplo, la existencia de bienes matrimoniales en otro país, la residencia habitual o no de los cónyuges en Estados distintos, la firma de capitulaciones ante notario extranjero, y otros tantos. No importa que tales elementos sean más o menos importantes, en términos de relevancia económica. Lo que se mide aquí es su significación y envergadura jurídica, no su importancia económica. En consecuencia, no se trata de que el dato o elemento extranjero tenga más o menos importancia, significación, alcance o peso en la relación jurídica, sino de que dicho dato o elemento esté presente en la estructura jurídica del régimen económico matrimonial. Para que la situación jurídica se considere “internacional”, el dato o elemento objetivo debe estar relacionado con el problema jurídico planteado. Debe afectar a la estructura de la relación jurídica, en este caso, al régimen económico matrimonial.

De ese modo, el hecho de que el papel donde se hayan firmado las capitulaciones matrimoniales se haya fabricado en China y de que el bolígrafo empleado al efecto se haya elaborado en Italia constituyen circunstancias que, aunque están presentes en el caso, no afectan para nada a la naturaleza de litigio ni a la estructura interna de la relación jurídica. Esta perspectiva la asume el Cons. 1 RREM cuando afirma que la “*la Unión debe adoptar medidas en el ámbito de la cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, en particular en aquellos casos en que sea necesario para el buen funcionamiento del mercado interior*”. Con otras palabras, puede afirmarse que el Reglamento exige que la situación relativa al régimen económico matrimonial sea transfronteriza y que, por tanto, contenga uno o varios elementos extranjeros y que éstos presenten un impacto real en la estructura del régimen económico matrimonial, de modo que sea necesaria una normativa de Derecho internacional privado europeo para garantizar “*el buen funcionamiento del mercado interior*”. Que el bolígrafo sea de diseño y elaboración italiana y el papel haya sido fabricado en Shangai constituyen elementos extranjeros presentes en la situación jurídica, pero son elementos sin relevancia jurídica al no afectar a la estructura del régimen económico matrimonial en cuestión. Por ello, en tales casos no es preciso que entre en acción la normativa europea, precisamente porque los elementos extranjeros que están presentes en este supuesto no afectan ni tienen nada que ver con la estructura del régimen económico matrimonial. El mercado interior puede vivir tranquilo porque ese bolígrafo italiano y ese papel chino no lo alteran de ningún modo.

Frente a lo anterior, si dos cónyuges españoles, con residencia habitual en España, y cuyos bienes se hallan todos ellos en territorio español, han firmado un documento en París en el que eligen la Ley francesa como Derecho regulador de su régimen económico matrimonial, el caso presenta elementos extranjeros con relevancia jurídica y el Reglamento 2016/1103 es aplicable. De igual modo, en el caso de dos cónyuges españoles, con residencia habitual en España, cuyos bienes se hallan todos ellos en territorio español salvo una cuenta corriente que se eleva a un total de 100 euros y que está abierta en un banco italiano, puede afirmarse que dicho supuesto es “internacional” o “transfronterizo”. El Re-

⁵³ M.-L. NIBOYET / G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, 6^a ed., Paris, Lextenso éditions, LGDJ, 2017, pp. 88-90: «*L'exigence d'internationalité est dans la plupart des cas implicite, car si tous les éléments de la situation sont localisés sur le territoire du for, quelle que soit la méthode employée, elle conduira toujours à la désignation du droit du for On peut observer toutefois que n'importe quelle circonstance de fait produite à l'étranger ne suffit pas à caractériser une situation internationale. Nul ne songe-raît, par exemple, à interroger les règles de droit international privé pour déterminer le droit applicable à un contrat, au seul motif qu'au moment de la signature de l'acte l'un des contractants chaussait des lunettes fabriquées à l'étranger. On ne tient compte que des éléments présentant une certaine pertinence au regard de la question posée*».

glamento 2016/1103 es aplicable, porque lo que resulta fundamental es que el elemento extranjero sea jurídicamente relevante, aunque su importancia económica sea escasa o mínima. La existencia de bienes en el extranjero constituye un elemento objetivo jurídicamente relevante porque hace surgir la duda relativa al Derecho regulador de la situación jurídica, del régimen económico matrimonial en este caso.

32. Puede también suceder que una situación jurídica relativa a un régimen económico matrimonial se forme sin elemento extranjero alguno, pero que, con el tiempo, la situación resulte ser internacional. Por ejemplo, dos sujetos italianos, con residencia habitual en Italia, y cuyos bienes se hallan todos ellos en territorio italiano, contraen matrimonio en Italia. Hasta ese momento, el Reglamento 2016/1103 no es de aplicación, pues el caso carece de repercusión transfronteriza. Ahora bien si esos dos cónyuges, tres años después de su feliz matrimonio, trasladan su residencia habitual a España, el caso presenta, ahora, elementos extranjeros. A partir de ese momento, el Reglamento es aplicable para determinar la Ley aplicable al régimen económico matrimonial así como para precisar los tribunales y autoridades competentes para conocer de las controversias a las que dicho régimen económico matrimonial puede dar lugar. En Derecho internacional privado, el espacio es importante pero el tiempo también lo es.

c) Cuestiones excluidas del Reglamento

33. Quedan excluidas del Reglamento las siguientes cuestiones (art. 1 y Cons. 19 RREM):

- 1º) Cuestiones fiscales, aduaneras y administrativas, esto es todas las cuestiones de Derecho Público que puede suscitar un régimen económico matrimonial, como su tributación en diferentes Estados.
- 2º) La capacidad jurídica de los cónyuges. Esta exclusión comprende tanto la capacidad jurídica como la capacidad de obrar y no afecta a las facultades y los derechos específicos de uno o de ambos cónyuges con respecto a su patrimonio, bien entre sí, bien por lo que respecta a terceros, ya que dichas facultades y derechos deben entrar en el ámbito de aplicación del Reglamento (Cons. 20 RREM).
- 3º) La existencia, validez y reconocimiento del matrimonio. El Reglamento no se aplica a otras cuestiones preliminares al mismo régimen económico matrimonial, como la existencia, la validez o el reconocimiento del matrimonio, que siguen estando reguladas por el Derecho nacional de los Estados miembros, incluidas sus normas de Derecho internacional privado (Cons. 21 RREM).
- 4º) Las obligaciones de alimentos, que están sujetas al Reglamento 4/2009. Las llamadas “cargas del matrimonio”, especifica P. JIMÉNEZ BLANCO, comprenden las obligaciones patrimoniales asumidas por los cónyuges durante el matrimonio y hasta la terminación de éste. Estas “cargas del matrimonio” están reguladas por el Reglamento 2016/1103 salvo que se refieran a prestaciones económicas debidas a los hijos⁵⁴.
- 5º) La sucesión por causa de muerte de uno de los cónyuges, cuya regulación se encuentra en el Reglamento 650/2012. No existe ninguna coordinación o re-equilibrio entre el Reglamento Sucesorio europeo 650/2012 y este Reglamento 2016/1103.
- 6º) La seguridad social, que es una materia característica, típica y propia de Derecho Público.
- 5º) El derecho de transmisión o ajuste entre los cónyuges, en caso de divorcio, separación judicial o anulación del matrimonio, de los derechos de pensión de jubilación o de invalidez devengados durante el matrimonio y que no hayan dado lugar a ingresos en forma de pensión durante este. Las cuestiones relativas a los derechos de transmisión o ajuste, entre los cónyuges, de los derechos de pensión de jubilación o de invalidez, cualquiera que sea su naturaleza, devengados durante el matrimonio y que no hayan dado lugar a ingresos en

⁵⁴ P. JIMÉNEZ BLANCO, Regímenes económicos matrimoniales transfronterizos: Un estudio del Reglamento (UE) nº 2016/1103, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 49.

forma de pensión durante este deben ser excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento. Esta exclusión se interpreta de forma estricta. Por ello, el Reglamento cubre en particular la cuestión de la clasificación de los activos de pensiones, los importes que ya se hayan abonado a uno de los cónyuges durante el matrimonio y la posible compensación que se concedería en caso de pensiones suscritas con bienes comunes (Cons. 23 RREM).

- 6º) La naturaleza de los derechos reales sobre un bien. El Reglamento permite la creación o la transmisión resultante del régimen económico matrimonial de un derecho sobre bienes muebles o inmuebles, tal como dispone la ley aplicable al régimen económico matrimonial. Ello no debe afectar, sin embargo, al número limitado (*numerus clausus*) de derechos reales reconocidos en el ordenamiento jurídico de algunos Estados miembros. No se debe exigir a un Estado miembro que reconozca un derecho real relativo a bienes ubicados en ese Estado miembro si su Derecho desconoce el derecho real de que se trate.
- 7º) Cualquier inscripción en un registro de derechos sobre bienes muebles o inmuebles, incluidos los requisitos legales para llevarla a cabo, y los efectos de la inscripción o de la omisión de la inscripción de tales derechos en un registro.

Los requisitos de la inscripción registral de un derecho sobre bienes muebles o inmuebles no se rigen por este Reglamento. Por consiguiente, debe ser el Derecho del Estado miembro en el que se lleve el registro, -para los bienes inmuebles, la *lex rei sitae*-, el que determine en qué condiciones legales y de qué manera se realizará la inscripción, así como qué autoridades, como los registradores de la propiedad o los notarios, se ocuparán de verificar que se reúnen todos los requisitos y que los documentos presentados o formalizados son suficientes o contienen la información necesaria. En particular, las autoridades podrán comprobar que el derecho de los cónyuges sobre los bienes mencionados en el documento presentado para su inscripción es un derecho inscrito como tal en el registro o un derecho que de otro modo se haya probado que es conforme con el ordenamiento jurídico del Estado miembro en el que se lleve el registro. Para evitar la duplicidad de documentos, las autoridades registrales deben aceptar los documentos expedidos en otro Estado miembro por las autoridades competentes cuya circulación se dispone en el Reglamento. Ello no debe impedir que las autoridades que tramiten la inscripción puedan pedir a la persona que la solicita que presente la información o los documentos adicionales requeridos en virtud de la ley del Estado miembro en el que se lleve el registro, como, por ejemplo, información o documentos relativos al pago de impuestos. La autoridad competente podrá indicar a la persona que solicita la inscripción en el registro cómo puede proporcionar la información o los documentos que falten (Cons. 27 RREM).

Del mismo modo, están excluidos también del ámbito de aplicación del Reglamento los efectos de la inscripción de los derechos en el Registro. En consecuencia, corresponde al Derecho del Estado miembro en el que se lleve el registro determinar si la inscripción tiene, por ejemplo, efecto declarativo o constitutivo. Así pues, en el caso de que, por ejemplo, la adquisición de un derecho sobre un bien inmueble requiera su inscripción con arreglo al Derecho del Estado miembro en el que se lleva el registro con el objeto de garantizar el efecto *erga omnes* de los registros o de proteger las transacciones jurídicas, el momento de dicha adquisición debe regirse por el Derecho de ese Estado miembro (Cons. 28 RREM).

B) Ámbito de aplicación temporal del Reglamento 2016/1103

34. Varios aspectos deben ser concretados en relación con los aspectos temporales de este Reglamento 2016/1103.

Este Reglamento entró en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, esto es, el 28 julio 2016 (art. 70.1 RREM)

El Reglamento es aplicable a partir del 29 enero 2019. Sólo los arts. 63 y 64 RREM son aplicables a partir del 29 abril 2018, y los arts. 66 y 67 RREM, que son aplicables a partir del 29 julio 2016 (art. 70.2 RREM).

El Reglamento solo será aplicable a las acciones judiciales ejercitadas, a los documentos públicos formalizados o registrados y a las transacciones judiciales aprobadas o celebradas a partir del 29

enero 2019 (art. 69 RREM). No obstante, cuando la acción se haya ejercitado en el Estado miembro de origen antes del 29 enero 2019, las resoluciones dictadas en esa fecha o después de esa fecha serán reconocidas y ejecutadas de conformidad con el capítulo IV del Reglamento, siempre que las normas de competencia aplicadas sean conformes a las previstas en el Capítulo II de dicho Reglamento. Las disposiciones del Capítulo III, -esto es, las relativas a la determinación de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial-, sólo serán aplicables a los cónyuges que hayan celebrado su matrimonio o que hayan especificado la ley aplicable al régimen económico matrimonial el 29 enero 2019 o después de esta fecha.

C) **Ámbito de aplicación espacial del Reglamento 2016/1103**

35. Este Reglamento se aplica por todas las autoridades de todos los Estados miembros que participan en el Reglamento a través del mecanismo de la “cooperación reforzada”, tal y como se han indicado *supra*. Dichos Estados miembros son Bulgaria, República Checa, Grecia, Alemania, España, Francia, Croacia, Italia, Luxemburgo, Malta, los Países Bajos, Austria, Portugal, Eslovenia, Finlandia, Chipre (art. 328.1 TFUE).

D) **Ámbito de aplicación personal del Reglamento 2016/1103**

36. El Reglamento 2016/1103 se aplica con independencia de cuál sea el país de la nacionalidad o de residencia habitual de los cónyuges. El Reglamento se aplica también sea cual sea la Ley a la que conduzcan sus normas de conflicto, esto es, ya se trate de la ley de un Estado miembro o de un tercer Estado (art. 20 RREM). Visto el carácter universal de las normas de los conflicto del Reglamento, éste hace inaplicables las normas de conflicto de los Estados miembros participantes en lo relativo al régimen económico matrimonial, que quedan desplazadas, -que no derogadas-, por las normas europeas.

III. **Ley aplicable a los regímenes económicos matrimoniales y Reglamento 2016/1103 de 24 junio 2016**

1. **Introducción. Los distintos regímenes económicos matrimoniales en el mundo**

37. La inmensa mayoría de los sistemas jurídicos estatales establecen que el matrimonio da lugar a una situación jurídica particular de la economía matrimonial: el “régimen económico matrimonial”. El régimen económico del matrimonio constituye el efecto más relevante del matrimonio, puede leerse en la clásica aportación de G.M. UBERTAZZI⁵⁵. Existen divergencias muy marcadas entre los distintos Derechos estatales en relación con el régimen económico matrimonial. Estas diferencias derivan de las disparidades entre el Derecho Romano y el Derecho germánico en este sector, como explica R. SOCINI LEYENDECKER⁵⁶. Por ello, en la actualidad, existen cinco grandes modos de regular la economía matrimonial, bien descritos por la literatura académica especializada⁵⁷

⁵⁵ G.M. UBERTAZZI, *I rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato*, Giuffrè, Milano, 1951, pp. 12-13.

⁵⁶ R. SOCINI LEYENDECKER, “Sulla competenza pregiudiziale della Corte comunitaria in base al Protocollo 3 giugno 1971 relativo alla Convenzione di Bruxelles 27 settembre 1968 circa la competenza giurisdizionale e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale”, *Jus. Rivista di scienze giuridiche*, 1990, p. 115.

⁵⁷ El estudio más detallado y completo al respecto, con un cuidado análisis de las familias jurídicas de las que traen causa los sistemas nacionales, es el debido a G.A.L. DROZ, «Les régimes matrimoniaux en droit international privé», *Recueil des Cours de l’Académie de Droit international de La Haye*, 1974, vol. 143, pp. 1-138, y una versión resumida se puede leer en G.A.L. DROZ, «Régimes matrimoniaux», *Encyclopedie Dalloz droit international, Paris, 1968-69 (dir. Ph. Franceskakis)*, vol.II, 1969, pp. 730-750. En España son notables los trabajos de V.L. SIMÓ SANTONJA, *Regímenes matrimoniales. Legislación comparada*, Aranzadi, Pamplona, 1991; ID., *Capacidad y regímenes matrimoniales de extranjeros (Derecho comparado y conflictual)*, Tecnos, Madrid, 1970, pp. 161-188; ID., “Los regímenes matrimoniales en Derecho internacional privado comparado”,

- 1º) *Sistema de comunidad universal de bienes*. Con arreglo a este sistema, todos los bienes que pertenecían a los cónyuges antes del matrimonio, al igual que todos aquéllos que adquieran durante el matrimonio, pasan a integrar una misma masa de bienes, que se disuelve terminado el matrimonio. Se sigue en Países Bajos, aunque recientes reformas legales lo han matizado y mitigado (RDGSJFP 11 mayo 2022 [compraventa y régimen de comunidad de los Países Bajos]; SAP Tarragona 13 abril 2011 [régimen económico de cónyuges holandeses], Brasil (AAP Barcelona 7 mayo 2012 [comunidad universal de bienes en Derecho brasileño]), África del Sur, países nórdicos cuando el matrimonio ha durado un cierto tiempo, Eslovaquia (RDGSJFP 10 febrero 2021 [herencia de causante eslovaco], etc.⁵⁸. En España, el Fuero del Baylío sigue también, de manera peculiar, este modelo (SAP Badajoz 22 marzo 2021 [Fuero del Baylío], muy bien explicado por J. RODRÍGUEZ RODRIGO⁵⁹.
- 2º) *Sistema de radical separación de bienes*. En ciertos países, y en general, el matrimonio no altera la economía de cada cónyuge. No hay masa de bienes comunes. Es el caso de Grecia, Austria, así de como numerosos Estados americanos, -Chile, Honduras, Nicaragua, Panamá, y algunos Estados integrados en los EE.UU., etc.-, y de ciertas Comunidades Autónomas españolas, como Baleares y Cataluña. Se sigue igualmente en los Derecho islámico, lo que está conectado con la admisión de la poligamia en dichos países. En efecto, resultaría muy complicado establecer un régimen de comunidad entre más de dos personas. Así puede observarse en la jurisprudencia española (SAP Madrid 30 septiembre 2021 [régimen económico de cónyuges marroquíes casados en Marruecos]; SAP Valencia 14 marzo 2019 [régimen económico matrimonial en Derecho marroquí musulmán]; RDGRN [1ª] 21 noviembre 2011 [régimen económico matrimonial marroquí])⁶⁰. El Reglamento 2016/1103, y antes el art. 9.2 CC, señalan también la Ley aplicable a la llamada “pensión por compensación por trabajo para la casa” recogida, en el caso de Derecho español, en el art. 1438 CC, con el objetivo de equilibrar las consecuencias negativas e injustas de un estricto sistema basado en la total separación de bienes de los cónyuges (STS 17 febrero 2021 [divorcio entre cónyuges franceses])⁶¹.
- 3º) *Sistema de sociedad de gananciales*. Tras la celebración del matrimonio, se forma una masa de bienes comunes de la que están excluidos los bienes de los cónyuges adquiridos antes del matrimonio, así como los adquiridos tras el matrimonio por título lucrativo, como donaciones o herencias. Pertenecen a la masa común, a la sociedad de gananciales, los bienes que los cónyuges adquieran a título oneroso tras la celebración del matrimonio. Es el régimen más extendido en todo el mundo. Se sigue en el Derecho civil común español (arts. 1344-1410 CC), en numerosos países sudamericanos, -en los que la influencia legal española ha sido muy marcada-, en Francia, Italia y Bélgica. Es el sistema que se observa en Rusia (SAP Málaga 18 octubre 2021 [régimen económico matrimonial y Derecho ruso]) y en otros países antes integrados en la Unión Soviética, que siguieron el régimen de gananciales establecido por el Código Soviético de la Familia, como Ucrania, Letonia y Lituania⁶². Del mismo modo, este sistema constituye el régimen supletorio a falta de capitulaciones matrimoniales en Polonia,

RCDI, 1980, núm.539, pp. 859-874; ID., *Compendio de regímenes matrimoniales*, Tirant, Valencia, 2005., Actualizado y de extraordinaria utilidad es el volumen de O. IZQUIERDO / A. OLIVA RODRÍGUEZ / A.M. OLIVA IZQUIERDO, *Los regímenes económico matrimoniales del mundo*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2018.

⁵⁸ RDGSJFP 11 mayo 2022 [BOE núm. 130 de 1 junio 2022]; SAP Tarragona 13 abril 2011 [CENDOJ 43148370012011100188]; AAP Barcelona 7 mayo 2012 [CENDOJ 08019370182012200122]; RDGSJFP 10 febrero 2021 [BOE num. 48 de 25 febrero 2021].

⁵⁹ J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “El fuero del Baylío, a propósito del comentario de la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, de 18 enero 2019”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, 2019, n. 2, vol. 11, pp. 747-759. También J. RODRÍGUEZ RODRIGO, *Relaciones económicas de los matrimonios y las uniones registradas en España, antes y después de los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019; J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “La Ley aplicable a los efectos del matrimonio en los casos internacionales. Enseñanzas del Tribunal Supremo”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *El Tribunal Supremo y el Derecho Internacional Privado*, vol. 2, Murcia, Rapid Centro Color S.L., 2019, pp. 545-565. Vid. SAP Badajoz 22 marzo 2021 [ECLI:ES:APBA:2021:61].

⁶⁰ SAP Madrid 30 septiembre 2021 [ECLI:ES:APM:2021:9947]; SAP Valencia 14 marzo 2019 [ECLI:ES:APV:2019:431]; RDGRN [1ª] 21 noviembre 2011 [JUR 2012/304119].

⁶¹ STS 17 febrero 2021 [ECLI:ES:TS:2021:532].

⁶² SAP Málaga 18 octubre 2021 [ECLI:ES:APMA:2021:3627].

Eslovaquia, Eslovenia, República Checa, Croacia, Bulgaria, Bosnia-Herzegovina y Hungría. Merece la pena subrayar que, en Italia, -país siempre inclinado al comercio y a los negocios y de muy marcada tradición en favor del sistema de separación de bienes-, se introdujo el todavía hoy vigente sistema de la sociedad de gananciales (*comunione legale dei beni tra i coniugi*) en 1975 como respuesta legal a la aprobación del divorcio. En efecto, el legislador italiano pensó que, debido a la aprobación del divorcio en Italia por *referendum* popular, los matrimonios durarían menos y los cónyuges acudirían en masa al divorcio. Para evitar una cascada de rupturas matrimoniales, el legislador italiano reaccionó y cambió el régimen económico del matrimonio aplicable en defecto de pacto, que pasó a ser el sistema de “comunidad de bienes”. Así, los cónyuges seguirían juntos, si no por amor, al menos por interés (F. GALGANO)⁶³. La jugada le salió mal al legislador italiano de 1975, porque, en la actualidad, más de la mitad de las parejas que existen en Italia no contraen matrimonio, con lo que ha quedado claro que el sistema de la comunidad de bienes no garantiza la indisolubilidad de un matrimonio que no llega a celebrarse. Con la paradoja, además, de que, si se llegase a aprobar un día en Italia un matrimonio entre personas del mismo sexo, este sistema de la comunidad de bienes “anti-divorcio” reforzaría la indisolubilidad de los matrimonios entre personas del mismo sexo. Ello demuestra que si el amor no mantiene unidas a dos personas, tampoco el dinero lo hace.

- 4º) *Sistema de participación en las ganancias generadas*. Se observa en países como Alemania (*Zugewinnngemeinschaft*), Finlandia, Dinamarca, Suiza y Québec. Significa que, durante el matrimonio, cada cónyuge mantiene su patrimonio separado e individual. Cuando se disuelve el matrimonio, se debe proceder a computar las ganancias que cada esposo ha obtenido. El cónyuge que haya obtenido más ganancias debe pagar al otro cónyuge la mitad de esa cantidad que ha obtenido de más. En el Derecho español, no es el régimen subsidiario o general en defecto de pacto, pero lo pueden elegir los cónyuges con arreglo a los arts. 1411- 1434 CC.
- 5º) *Sistema de la inexistencia de régimen económico matrimonial*. En líneas generales, los países de *Common Law* carecen de un régimen económico matrimonial en sus legislaciones. En Gran Bretaña, el concepto de “régimen económico del matrimonio” no existe. Por tanto, cuando el Derecho inglés es aplicable en España, no puede activarse ninguna presunción de ganancialidad ni nada parecido ni tampoco cabe ningún procedimiento de liquidación de régimen económico matrimonial (SAP Baleares 28 septiembre 2021 [matrimonio entre ciudadanos ingleses celebrado en Estados Unidos de América y primera residencia en España]; RDSSJFP 28 septiembre 2020 [régimen matrimonial sujeto al Derecho inglés]: “*por tratarse de la legislación inglesa no existe propiamente un régimen económico matrimonial en dicho sistema legal existe absoluta separación del patrimonio de cada uno de los cónyuges, que conduce a la libre administración y disposición de cada uno sobre sus bienes propios*”; SAP Alicante 4 diciembre 2019 [régimen matrimonial inglés]; ATS 3 julio 2019 [sociedad de gananciales y Derecho inglés]; SAP Valencia 15 febrero 2018 [Derecho inglés]; SAP Islas Baleares 10 abril 2018 [Derecho inglés], RDGRN 19 octubre 2018 [Ley inglesa]; RDGRSJFP 31 enero 2022 [régimen económico matrimonial de nacional británico divorciado]; RDGRSJFP 2 febrero 2022 [compraventa de inmueble por cónyuges de nacionalidad india])⁶⁴. En los Derechos en los que no existe régimen económico matrimonial, como el británico o el indio, en algunas ocasiones, los bienes afectos a la economía matrimonial pertenecen a cada uno de los cónyuges por separado, pero quedan sujetos a un *constructive trust*. Un *constructive trust* es aquél que opera como una institución de equidad frente a la aplicación estricta de la ley y que surge por decisión judicial con el objetivo de beneficiar a una parte que se ha visto perjudicada, las más de las veces, por un enriqueci-

⁶³ F. GALGANO, *Il rovescio del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1991, pp. 79-81.

⁶⁴ SAP Baleares 28 septiembre 2021 [ECLI:ES:APIB:2021:2213]; RDSSJFP 28 septiembre 2020 [BOE núm. 272 de 14 octubre 2020]; SAP Alicante 4 diciembre 2019 [ECLI:ES:APA:2019:3201]; ATS 3 julio 2019 [ECLI:ES:TS:2019:7465A]; SAP Valencia 15 febrero 2018 [ECLI:ES:APV:2018:480]; SAP Baleares 10 abril 2018 [ECLI: ECLI:ES:APIB:2018:83A]; RDGRSJFP 31 enero 2022 (BOE núm. 41 de 17 febrero 2022); RDGRSJFP 2 febrero 2022 (BOE núm. 45 de 22 febrero 2022).

miento injusto de otra persona. Es un *trust* que se crea una vez analizada la conducta de un cónyuge que puede haberse aprovechado del estado de las cosas para enriquecerse a costa del otro cónyuge. A través de este *constructive trust*, ciertos bienes se colocan en situación de *trust*, de modo que la persona beneficiada por la situación del matrimonio se considere un *trustee* que debe administrar tales bienes con justicia y está obligado a transferir la propiedad y posesión de los mismos al otro cónyuges perjudicado. Este tipo específico de *trust* surge a partir de un concepto muy amplio de “enriquecimiento injusto”. Pues bien, en tales casos si no se prueba dicha circunstancia, esto es, si no se acreditan los elementos que permiten la creación del *constructive trust*, las autoridades españolas no podrán tenerla en cuenta (RDGRSJFP 31 enero 2022 [nacional británico divorciado])⁶⁵. En estos sistemas, el matrimonio no altera en nada la propiedad de cada cónyuge. No obstante, en estos países se sigue un régimen en cuya virtud ciertos bienes adquiridos constante matrimonio o por ambos cónyuges o vinculados a la vida matrimonial se asignan a la familia o al matrimonio y ciertas deudas son imputables a ambos cónyuges. Al finalizar el matrimonio por divorcio, los tribunales disponen de un poder muy amplio para distribuir los bienes de ambos cónyuges que estaban asignados al funcionamiento del matrimonio, sean propiedad de quien sean, siempre que no se trate de matrimonios de “corta duración”. De ese modo se intenta evitar que un cónyuge quede desfavorecido tras el divorcio después de haberse dedicado a la familia. Los tribunales dictan diversas medidas (*ancillary relief*) ajustadas a los caracteres del caso concreto. Puede afirmarse, en general, que los cónyuges pueden acordar lo que estimen conveniente para distribuir los bienes tras el divorcio, de modo que los tribunales sólo acuerdan medidas al efecto si dichos cónyuges no alcanzan un acuerdo.

2. Las normas de conflicto del Reglamento 2016/1103 como precipitado histórico

38. La determinación de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial se lleva a cabo mediante ciertas normas de conflicto recogidas en el Capítulo II del Reglamento 2016/1103. Tales normas constituyen un auténtico sistema de precisión de la ley aplicable al régimen económico matrimonial que opera de modo auto-contenido. Todo régimen económico matrimonial encuentra su Ley aplicable en este sistema de normas de conflicto. Por otro lado, dicho conjunto de normas dispone de su propio arsenal de disposiciones complementarias o normas de funcionamiento que resuelven los típicos problemas que surgen en la aplicación de las normas de conflicto: reenvío, orden público, remisión a sistemas plurilegislativos y otros similares.

39. Los puntos de conexión recogidos en los arts. 22-26 RREM no han visto la luz de un día para otro. No han surgido, de repente, del etéreo pensamiento puro del legislador europeo. No son tampoco, una creación *ex nihilo* de la Unión Europea. Representan, más bien al contrario, un condensado de las soluciones de Derecho internacional privado que, desde hace cientos de años, ha propuesto brillantes, admirables y significados juristas europeos. La cuestión estriba, ahora, en descubrir qué queda, en las normas de conflicto del Reglamento 2016/1103, de las aportaciones de esos insignes maestros de Derecho internacional privado. Se trata de desvelar qué soluciones han sobrevivido y cuáles han perdido importancia, peso y significación en este sector. También es necesario indagar si el Reglamento incorpora respuestas novedosas a la hora de precisar la ley aplicable al régimen económico matrimonial.

40. Con carácter preliminar, cabe recordar que todas las aportaciones jurídicas para precisar la Ley aplicable al régimen económico matrimonial que se realizan a partir de la Edad Media y hasta finales del siglo XIX, constituyen acercamientos de tipo estatutario. Fijan el ámbito de aplicación en el espacio de las leyes de los diferentes Estados. Se detienen más en la Ley que en el objeto de la Ley, como

⁶⁵ RDGRSJFP 31 enero 2022 (BOE núm. 41 de 17 febrero 2022).

justamente observa G.M. UBERTAZZI⁶⁶. Se analizan los textos legales más que las situaciones jurídicas, lo que resta interés, hoy día, al resultado de dichos estudios estatutarios.

41. En primer lugar, la aplicación, al régimen económico matrimonial, de la Ley del lugar de celebración del matrimonio fue seguida en la Alta y Baja Edad media. Del mismo modo que la formación y los efectos de los contratos debían quedar sujetos a la ley del lugar de celebración de los mismos, se estimó que el matrimonio, -institución muy similar al contrato-, debía regirse por la Ley del país de celebración del matrimonio. El régimen económico matrimonial es un efecto del contrato de matrimonio y debía, según parecía lógico-, regularse por la Ley del lugar donde ha nacido dicho contrato, la ley del lugar de celebración del matrimonio. Se puede apreciar esta conexión en la Partida IV, título XI, Ley 24, de las Sietes Partidas del rey castellano Alfonso X el Sabio⁶⁷. El régimen económico matrimonial, se dice, debe regirse por la “*costumbre de aquella tierra do fizieron el casamiento*”. Es una solución que se importó de Italia, de los estatutarios italianos, y que también se expandió por Francia, como certifican los estudios de G. DURANT, P. DE BELLEPERCHE, CINUS y JEAN FABRE.

Sin embargo, ya al final de la Baja Edad media y sobre todo a comienzos de la Edad moderna esta conexión se abandona de modo paulatino pero decidido. En efecto, el lugar de celebración del matrimonio puede ser fortuito, casual, puramente anecdótico. De esa manera, dicho punto de conexión podría conducir a la aplicación de la ley de un Estado que nada tiene que ver con la realidad de la economía matrimonial de una pareja. Comienzan los movimientos para escapar de la ley del lugar de celebración del matrimonio. En España, GREGORIO LÓPEZ, -insigne comentador y glosador de las Partidas alfonsinas-, afirmaba que, en realidad, este texto legal presuponían que la Ley de celebración del matrimonio se identificaba con la ley del domicilio conyugal, que era una conexión realista y con una vinculación evidente y auténtica con la economía matrimonial. De ese modo, afirmó que la Ley del domicilio conyugal actual debía regular los “efectos personales del matrimonio y la ley del país del primer domicilio de los cónyuges, debía regir los “efectos patrimoniales”. También en España, de modo más sutil, si cabe, RODRIGO SUÁREZ apostó por introducir un matiz muy ingenioso a la solución de las Partidas: afirmó que la aplicación de la Ley del país de celebración del matrimonio sólo procedía los cónyuges habían contraído matrimonio en un lugar determinado *animo ibi manendi*, esto es, con la voluntad clara de permanecer e instalar en dicho lugar su domicilio conyugal.

En realidad, esta conexión “lugar de celebración” = lugar de domicilio del matrimonio” era una declaración de fervorosa fe en favor de la Ley del lugar donde estaban los bienes del matrimonio. La movilidad de las personas en la Edad Media era prácticamente nula. Explica G. WIEDERKEHR que las familias eran entendidas como unidades de supervivencia ligadas a los bienes. Las familias, de hecho, llevan el nombre de su tierra. El eje de la familia son sus bienes, especialmente los bienes inmuebles. El régimen económico matrimonial se concibe, de modo primitivo y algo tosco, como un sistema para la protección de los bienes de la familia. La Ley de situación de los bienes adquiere un relieve innegable a la hora de regular el régimen económico matrimonial. Es la *réalité*⁶⁸.

El cambio social en la Edad Moderna es evidente. La familia se concentra en los cónyuges y éstos adquieren bienes en otros lugares que no son el lugar de su domicilio. Los bienes son ahora una inversión que produce beneficios y no sólo el fundamento, base y centro de la supervivencia familiar. El cambio social va a traer un cambio de punto de conexión en el Derecho internacional privado de los países europeos.

El declive de la solución “lugar de celebración del matrimonio” fue evidente y esta conexión nunca recuperó su importancia para concretar la ley aplicable al régimen económico matrimonial. En

⁶⁶ G.M. UBERTAZZI, *I rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato*, Giuffrè, Milano, 1951, esp. pp. 4-6: “Tale impostazione del nostro problema toglie pertanto interesse all’esame degli argomenti che sono stati portati a conforto dell’una o dell’altra soluzione, così come toglie interesse ad una ricostruzione, operata con criteri critici moderni, del valore della teoria degli Statuti in generali: mentre l’esame di quei argomenti non presenta, data la diversità di posizioni teoriche alcuna utilità, una ricostruzione moderna del pensiero degli scrittori statutari rischierebbe di condurre a conclusioni profondamente diverse da quelle realmente presenti nel pensiero giuridico dell’epoca”.

⁶⁷ M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, “Los efectos del matrimonio”, en M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO Y OTROS, *Lecciones de Derecho civil internacional*, Ed.Tecnos, Madrid, 1996, pp. 146-171, esp. pp. 157-158.

⁶⁸ G. WIEDERKEHR, *Les conflits de lois en matière de régime matrimonial*, Dalloz, París, 1967, pp. 20-21.

el Reglamento 2016/1103, esta conexión sólo puede ser tenida en cuenta, de modo residual y como un elemento más, en el contexto del art. 26.1.c) RREM, esto es, como un dato entre otros tantos para precisar la ley del país con el que ambos cónyuges tienen “*la conexión más estrecha en el momento de la celebración del matrimonio*”. Aparte sus problemas valorativos, -el lugar de celebración del matrimonio puede conducir, con frecuencia, a aplicar leyes de Estados con nula vinculación con los cónyuges y la vida matrimonial-, la conexión suscita enormes problemas técnicos. Ya puestos de relieve por G.M. UBERTAZZI en el caso de matrimonios por poder, estas complicaciones son hoy infinitas debido a la existencia matrimonios *online*, por whatsapp y otras modalidades que han suscitado dudas, incógnitas y dilemas en la práctica judicial alemana, como han destacado H.-P. MANSEL y F. STURM⁶⁹.

42. En segundo lugar, como se ha visto, la ley del lugar de celebración del matrimonio pierde importancia y emerge la ley del lugar del domicilio conyugal como nueva conexión para fijar la ley aplicable al régimen económico matrimonial. El gran impulsor de esta conexión fue CHARLES DUMOULIN, jurista francés de brillantísimos argumentos. Este gran estudioso y práctico del Derecho internacional privado estima que el régimen económico matrimonial constituye un contrato y que la ley aplicable al régimen económico matrimonial es la Ley elegida por los cónyuges, que en el caso concreto, era la ley implícitamente preferida por ellos: la ley del país del primer domicilio conyugal tras la celebración del matrimonio. En su más que célebre *Consilium LIII* (53), fechado en 1524, estima que resolvió a sus 23 años el caso de los esposos *De Ganey* en favor de la Ley del primer domicilio conyugal. En este litigio, los herederos de la señora *De Ganey* se preguntaban cuál era la Ley (*coutume*) aplicable a los bienes del matrimonio *De Ganey*, a falta de capitulaciones matrimoniales. En París, donde los esposos *De Ganey* instalaron su domicilio, estaba vigente un régimen de comunidad de bienes (art. 110 *coutume* de París). En Lyon, donde el señor *De Ganey* había adquirido bienes, no existía régimen de comunidad de bienes. CHARLES DUMOULIN considera que el régimen económico matrimonial constituye un “contrato”. En consecuencia, debe aplicarse al mismo la Ley elegida por los cónyuges. CHARLES DUMOULIN indicó que los cónyuges podían elegir dicha Ley de modo tácito o implícito. Subrayó que ambos cónyuges eligieron, tácitamente, la Ley de París como aplicable a su régimen económico matrimonial, y la eligieron al fijar en París el primer domicilio conyugal (*primum domicilium semper inspiciendum*, *Consilium LIII*, núms. 19 y siguientes). Indica DUMOULIN que los cónyuges podían haber excluido la aplicación del régimen de comunidad de bienes parisino mediante la redacción de unos pactos o capitulaciones matrimoniales pero que no lo hicieron. Ello probaba su voluntad en favor de la aplicación del régimen de comunidad de bienes propio del Derecho de París. En suma, CHARLES DUMOULIN estima que existía una elección de Ley aplicable a los bienes del matrimonio ejercitada de forma tácita en favor de la Ley del primer domicilio de los cónyuges. Según DUMOULIN, las normas del Derecho de París se aplican al caso a título de normas pactadas por los cónyuges / contratantes, no como normas pertenecientes al estatuto real. La tesis contraria fue sostenida por B. D’ARGENTRÉ, que defendía la aplicación de la Ley del lugar de situación de los bienes inmuebles [*immobilia reguntur lege loci*], pues entendió que la cuestión afectaba a la “propiedad de los bienes”. Esta célebre “*famosissima quaestio*”, -estatutos reales contra estatutos personales-, se saldó con la clamorosa victoria de Charles DUMOULIN, victoria cuyos ecos duran ya siglos y llegan hasta el siglo XXI, en el que todavía la cour de cassation francesa aplica las soluciones de CHARLES DUMOULIN (sentencia cour cassation (Francia) de 14 noviembre 2006 [La Ley rectora de los efectos del matrimonio es la Ley del primer domicilio conyugal])⁷⁰.

⁶⁹ G.M. UBERTAZZI, *I rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato*, Giuffrè, Milano, 1951, esp. pp. 138-144; H.-P. MANSEL, «Zur Liberalisierung des internationalen Ehe- und Lebenspartnerschaftsrechts des EGBGB: Bemerkungen zum Ort der Eheschließung und Registerort als Anknüpfungspunkte», *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax)*, 2022, n.6, pp. 561-567; F. STURM, «Handschuhehe und Selbstbestimmung (OLG Zweibrücken, S. 442)», *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2013-5, pp. 412-418.

⁷⁰ Sentencia cour cassation [Francia] de 14 noviembre 2006, *Bulletin*, 2006 I, n. 472 p. 405: «*qu'en refusant d'appliquer la loi algérienne régissant le régime matrimonial du ménage polygamique légalement constitué en Algérie par Abdelkader Y... avec le consentement de toutes ses épouses, et alors que lui-même avait, en sa qualité d'auteur de cette situation, suffisamment établi sa volonté de soumettre son régime matrimonial avec Mme X... à la seule loi algérienne, la cour d'appel a violé l'article 3 du code civil Mais attendu que la loi applicable au régime matrimonial des époux mariés sans contrat est déterminée principalement en considération de la fixation de leur premier domicile conjugal; qu'en l'espèce, l'arrêt relève que les époux se sont installés en France quelques semaines après leur mariage civil célébré le 6 septembre 1963.....*”.

En suma, CHARLES DUMOULIN introduce, como se ha indicado, un cambio radical a la hora de precisar la ley aplicable al régimen económico matrimonial. Su defensa de los intereses privados y particulares frente a los intereses de los Estados es capital. La aportación de CHARLES DUMOULIN llegará muy lejos. En el Reglamento 2016/1001 se observa la presencia de dos elementos de extraordinaria importancia que son un reflejo del pensamiento de este autor. En primer lugar, la autonomía de la voluntad de los cónyuges, libres para, dentro de ciertos límites, elegir la ley reguladora de su régimen económico matrimonial. Es la primera conexión y se contiene en el art. 22 RREM en una forma más avanzada que la concebida por el autor francés, cuya semilla intelectual es, de todos modos, innegable en dicho precepto. En segundo lugar, el lugar del primer domicilio de los cónyuges como punto clave donde los cónyuges, de modo voluntario, ha decidido instalarse y situar el centro principal de sus intereses. Puede detectarse de modo diáfano en el art. 26.1.a) RREM. Ambos puntos de conexión son una herencia de la obra de CHARLES DUMOULIN que ha llegado hasta el Reglamento 2016/1103.

43. En tercer lugar, otra visión completamente diferente y radicalmente distinta de cómo determinar la ley aplicable al régimen económico matrimonial surgió en el siglo XIX en Europa. La cuestión enfoca en dicho momento en un escenario de expansión del estatuto personal en un período de creación de nuevos Estados en Europa, en particular, en el caso de Italia y Alemania. Una ola recorre Europa: la aplicación de la Ley nacional a las cuestiones incluidas en el llamado “estatuto personal” de todo individuo, como muy bien ilustra J.D. GONZÁLEZ CAMPOS⁷¹. En dicho movimiento, se estima que la familia debe quedar regida por una sola y única ley, que es la ley nacional del marido. Ésta debe regir también todas las cuestiones relativas a la familia, esto es, la filiación de los hijos, la capacidad de todas las personas de la misma familia así como los efectos personales y patrimoniales del matrimonio, como se aprecia en la célebre STS 27 noviembre 1868⁷². Todos estos aspectos deben quedar sujetos a una sola y única ley: la ley del *paterfamilias*, la ley nacional del marido y del padre. Durante todo el siglo XIX muchos Estados europeos acogen la solución “ley nacional del marido”, España incluida (STS 1 julio 1897)⁷³. Esta solución ocupó su lugar en el en el Código civil español de 1889 (STS 20 noviembre 2011 [matrimonio civil contraído por españoles en Méjico en 1940]⁷⁴). La reforma del título preliminar del Código civil español de 1974 dio lugar a dos normas de conflicto diferentes. El art. 9.2 CC fijaba la Ley reguladora de relaciones personales entre los cónyuges y hacía aplicable la *última Ley nacional común* durante el matrimonio, y en su defecto, la Ley nacional del marido en el momento de la celebración. El art. 9.3 CC concretaba la Ley aplicable a las relaciones patrimoniales entre los esposos y apostaba por hacer aplicable al fondo de las capitulaciones matrimoniales, la Ley nacional de cualquiera de ellos.

Sin embargo, este criterio entra en crisis de modo evidente cuando el principio de no discriminación por razón de sexo y la igualdad de los cónyuges ante la ley penetra en los ordenamientos jurídicos occidentales y en particular en las Constituciones nacionales de dichos Estados. Este punto de conexión pierde lentamente empuje e importancia. La nacionalidad, por otra parte, también entra en crisis al considerarse que, con frecuencia, constituye un vínculo sola y estrictamente formal estrictamente, con lo que pierde potencial localizador real y empieza un lento pero acusado declive ya desde el final de la Segunda Guerra Mundial en toda Europa. En el Reglamento 22106/1103, la nacionalidad común de los cónyuges ha perdido relieve. Se puede detectar como tercer punto de conexión, en la parte baja de la tabla de conexiones, en el art. 261.b) RREM.

44. En cuarto lugar, un producto típico del Derecho internacional privado de finales del siglo XX hace su entrada en el Reglamento. Se trata del principio de proximidad aplicado como punto de conexión directo y puede verse en el art. 26.1.c) RREM. Es una solución de cierre, un último recurso del

⁷¹ J.D. GONZÁLEZ CAMPOS en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado. Parte especial*, vol.II, 3ª ed. revisada y ampliada, Oviedo, 1990, pp. 219-246.

⁷² STS 27 noviembre 1868, *Jurisprudencia civil*, vol. 18, p. 536.

⁷³ STS 1 julio 1897, *Jurisprudencia civil*, vol. 82, p. 18. Para Italia, vid. G.M. UBERTAZZI, *I rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato*, Giuffrè, Milano, 1951, pp. 130-139.

⁷⁴ STS 20 noviembre 2011 [CENDOJ 28079110012011100831].

sistema. Resulta interesante esta victoria del criterio de proximidad como norma de conflicto porque se ha impuesto en el Reglamento sobre la pura, descarnada, fría y automática aplicación de la *lex fori* como última conexión. Su presencia dice mucho en favor de los redactores del texto legal, que han privilegiado los intereses de los cónyuges sobre la comodidad judicial.

45. En quinto término, finalmente, también encuentra su sitio en este Reglamento, una cláusula de excepción, otro mecanismo técnico e intelectual propio de finales del siglo XX y que es expresión, nuevamente, del principio de proximidad. Se encuentra, concebido como un resorte de aplicación excepcional, en el art. 26.3 RREM. Su aplicación es restrictiva y opera como una atalaya de vigilancia que garantiza que la conexión “lugar de la primera residencia habitual común tras el matrimonio” no se aparte de las expectativas de los cónyuges, esto es, del principio de proximidad y conexión más estrecha.

46. Las normas de conflicto del Reglamento 2016/1103, se dice, se inspiraron en en la escalera de soluciones conflictuales recogida en el Convenio de La Haya de 14 de marzo de 1978 sobre la ley aplicable a los regímenes matrimoniales⁷⁵. No obstante, las soluciones tomadas de dicho convenio han sido refinadas, mejoradas y actualizadas de modo muy notable, apunta N. JOUBERT⁷⁶.

3. Principios generales inspiradores de las normas de conflicto del Reglamento 2016/1103

47. Los caracteres principales de los preceptos que el Reglamento 2016/1103 dedica a precisar la ley aplicable al régimen económico matrimonial son los que siguen.

A) Carácter *erga omnes*

48. La Ley que resulta aplicable al régimen económico matrimonial en virtud del Reglamento se aplicará, aunque no sea la de un Estado miembro (art. 20 y Cons. 44 RREM). Como consecuencia de ello, a partir de la fecha de la plena aplicación del Reglamento 2016/1103, las normas de conflicto de leyes que precisan la ley aplicable al régimen económico matrimonial en los Estados miembros participantes resultan inaplicables, como destaca I. VIARENGO⁷⁷. Están desplazadas, como antes se ha dicho, pero no derogadas, por las normas europeas. Para España esto significa que los arts. 9.2 y 3 CC ya no son aplicables para determinar la Ley aplicable al régimen económico matrimonial en los casos internacionales.

B) Unidad y universalidad de la ley aplicable al régimen económico matrimonial

49. En principio, sólo una ley estatal rige el régimen económico matrimonial de los cónyuges (art. 21 RREM). Ésa es la regla general. La ley aplicable al régimen económico matrimonial en virtud de los arts. 22 ó 26 REEM se aplicará a todos los bienes incluidos en dicho régimen, con independencia de donde los bienes estén situados, ya se trate de otro Estado miembro o de un tercer Estado (Cons. 43 y 49 RREM).

En esta línea, indica el Cons. 43 RREM que, “[p]or motivos de seguridad jurídica y para evitar la fragmentación del régimen económico matrimonial, la ley aplicable debe regular el régimen económico matrimonial en su conjunto, es decir, la totalidad del patrimonio de ese régimen, con inde-

⁷⁵ Texto oficial en <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=87>.

⁷⁶ N. JOUBERT, «Le dernière pierre [provisoire?] à l'édifice de droit international privé européen en matière familiale», *Revue critique de droit international privé*, 2017-1, pp. 1-26, esp. p. 17.

⁷⁷ I. VIARENGO, “Effetti patrimoniali delle unioni civili transfrontaliere: la nuova disciplina europea”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2018, vol. 54, pp. 33-58, esp. p. 47.

pendencia de la naturaleza de los bienes y de si los bienes están situados en otro Estado miembro o en un tercer Estado”.

Se trata de un principio fuerte del Reglamento que sólo puede sufrir las excepciones expresamente contempladas por el propio texto del Reglamento. Como muy bien señala J. RODRÍGUEZ RODRIGO, se trata de un principio de interpretación extensiva y nunca restrictiva⁷⁸.

La unidad y universalidad de la ley aplicable al régimen económico matrimonial constituye un principio inspirador de las normas de conflicto que comporta diversas ventajas. En efecto, dicho principio aumenta la seguridad jurídica de los cónyuges, simplifica la gestión de los bienes del matrimonio, impide la existencia de dos o más conjuntos de bienes diferentes regidos por Leyes distintas, -lo que podría comportar desequilibrios e incoherencias de reglamentación-, y finalmente, beneficia también a los terceros que se relacionan con los cónyuges, que sólo deben informarse sobre un ordenamiento jurídico, esto es, sobre el Derecho único que rige el régimen económico matrimonial.

Es un principio importante y fuerte del sistema conflictual del Reglamento, como se ha indicado. Tanto es así, que los cónyuges pueden elegir la Ley reguladora de su régimen económico matrimonial pero sólo pueden elegir una ley. Y tampoco el art. 22 RREM les autoriza a elegir la ley del país donde se encuentran los bienes inmuebles incluidos en el régimen económico matrimonial como ley reguladora, exclusivamente, de dichos inmuebles, porque ello podría comportar la aplicación de varias leyes a un mismo régimen económico matrimonial⁷⁹.

Es también digno de relieve que la unidad del régimen jurídico del régimen económico matrimonial se impone sobre la aplicación de la *lex rei sitae*. En efecto, el legislador europeo persigue, de modo relevante, dotar al régimen económico matrimonial de una disciplina jurídica unitaria aunque los bienes se hallen en diferentes Estados. La soberanía del Estado sobre su territorio no debe impedir que los bienes situados sobre dicho territorio y que se encuentren integrados en un régimen económico matrimonial estén sujetos a la Ley de otro Estado que no sea el de su lugar de situación, como con acierto han destacado E. BAZZO y O. FERACI⁸⁰. La Ley reguladora del patrimonio de los cónyuges prevalece sobre la ley del país donde dicho patrimonio se encuentra situado.

C) Puntos de conexión subsidiarios y principio de proximidad

50. Los arts. 22-26 RREM recogen una serie de puntos de conexión subsidiarios o en cascada que fijan la Ley aplicable al régimen económico matrimonial. Es la típica “escalera de Kegel” (*Kegel’s ladder*). Si el primer punto de conexión no concurre, la ley aplicable al régimen económico matrimonial se determina con arreglo al siguiente punto de conexión y así sucesivamente hasta el último punto de conexión. Es una escala de puntos de conexión guiada por el principio de proximidad (Cons. 49 RREM). En este sentido, la ley seleccionada por el primer punto de conexión es la ley del país más conectado con

⁷⁸ J. RODRÍGUEZ RODRIGO, *Relaciones económicas de los matrimonios y las uniones registradas en España, antes y después de los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 99-101.

⁷⁹ En este sentido, *vid.* la muy bien construida Circulaire du 24 avril 2019 de présentation des dispositions des règlements (UE) n° 2016/1103 et n° 2016/1104 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, la reconnaissance et l’exécution des décisions, en matière de régimes matrimoniaux et d’effets patrimoniaux des partenariats enregistrés, texto en: <https://www.legifrance.gouv.fr/circulaire/id/44741>, p. 21: “*Pour les régimes matrimoniaux, l’autonomie de volonté des parties a été conservée mais elle est plus encadrée car il n’existe désormais que deux choix possibles, alors que la convention de la Haye du 14 mars 1978 en prévoyait quatre. Notamment, le choix en faveur de la loi de situation des immeubles, contraire au principe d’unicité de la loi applicable et entraînant un morcellement des lois applicables, a été abandonné*”. También, con explicaciones más que convincentes, E. ALINA OPREA, “Party autonomy and the law applicable to the matrimonial property regimes in Europe”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, vol. 10, núm. 2, pp. 579-596, esp. p. 11.

⁸⁰ ELEONORA BAZZO, “Art. 20”, en LUCIA RUGGERI / ROBERTO GARETTO (editors), *European Family Property Relations Article by Article Commentary on EU Regulations 1103 and 1104/2016*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021, pp. 190-192. También, sagazmente, O. FERACI, “L’incidenza del nuovo regime europeo in tema di rapporti patrimoniali tra coniugi e parti di Unioni registrate sull’Ordinamento giuridico italiano e le interazioni con le novità introdotte dal d.lgs. 7/2017 attuativo della c.d. Legge Cirinnà’ *Osservatorio e fonti.it*, 2 (2017), pp. 20; S. MARINO, “I diritti del coniuge o del “partner” superstite nella cooperazione giudiziaria civile dell’Unione Europea”, *Rivista di Diritto internazionale*, 2012, pp. 1114-1121.

el supuesto. Si no concurren las circunstancias previstas para activar ese primer punto de conexión, se acudiría al segundo, que también representa una vía para llegar a la ley de otro país conectado, -aunque ahora en menor grado-, con el supuesto, y así sucesivamente.

D) Normas de conflicto con puntos de conexión eficientes

51. Las normas de conflicto recogidas en el Reglamento conducen a la Ley estatal cuya aplicación a un concreto régimen económico matrimonial comporta los costes más reducidos para las partes. El Cons. 40 RREM lo expresa así: *“para que los ciudadanos puedan disfrutar, con plena seguridad jurídica, de las ventajas que ofrece el mercado interior, el presente Reglamento debe permitir que los cónyuges sepan de antemano cuál será la ley aplicable a su régimen económico matrimonial (...) la norma principal debe garantizar que el régimen económico matrimonial se rija por una ley previsible con la que tenga una estrecha conexión”*. La aplicación previsible para los cónyuges de la Ley de un Estado concreto a su régimen económico matrimonial significa que éstos pueden y deben haber podido prever dicha aplicación de una manera sencilla, casi intuitiva. Lo declara también el Cons. 43 RREM: *“[p]ara que los ciudadanos puedan disfrutar, con plena seguridad jurídica, de las ventajas que ofrece el mercado interior, el presente Reglamento debe permitir que los cónyuges sepan de antemano cuál será la ley aplicable a su régimen económico matrimonial (...)”*. La aplicación de una Ley estatal concreta que se corresponde con un Estado próximo a la situación patrimonial de los cónyuges comporta costes reducidos para las partes. En efecto, se supone que los cónyuges están perfectamente situados para conocer, a un coste limitado, el contenido de la Ley de los Estados próximos a la situación económica del matrimonio.

E) Normas de conflicto uniformes que evitan el Forum Shopping

52. El Reglamento recoge una serie de *“normas de conflicto de leyes armonizadas para determinar la ley aplicable a la totalidad del patrimonio de los cónyuges sobre la base de una escala de puntos de conexión”* (Cons. 49 RREM). Los Estados miembros participantes en el Reglamento disponen, así, de las mismas normas de conflicto para determinar la Ley aplicable al régimen económico matrimonial. Por ello, desde el punto de vista de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial, es indiferente que el litigio se suscite ante los tribunales de un Estado miembro participante o de otro: la Ley aplicable al régimen económico matrimonial será en todo caso la misma, siempre que se trate de Estados miembros que participan en el Reglamento. Con ello se evitan comportamientos estratégicos de los cónyuges. En efecto, un cónyuge podría no resistir la tentación de situar el litigio ante los tribunales de un Estado al ser consciente de que, con ello, es aplicable una determinada ley estatal reguladora de su régimen económico matrimonial que le beneficia en perjuicio del otro cónyuge. Entre los Estados miembros participantes en este Reglamento, el peligro del *forum shopping* queda conjurado y, precisamente por ello, el espacio europeo de Justicia funciona de modo más apropiado.

F) Normas de conflicto rígidas y seguridad jurídica

53. En general, el Reglamento presenta normas de conflicto con puntos de conexión rígidos. Con ello se asegura que los cónyuges puedan saber *“de antemano cuál será la ley aplicable a su régimen económico matrimonial”* (Cons. 43 RREM). La previsibilidad, para los cónyuges y para terceros de cuál es la ley que rige el régimen económico matrimonial, es un principio fundamental en el Reglamento 2016/1103. Dos excepciones, sin embargo, deben ser citadas.

En primer lugar, en casos de gran internacionalidad o casos deslocalizados, esto es, supuestos con elementos extranjeros múltiples y dispersos, -casos que no deberían ser frecuentes-, el Reglamento recurre a un punto de conexión flexible. En virtud del mismo, se aplica la Ley del Estado *“con la que ambos cónyuges tengan la conexión más estrecha en el momento de la celebración del matrimonio, te-*

niendo en cuenta todas las circunstancias” (art. 26.1.c) RREM). Al ser un punto de conexión flexible, la seguridad jurídica preventiva de los cónyuges en relación con la ley aplicable a su régimen económico matrimonial es menor. Debe esperarse a que sea la autoridad competente la que concrete cuál es la ley estatal que regula el régimen económico matrimonial. Los cónyuges pueden también calcular cuál es el Derecho aplicable a su régimen económico matrimonial en estos casos deslocalizados. Sin embargo, es cierto que, vista la dispersión espacial de elementos de estas situaciones, los cónyuges tendrán dificultad para prever, con anticipación, cuál es la Ley que rige el régimen económico matrimonial.

En segundo lugar, cuando la conexión “primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio” ordena la aplicación de la Ley de un Estado que presenta una vinculación real poco significativa con la economía matrimonial, entonces, si existe un ligamen más estrecho con otro país, se aplicará la Ley de ese otro país. Se trata de una cláusula de escape prevista para casos excepcionales, que deberían ser, también, casos poco frecuentes (art. 26.3 RREM). En este segundo grupo de supuestos resulta más complejo prever con exactitud cuál es la Ley aplicable al régimen económico matrimonial, pues la fijación de dicha ley reguladora depende de numerosos factores que el punto de conexión flexible toma en consideración.

4. Ley elegida por los cónyuges

A) Autonomía conflictual de los cónyuges. Aspectos generales

54. Indica el art. 22 RREM que los cónyuges o futuros cónyuges podrán designar o cambiar de común acuerdo la ley aplicable a su régimen económico matrimonial, siempre que se trate de una de las siguientes leyes: a) la ley del Estado en el que los cónyuges o futuros cónyuges, o uno de ellos, tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del acuerdo, o b) la ley del Estado de la nacionalidad de cualquiera de los cónyuges o futuros cónyuges en el momento en que se celebre el acuerdo.

Por tanto, en primer lugar, el régimen económico matrimonial se rige por la Ley elegida por los cónyuges o futuros cónyuges. Éstos podrán designar o cambiar de común acuerdo la ley aplicable a su régimen económico matrimonial en las condiciones fijadas y con los límites establecidos en el art. 22 *in primis* RREM.

Como explica S. MARINO, este punto de conexión era ya ampliamente conocido y aplicado en el sector del régimen económico matrimonial como punto de conexión principal sólo en algunos Estados miembros, como Francia, pero para otros Estados supone una novedad radical⁸¹. El Reglamento 2016/1103 se alinea con el Reglamento Roma III al permitir una elección de la ley aplicable sujeta a parámetros muy similares, comenta B. HEIDERHOFF⁸².

B) Autonomía conflictual de los cónyuges. Razón de ser de la conexión

55. La admisión de la elección, por los cónyuges, de Ley aplicable al régimen económico matrimonial se explica por las distintas ventajas de este criterio de conexión⁸³.

56. a) *La elección de ley proporciona seguridad jurídica internacional a los cónyuges*. El art. 22 RREM permite que el Derecho regulador del régimen económico matrimonial quede fijado antes de que un posible litigio se suscite. De ese modo, los cónyuges pueden saber con total previsibilidad la Ley estatal que regirá su régimen económico matrimonial. Los cónyuges pueden viajar por el mundo

⁸¹ S. MARINO, “Strengthening the european civil judicial cooperation: the patrimonial effects on family relationships”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, nº 1, p. 277.

⁸² B. HEIDERHOFF, “Die EU-Güterrechtsverordnungen”, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2018-1, pp. 1-11.

⁸³ M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, “Los efectos del matrimonio”, en M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO Y OTROS, *Lecciones de Derecho civil internacional*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996, pp. 146-171, esp. p. 155-156.

entero, cambiar de país de trabajo, de país de residencia habitual o cambiar de nacionalidad y adquirir y vender bienes en cualquier parte del mundo. Ninguno de esos cambios alterará la Ley aplicable al régimen económico matrimonial, como bien apunta E. ALINA OPREA⁸⁴. En tal sentido, la elección de la Ley aplicable potencia una “*movilidad creciente de las parejas durante su matrimonio*” (Cons. 32 RREM). En efecto, aunque los cónyuges cambien de Estado de residencia habitual, observa S. VAN ERP, ello no afectará a la Ley aplicable a su régimen económico matrimonial, que será siempre la Ley elegida por los cónyuges en virtud de su acuerdo (art. 22 RREM)⁸⁵. En un mundo cambiante caracterizado por una altísima movilidad y circulación internacional de las personas, este punto de conexión, subraya I. VIARENGO, resulta adecuado⁸⁶. En la era de la globalización, la elección por los cónyuges de la Ley reguladora de su régimen económico matrimonial constituye un elemento de estabilidad, de certeza y de seguridad jurídica, explica también R. TRIPS-HEBERT⁸⁷. Con ello, el legislador de la Unión Europea ha perseguido satisfacer los intereses privados de los cónyuges (*intérêts privés des époux*) y no los intereses generales de los Estados miembros (*considérations d'intérêt général*), en las sugerentes palabras de P. HAMMJE⁸⁸.

57. b) La libre elección de ley aplicable al régimen económico matrimonial facilita la labor judicial en la aplicación del Derecho internacional privado europeo. La autonomía de la voluntad conflictual constituye una conexión judicialmente sencilla: su implementación por los jueces no reviste particular complejidad. Una vez elegida por los cónyuges, la Ley aplicable al régimen económico matrimonial, el juez se limitará a comprobar que la elección de Ley existe y es válida, esto es, que se ajusta a los requisitos contenidos en los arts. 22-24 RREM, y aplicará, sin más, dicha Ley elegida por los cónyuges.

El tribunal no debe, por tanto, realizar el “trabajo conflictual” (“*travail de localisation*”) o “test de proximidad” destinado a determinar el Estado país más conectado con el supuesto específico. La búsqueda, por parte del juez, de la Ley del Estado más estrechamente vinculado con el supuesto termina antes de comenzar. El “trabajo de localización” se lleva a cabo de modo previo por los cónyuges.

58. c) La autonomía de la voluntad conflictual es un criterio eficiente, pues permite elegir la Ley cuya aplicación comporta los costes más reducidos para regular el régimen económico matrimonial. El punto de conexión “autonomía de la voluntad de los cónyuges” hace posible que el régimen económico matrimonial quede regulado por la Ley estatal que comporta los costes más reducidos para los cónyuges.

Esta idea se recoge, de modo parcial, en distintos Considerandos del Reglamento 2016/1103. Así el Cons. 15 indica que “[p]ara garantizar la seguridad jurídica de las parejas casadas en lo que respecta a su patrimonio y ofrecerles cierta previsibilidad, es conveniente reunir en un único instrumento el conjunto de normas aplicables a los regímenes económicos matrimoniales”. El Cons. 43 RREM añade que “[p]ara que los ciudadanos puedan disfrutar, con plena seguridad jurídica, de las ventajas que ofrece el mercado interior, el presente Reglamento debe permitir que los cónyuges sepan de antemano cuál será la ley aplicable a su régimen económico matrimonial. Deben establecerse por ello unas nor-

⁸⁴ ELINA ALINA OPREA, “Party autonomy and the law applicable to the matrimonial property regimes in Europe”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, vol. 10, núm. 2, pp. 579-596.

⁸⁵ S. VAN ERP, “Matrimonial Property Regimes and Patrimonial Aspects of Other Forms of Union: What Problems and Proposed Solutions?”, en *European Parliament Interparliamentary Committee Meeting – National Parliaments, Committee on Legal Affairs, Policy Department C - Citizens' Rights and Constitutional Affairs*, 2010, pp. 13-15.

⁸⁶ I. VIARENGO, “The EU Proposal on matrimonial property regimes. Some general remarks”, *Yearbook of Private International Law*, vol. 13, 2011, p. 210.

⁸⁷ R. TRIPS-HEBERT, *Internationales Privatrecht und Globalisierung: der Einfluss der Globalisierung auf die Aknüpfung des Personalstatus im Internationalen Privatrecht*, WVB Verl, Berlin, 2003, pp. 13-15.

⁸⁸ P. HAMMJE, «Le nouveau règlement (UE) n°1259/2010 du conseil du 20 décembre 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps», *Revue critique de droit international privé*, 2011, pp. 291-338. Esta idea, de capital importancia, se remarca también posteriormente en P. HAMMJE, «La notion de divorce au sens du règlement Rome III – (CJUE 20 déc. 2017, aff. C-372/16), *Revue critique de droit international privé*, 2018, pp. 899-912; P. HAMMJE, «Le divorce par consentement mutuel et le droit international privé», *Revue critique de droit international privé*, 2017-2, pp. 143-156; P. HAMMJE, «Ordre public et lois de police: limites à l'autonomie de la volonté?», en A. PANET/H. FULCHIRON/P. WAUTELET (DIR.), *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 111-138. *Vid.*, igualmente, Sent. Cour cassation Francia 28 enero 2015 y nota de P. HAMMJE / S. BOLLÉE-B. HAFTTEL / D. BODIN / P. DE VAIRELLES-SOMMIÈRES, *Revue critique de droit international privé*, 2015, pp. 400-412.

mas armonizadas en materia de conflicto de leyes a fin de evitar resultados contradictorios. La norma principal debe garantizar que el régimen económico matrimonial se rija por una ley previsible con la que tenga una estrecha conexión. Por motivos de seguridad jurídica y para evitar la fragmentación del régimen económico matrimonial, la ley aplicable debe regular el régimen económico matrimonial en su conjunto, es decir, la totalidad del patrimonio de ese régimen, con independencia de la naturaleza de los bienes y de si los bienes están situados en otro Estado miembro o en un tercer Estado”.

En definitiva, se trata de que los cónyuges puedan elegir la Ley estatal que prefieran para regular su régimen económico matrimonial, la Ley que les comporte más ventajas por conllevar menos costes conflictuales. Ello les permitirá, por ejemplo, elegir la Ley de un país que los cónyuges ya conocen y/o con arreglo a la cual están acostumbrados a ajustar sus conductas (= “*the law the spouses are most familiar with*”), como ha subrayado V. GAERTNER⁸⁹.

Así, por ejemplo, dos cónyuges franceses cuya primera residencia habitual se encuentra, por razones de trabajo, en Kuwait pueden preferir que su régimen económico matrimonial se rija por el Derecho francés y no por el Derecho de Kuwait. No porque estimen que el Derecho francés es el mejor Derecho del mundo en relación con el régimen económico matrimonial, sino porque para ellos, conocer y informarse sobre el Derecho francés comporta un coste menor que conocer e informarse sobre el Derecho kuwaití, sueco o finlandés, aunque cualquiera de estos Derechos pudiera ser más conveniente para sus intereses desde un punto de vista material.

Las explicaciones no económicas del auge de la autonomía de la voluntad en el sector del régimen económico matrimonial y en otras áreas del Derecho de familia no permiten explicar el fenómeno de modo convincente, como destacó hace ya años F. VISCHER⁹⁰. Al permitir la aplicación de la Ley que comporta los costes menores para los particulares porque éstos pueden seleccionar el Derecho que mejor conocen o que están en posición de conocer mejor.

En particular, este punto de conexión permite a los inmigrantes que residen habitualmente en un Estado miembro, hacer aplicable a su régimen económico matrimonial la Ley del país en el que se hallan efectiva y socialmente integrados según el tipo de inmigración del que se trate. Una “inmigración breve” les aconsejará elegir su Ley nacional común o la Ley del país de origen de los mismos, pues con ello se dictará una sentencia con mayores posibilidades de ser reconocida y cumplida fácilmente en su país de origen. Una “inmigración duradera” aconseja a los cónyuges una elección en favor de la Ley del Estado miembro en el que ambos tienen su residencia habitual, si conocen o pueden conocer dicha Ley a un coste menor que el que les acarrearía conocer y aplicar la Ley de su país de origen, destacan F. RIGAUX / M. FALLON⁹¹.

59. d) La autonomía de la voluntad se inserta en un cuadro de liberalización progresiva de las relaciones de familia en todas las legislaciones del mundo. Como exponen A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, durante muchos años, antes y después de la Revolución Francesa de 1789 y hasta muy entrado el siglo XX, el Derecho occidental consideró que las normas de Derecho de familia eran indisponibles⁹². La familia se regula por el Derecho objetivo sin que las personas puedan establecer una regulación propia de las relaciones familiares. La libertad del individuo en el contexto del Derecho de familia se limitaba a decidir si se quería permanecer soltero o no, con quién se quería contraer matrimonio, cuántos hijos se querían tener, a quién nombrar heredero de una parte del patrimonio, el nombre a dar a los hijos, y poco más. El Derecho patrimonial de la familia, los regímenes económicos del matrimonio, eran la excepción, aunque siempre relativa, pues en dicho campo sí se admitía una cierta auto-

⁸⁹ V. GAERTNER, «European choice of law rules in divorce (Rome III): An examination of the possible connecting factors in Divorce matters against the background of Private international law developments», *Journal of private international law*, abril 2006, pp. 99-136.

⁹⁰ F. VISCHER, “Zum Problem der kollisionsrechtlichen Parteiautonomie bei internationalen Verträgen“, *Schweizerische Juristen-Zeitung*, 1956, pp. 117-122; ID., “Kollisionsrechtliche Parteiautonomie und dirigistische Wirtschaftsgesetzgebung“, en *Festgabe Max Gerwig*, Basel, 1960, pp. 167-191.

⁹¹ F. RIGAUX / M. FALLON, *Droit international privé*, 3ª ed., Bruxelles, 2005, p. 574.

⁹² A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (directores), *Tratado de Derecho internacional privado*, segunda edición, Tirant Lo Blanch, València, 2022, pp. 1376-1387.

regulación por los particulares debido al carácter patrimonial de estos aspectos. Esta indisponibilidad del Derecho de Familia se explicaba por varias razones: (a) El Estado consideraba que la familia era la célula básica de la sociedad y que, vista su importancia, debía tener una regulación imperativa porque, en verdad, la familia es imprescindible para la sociedad. El Estado debe regular la sociedad de un modo imperativo para lograr la supervivencia del mismo Estado y de la misma sociedad. Visto que la familia tradicional era considerada la célula básica de la sociedad, su regulación debía ser imperativa. De ese modo se protegía toda la sociedad; (b) En el pasado, el matrimonio comportaba “paz social”. El matrimonio permitía identificar a los hijos, herederos del patrimonio familiar, lo que comportaba estabilidad en la propiedad en unos tiempos en los que la fragmentación de patrimonios conducía a la pobreza. Por ello, la regulación imperativa de la familia conducía a la paz social; (c) La sociedad se estructuraba, hasta bien entrado el siglo XX, sobre presupuestos de “jerarquía”. El legislador consideraba que la libertad era peligrosa, pues conducía al conflicto, mientras que la jerarquía garantizaba el orden y, por lo tanto, la ausencia de enfrentamientos. La familia era una estructura jerárquica en la que el varón, padre, marido, *paterfamilias*, era la cúspide prescriptora y ordenadora de todos los miembros de la familia. Con una familia nucleada en torno a la figura preponderante del marido-padre se aseguraba la paz en la familia y la paz en la sociedad; (d) El Estado ejerce su soberanía sobre su población y la ejerce mediante una regulación necesaria del estado jurídico de la misma y de las relaciones de familia. El Derecho imperativo de familia es el modo en el que el Estado ejerce su soberanía sobre su población. El ejercicio de esta soberanía personal es imprescindible para la supervivencia del Estado, pues sin población no hay Estado. Esta situación se reflejaba en DIPr. de una manera clara: las personas no podían elegir la ley estatal aplicable a sus relaciones de familia. Se empleaban conexiones rígidas y objetivas: Ley nacional, Ley del domicilio.

Este panorama ha cambiado drásticamente en el Derecho internacional privado desde finales del siglo XX. Por un lado, el Derecho de Familia se ha liberalizado, el matrimonio ha perdido importancia económica y social, -pues ya no es la única expresión de la familia, de modo que tampoco es ya imprescindible para la paz social-, y por otro lado, el Derecho de Familia se ha hecho, al mismo tiempo, puerocéntrico. El resultado es que el Estado regula de modo inflexible, necesario e imperativo las relaciones legales y el status jurídico de los menores pero deja cada vez más espacio a la auto-regulación de las relaciones de familia y también del matrimonio.

La liberalización del Derecho de Familia obedece a diversas causas: (a) La familia ha perdido importancia en la sociedad: es el auge del individualismo y la sociedad líquida. Nadie sabe lo que es una familia, así que tampoco tiene mucho sentido defender lo que no se sabe lo que es como si fuera un dogma de fe; (b) El Estado admite que la autonomía jurídica privada es una opción de carácter general tanto en Derecho civil como en Derecho internacional privado. Los particulares son los sujetos mejor posicionados para establecer las reglas que les resultan aplicables, también en las relaciones jurídicas de familia. El legislador asume que la auto-regulación no lleva al caos, sino a que cada sujeto satisfaga mejor sus expectativas. Desaparece el miedo al desorden y al libertinaje. El legislador ha comprendido que una regulación imperativa de la familia conduce a la ineficiencia, mientras que la auto-regulación de las relaciones de familia lleva a soluciones beneficiosas para todos los individuos, es eficiente; (c) La igualdad jurídica entre varón y mujer ha hecho innecesarias las reglas imperativas que regulaban la posición jurídica de la mujer y que le impedían realizar diversos actos jurídicos. En suma, puede decirse que en la actualidad se percibe una «*atténuation de l'imperativité des règles applicables aux diverses matières qui composent le statut personnel*», destaca G. KHAIRALLAH⁹³. La consecuencia de ello en el Derecho internacional privado es, precisa B. BOURDELOIS, el imparable ascenso de la autonomía de la voluntad conflictual como punto de conexión en relación con materias de Derecho de Familia⁹⁴. Las personas pueden elegir la Ley estatal aplicable a diferentes aspectos jurídicos de sus relaciones familia-

⁹³ G. KHAIRALLAH, «Le statut personnel à la recherche de son rattachement», en *Les relations privées internationales: mélanges en l'honneur du professeur Bernard Audit*, LGDJ, lextenso editions Paris, 2014, pp. 485-496; G. KHAIRALLAH, “Les ‘partenariats organisés’ en droit international privé”, *Revue critique de droit international privé*, 2000, pp. 317-330.

⁹⁴ B. BOURDELOIS, «Nota a Sent. Cour Cass. Francia 14 febrero 2007 [matrimonio poligámico en Francia]», *Journal de droit international Clunet*, 2007, pp. 934-943.

res y de su situación personal. Así, las normas más recientes de Derecho internacional privado aceptan, con mayor o menor amplitud, que las personas elijan la Ley aplicable a su nombre y apellidos, la Ley aplicable al divorcio, a la forma de su matrimonio, a los efectos del matrimonio, y entre éstos, al régimen económico matrimonial.

El fundamento normativo-filosófico de esta conexión se encuentra en un principio poderoso: la libertad de decisión de los cónyuges en el interior de su núcleo familiar por lo que afecta a la gestión de sus intereses. Los cónyuges disponen del derecho a organizar su convivencia y su economía como tengan por conveniente incluso para poner fin a ella. El individuo pasa al primer plano: es la “*préeminence de l’individuel sur le collectif*”, escribe B. BOURDELOIS⁹⁵. Como muy bien apunta IGNACIO PAZ-ARES RODRÍGUEZ, se observa una “*desregulación y privatización del matrimonio*”, “*un esquema menos reglado (menos juridificado)*” en la regulación de las familias, y se percibe que “*el matrimonio experimenta un proceso de privatización*”⁹⁶. El art. 8 CEDH 1950 (= “[t]oda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar)”) proporciona una base jurídica muy sólida a este punto de conexión. En idéntico sentido se manifiesta el art. 7 Carta de la Carta de los derechos fundamentales de la UE. La libre elección de la Ley aplicable potencia, igualmente, el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE 1978). En efecto, esta conexión permite que las personas elijan la Ley del país con el que se sienten psicológica y jurídicamente más vinculadas, es decir, la Ley con arreglo a la cual desean vivir y encauzar sus relaciones económicas derivadas del matrimonio. Desde la Edad Media se ha considerado que el régimen económico matrimonial es un asunto privado de los cónyuges, un “contrato matrimonial” que los cónyuges pueden sujetar, si así lo desean, a la Ley que prefieran. El orden público internacional (art. 31 RREM) tiene poco ámbito aplicativo para actuar en contra de la aplicación de la Ley designada por los cónyuges, puesto que, en general, la ley aplicable al régimen económico matrimonial no produce efectos que puedan afectar a la estructura jurídica fundamental de la sociedad del Estado miembro participante cuyos tribunales conocen del asunto.

60. e) La autonomía de la voluntad permite superar el tradicional enfrentamiento entre los principios de la “nacionalidad” y “domicilio” o “residencia habitual” como criterios para determinar la Ley aplicable a la economía matrimonial. En los casos internacionales que afectan al régimen económico matrimonial, no es sencillo determinar qué Estado presenta una vinculación objetiva más estrecha con la situación, apunta H. GAUDEMET-TALLON⁹⁷. Nacionalidad y domicilio o residencia habitual son alternativas que se disputan la primacía conflictual. Pues bien, el criterio de la elección de Ley ofrece a los cónyuges sean ellos mismos los que tomen la decisión y determinen de manera estable la Ley reguladora de su régimen económico matrimonial, precisa P. LAGARDE⁹⁸.

61. f) La autonomía de la voluntad es una conexión que propicia la gestión descentralizada de los intereses de los cónyuges. Con la autonomía de la voluntad conflictual para elegir la ley aplicable al régimen económico matrimonial, son los cónyuges, los particulares, los que, de “modo descentraliza-

⁹⁵ B. BOURDELOIS, «Relations familiales internationales et *professio juris*», en *Les relations privées internationales: mélanges en l’honneur du professeur Bernard Audit*, LGDJ, lextenso editions Paris, 2014, pp. 137-154; B. BOURDELOIS, «Nota a Sent. Cour Cass. Francia 14 febrero 2007 [matrimonio poligámico en Francia]», *Journal de droit international Clunet*, 2007, pp. 934-943.

⁹⁶ IGNACIO PAZ-ARES RODRÍGUEZ, “La órbita de la autonomía privada en relación con el matrimonio”, en MÓNICA GUZMÁN ZAPATER (dir.) / CARLOS ESPLUGUES MOTA (dir.) / MÓNICA HERRANZ BALLESTEROS (coord.), MARINA VARGAS GÓMEZ-URRUTIA (coord.), *Persona y familia en el nuevo modelo español de derecho internacional privado*, Tirant lo Blanch, València, 2017, pp. 189-237, esp. p. 190. Para el Derecho internacional privado europeo, *vid.* el inmejorable y muy sugerente estudio transversal de S. MARINO, *I rapporti patrimoniali della famiglia nella cooperazione giudiziaria civile dell’Unione europea*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, pp. 68-72.

⁹⁷ H. GAUDEMET-TALLON, «Les conflits de lois en matière de régimes matrimoniaux, tendances actuelles en droit comparé», *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1969-1971, París, pp. 197-228. La misma idea aparece más desarrollada en H. GAUDEMET-TALLON, «La désunion du couple en Droit international privé», *Recueil des Cours de l’Académie de Droit international de La Haye*, 1991, vol.226, pp. 9206 y en ID., «Le Règlement n.1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000», *Journal de droit international Clunet*, 2001, pp. 381-430.

⁹⁸ P. LAGARDE, “Règlements 2016/1103 et 1104 du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et sur le régime patrimonial des partenariats enregistrés”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2016, pp. 676-686, esp. p. 681.

do”, -esto es, sin que exista una decisión al respecto por parte del Estado-, deciden cómo gestionar su vida económica matrimonial. Nace así un “orden constitucional policéntrico”, descrito con brillantez por R. BARNNET, en el que los particulares bien informados prefieren las regulaciones que resultan mejores para sus intereses y descartan las regulaciones más deficientes y oportunistas⁹⁹. La idea, antigua pero muy certera, e impulsada con vehemencia por J. STUART MILL, de que “*las personas son los mejores jueces de sus propios intereses*” significa que, para unas concretas personas, las reglas que éstas elaboren, esto es, el Derecho voluntario-, serán siempre mejores que el Derecho objetivo fabricado por el Estado, -el Derecho dirigista-. Como explica con brillantez A.-L. CALVO CARAVACA, cada persona sabe lo que le conviene mejor de lo que puede saberlo el Estado. Los poderes públicos, los parlamentos que crean las normas jurídicas carecen de la información necesaria para elaborar normas adecuadas para todas las personas, pues cada persona es diferente¹⁰⁰. El Estado debe dejar campo libre para que las personas regulen sus relaciones jurídicas con las reglas que ellos mismos crean, pues ello conducirá, necesariamente, al resultado más eficiente. De ese modo, se la sociedad alcanza un estado positivo en el que el poder se encuentra más repartido y menos concentrado, y en el que al democracia social es posible, opina S. GRUNDMANN¹⁰¹. En este Reglamento, ello se refleja en la idea de que los cónyuges deben poder elegir con libertad la Ley estatal aplicable a su economía matrimonial siempre que con ello no se perjudique a terceros, al interés público, general o estatal ni a particulares situados en posiciones negociadoras débiles. No obstante, corresponde al Derecho elaborado por el Estado desarrollar varias funciones clave: (a) Fijar las reglas imperativas que permitan a las partes alcanzar acuerdos entre ellas y que garanticen que tales acuerdos se cumplan (*enforcement*); (b) Establecer regulaciones imperativas para proteger a las personas que no pueden defender sus intereses por sí mismos en condiciones de igualdad con otros sujetos: menores, consumidores, trabajadores y otros colectivos con débil *bargaining power*, así como terceros directamente afectados por decisiones de otras personas. Con ello se persigue, en la medida de lo posible, que tales sujetos puedan negociar y elegir libremente en un plano de igualdad; (c) Crear normas objetivos aplicables en defecto de pacto entre las partes. En definitiva, ello se traduce en una expansión de la autonomía de la voluntad en todos los sectores del Derecho Privado. Este Reglamento 2016/1103 confirma que la autonomía de la voluntad conflictual alcanza el rango de solución de valor general para el Derecho internacional privado europeo. En definitiva, la libre elección de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial constituye la mejor solución jurídica, la más eficiente, porque premia a las mejores regulaciones jurídicas y castiga a las más deficientes y permite que las partes alcancen sus legítimos objetivos del modo más económico. En el mundo de la libre elección de Ley, las Leyes mejores desplazan a las peores y permiten a las personas aumentar su bienestar porque, de ese modo, los recursos acaban en las manos de las personas que más los valoran.

Los cónyuges, de nuevo, son los mejores jueces de sus propios intereses. Son los sujetos que se hallan mejor posicionados para concretar la Ley cuya aplicación les generará costes menores en la solución del litigio relativo a su régimen económico matrimonial y en la gestión pacífica del mismo. Los cónyuges conocen todos los factores y elementos de su situación personal y pueden tener presentes tales elementos para realizar una elección eficiente de la Ley estatal reguladora de su régimen económico matrimonial. Los cónyuges pueden tener en cuenta factores subjetivos, -preferencias personales, experiencias vitales anteriores-, que escaparían a un tribunal a la hora de buscar y encontrar la Ley del Estado más estrechamente vinculado con el litigio.

⁹⁹ R.E. BARNETT / N.B. OMAN, *Contracts: Cases and Doctrine*, 6ª ed., William & Mary, 2016; R.E. BARNETT, “Some Problems With Contract as Promise”, *Cornell Law Review*, vol. 77, 1992, pp. 1022-1033.

¹⁰⁰ A.-L. CALVO CARAVACA, “Fundamentos teóricos de la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales”, *Revista Jurídica del Notariado*, n. 111, julio-diciembre 2020, pp. 163-180; ID., “Fondamenti teorici dell’autonomia della volontà nei contratti internazionali”, en F. MARRELLA/N. SOLDATI (eds.), *Arbitrato, Contratti e Diritto del commercio internazionale. Arbitration, Contracts and International Trade Law. Studi in onore di Giorgio Bernini/Essays in honour of Giorgio Bernini*, Milan, Giuffrè-Francisc Lefebvre, 2021, pp. 43-58.

¹⁰¹ S. GRUNDMANN, “Pluralistische Privatrechtstheorie”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)*, volume 86, 2022, n.2, pp. 364-420, un trabajo cuya lectura resulta profundamente aconsejable para comprender la dimensión política y social del Derecho internacional privado del siglo XXI.

62. g) *La autonomía de la voluntad es una conexión con fundamento constitucional que es expresión del libre desarrollo de la personalidad.* La conexión autonomía de la voluntad conflictual no obliga a los cónyuges a que vean aplicada a su régimen económico matrimonial la Ley del estado de acogida. Les ofrece la opción entre la Ley de su estado de origen y la ley de su Estado de destino.

63. h) *La autonomía de la voluntad facilita la solución de las controversias relativas al régimen económico matrimonial mediante acuerdo entre los cónyuges.* Este punto de conexión resulta muy útil en los casos de divorcios de mutuo acuerdo. En estos casos, los cónyuges han alcanzado ya un entendimiento material determinado, están de acuerdo sobre los términos fundamentales de la ruptura legal de su matrimonio y de su vida económica matrimonial. Si se les permite elegir la Ley estatal que haga posible la validez de dicho acuerdo material, la controversia relativa al régimen económico matrimonial se solventará de manera más rápida y sencilla.

64. i) *La autonomía de la voluntad faculta una gestión eficaz y eficiente de patrimonios deslocalizados.* Los cónyuges pueden elegir la ley reguladora de su régimen económico matrimonial con independencia de la naturaleza o la ubicación de sus bienes. Es una regla ideal para conjuntos de bienes matrimoniales extensos y deslocalizados (Cons. 45 RREM). Así, un matrimonio formado por marido española y esposa inglesa y que dispone de bienes en Estados Unidos, España, Italia, Inglaterra y Grecia puede someter todo su patrimonio integrado en su régimen económico matrimonial a una misma Ley estatal.

65. j) *La autonomía de la voluntad permite simplificar la selección de la Ley aplicable a las relaciones de familia de distinta naturaleza.* Con la elección de Ley al régimen económico matrimonial, apunta N. JOUBERT, los cónyuges pueden sujetar distintos aspectos de sus relaciones jurídicas a la misma Ley. Así, pueden elegir como Ley aplicable al régimen económico matrimonial la misma ley que rige el divorcio /o la responsabilidad parental sobre los hijos comunes¹⁰².

66. k) *La autonomía de la voluntad proporciona soluciones flexibles de Derecho internacional privado.* La vida es cambiante y, con frecuencia, es también imprevisible. Los cónyuges está sujetos a transformaciones vitales y a alteraciones de su vida personal, así como pueden experimentar transformaciones en su economía matrimonial. La libre elección de Ley por los cónyuges constituye un punto de conexión flexible, apunta

M. VINAIXA MIQUEL¹⁰³. Por ello, sintoniza con la liquidez de los tiempos actuales, pues permite un rápido y efectivo cambio de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial como son también veloces las variaciones de la vida personal y de la economía matrimonial en un mundo globalizado, explica E. ALINA OPREA¹⁰⁴. La libre elección de ley aplicable al régimen económico matrimonial constituye un criterio más flexible, líquido y elástico que la simple aplicación de la Ley tal y como es determinada por los puntos de conexión objetivos, tradicionales y rígidos, de las normas de conflicto de leyes.

67. l) *La autonomía de la voluntad es la mejor expresión del principio de proximidad en Derecho internacional privado.* Existe un debate enconado, muy bien estudiado y analizado por B. AÑOVEROS TERRADAS, sobre la cuestión de saber si la autonomía de la voluntad conflictual es un instrumento técnico del principio de proximidad o es una excepción a dicho principio¹⁰⁵.

¹⁰² I. VIARENGO, “Effetti patrimoniali delle unioni civili transfrontaliere: la nuova disciplina europea”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2018, vol. 54, pp. 33-58, esp. p. 55; N. JOUBERT, “Le dernière pierre [provisoire?] à l’édifice de droit international privé européen en matière familiale”, *Revue critique de droit international privé*, 2017-1, pp. 1-26, esp. p. 18.

¹⁰³ M. VINAIXA MIQUEL, “La autonomía de la voluntad en los recientes reglamentos UE en materia de regímenes económicos matrimoniales (2016/1103) y efectos patrimoniales de las uniones registradas (2016/1104), en *El orden público interno, europeo e internacional civil*, Acto en homenaje a la Dra. Núria Bouza Vidal”, *InDret*, 2017, pp. 274-313, esp. pp. 288-289.

¹⁰⁴ ELINA ALINA OPREA, “Party autonomy and the law applicable to the matrimonial property regimes in Europe”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, vol. 10, núm. 2, pp. 579-596, esp. p. 5.

¹⁰⁵ BEATRIZ AÑOVEROS TERRADAS, “Autonomía de la voluntad conflictual y sus límites en los nuevos Reglamentos comunitarios en materia de regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas”, en MÓNICA GUZMÁN ZAPATER (DIR.) / CARLOS ESPLUGUES MOTA (DIR.) / MÓNICA HERRANZ BALLESTEROS (COORD.), MARINA VARGAS GÓMEZ-URRUTIA

En el caso de que la autonomía de la voluntad conflictual fuese un mero mecanismo técnico del principio de proximidad, un instrumento del mismo, las partes estarían llamadas a elegir la ley del Estado más estrechamente vinculado, de modo objetivo, con su relación o situación jurídica¹⁰⁶. Los cónyuges serían, en tal caso, meros geógrafos que hacen geografía para designar la ley del Estado más vinculado con su economía matrimonial. En tal sentido, si esto es así, el contenido material de la Ley elegida por las partes es irrelevante, como han explicado T. BALLARINO / G.C. ROMANO por una parte, y F. RIGAUX / M. FALLON por otra¹⁰⁷, sin que sea relevante el contenido material de dicha Ley (T. BALLARINO / G.C. ROMANO)¹⁰⁸.

En realidad, no es así. La proximidad no es geografía. En efecto, “proximidad” significa “previsibilidad de aplicación”, para los cónyuges, de la ley reguladora de su régimen económico matrimonial. Así entendidos los conceptos, la autonomía de la voluntad conflictual y el principio de proximidad responden al mismo *leitmotiv*: la eficiencia. Ambas nociones persiguen hacer aplicable la Ley del país cuya aplicación al caso origina los menores costes globales para los sujetos implicados en la situación privada internacional. Así explicado, no hay contradicción alguna. Tanto la autonomía de la voluntad conflictual como el “principio de proximidad” persiguen el mismo objetivo: conseguir la aplicación de la Ley que comporta menores costes conflictuales para los particulares. La determinación de la Ley estatal aplicable a las situaciones privadas internacionales responde a la misma lógica económica: la eficiencia, la reducción de costes conflictuales, ya se produzca ésta por designación efectuada por las partes o ya se concrete en defecto de dicha elección de Ley por las partes mediante puntos de conexión objetivos. Los presupuestos valorativos, en ambos casos, son los mismos: es la “coherencia económica de la norma de conflicto”.

En definitiva, no debe escamotearse, esconderse y ocultarse la explicación económica, que es la razón que late tras la idea de “proximidad”. La “proximidad” es una imagen plástica, una visión geográfica, una metáfora ilustrativa que sirve para comprender la realidad. Sin duda, con ello se quiere expresar que las situaciones privadas internacionales deben sujetarse a la Ley estatal que genera menores costes conflictuales para los particulares protagonistas de las mismas.

C) Extensión objetiva de la elección de la Ley aplicabl

68. Tres aspectos deben ser analizados con detalle y convenientemente separados para calibrar el alcance objetivo de la posibilidad de los cónyuges para elegir la Ley aplicable a su régimen económico matrimonial.

En primer lugar, la elección de la ley aplicable al régimen económico matrimonial es una elección del Derecho estatal en su globalidad. Dicha elección, ilustra O. FERACI, no obliga a las partes a someterse imperativamente al régimen legal previsto para el régimen económico matrimonial en la ley estatal elegida en defecto de capitulaciones matrimoniales¹⁰⁹. Pueden los cónyuges optar, así, por un régimen pactado permitido por la ley que han elegido o por cualquier régimen económico matrimonial recogido en dicho ordenamiento jurídico¹¹⁰.

(COORD.), *Persona y familia en el nuevo modelo español de derecho internacional privado*, Tirant lo Blanch, València, 2017, pp. 241-272.

¹⁰⁶ Vid. el trabajo citado en la nota anterior, esp. pp. 259-261.

¹⁰⁷ T. BALLARINO / G.C. ROMANO, «Le principe de proximité chez Paul Lagarde (quelques précisions et développements récents)», en *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Dalloz, 2005, pp. 37-54, esp. p. 38; F. RIGAUX / M. FALLON, *Droit international privé*, 3ª ed., Bruxelles, 2005, pp. 92-93: «L'histoire du droit international privé montre l'échec de toute tentative d'enoncer un critère général de rattachement (...). Certaines codifications récentes contiennent une disposition de portée générale qui exprime l'objectif central poursuivi par le législateur, lorsque cet objectif tend à réaliser le principe de proximité (...) sous une forme positive, cette clause peut se présenter comme l'explicitation d'un principe général, ayant l'apparence d'une disposition purement narrative ou déclaratoire».

¹⁰⁸ Vid. nota anterior.

¹⁰⁹ O. FERACI, «L'incidenza del nuovo regime europeo in tema di rapporti patrimoniali tra coniugi e parti di unioni registrate sull'ordinamento giuridico italiano e le interazioni con le novità introdotte dal d.lgs. 7/2017 attuativo della cd. legge Cirinnà», en *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2017 (<http://www.osservatoriosullefonti.it>).

¹¹⁰ En este sentido, muy explícita, vid. Circulaire du 24 avril 2019 de présentation des dispositions des règlements (UE) n° 2016/1103 et n°2016/1104 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la

En segundo lugar, por otro lado, la Ley elegida por los cónyuges como ley aplicable a su régimen económico matrimonial regulará no sólo la disciplina legal de los bienes matrimoniales, sino su calificación jurídica, destaca P. LAGARDE¹¹¹. Los bienes y derechos integrados en el régimen económico matrimonial deben ser calificados como muebles o inmuebles o incorporales, como bienes *extra commercium* o *intra commercium*, con arreglo a dicha Ley elegida y no con arreglo a la Ley del país de situación de los mismos.

En tercer lugar, si los cónyuges eligen, simplemente, una Ley estatal determinada para regular su régimen económico matrimonial, se debe entender que es aplicable al mismo el régimen previsto como general por dicha Ley. Por ejemplo, si las partes eligen como aplicable el Derecho civil común español, sin mayor precisión, debe interpretarse que han optado por el régimen de la sociedad de gananciales, que es el régimen previsto en defecto de capitulaciones en dicho ordenamiento jurídico, indica E. ALINA OPREA¹¹².

D) Requisitos de fondo de la elección de Ley

69. El acuerdo de elección de la ley aplicable al régimen económico matrimonial es un contrato en sí mismo (*pactum de lege utenda*). El objeto de dicho contrato es, precisamente, la elección de la Ley reguladora del divorcio / separación judicial. El art. 24 RREM arranca de dicha concepción contractual del acuerdo de elección de Ley (*pactum de lege utenda*). A partir de ahí, y con una fórmula extraída del art. 3.5 Reglamento Roma I [Ley aplicable a las obligaciones contractuales], el art. 24 RREM establece el régimen jurídico de dicho acuerdo de elección de la ley aplicable al régimen económico matrimonial. Por tanto, para ser válido y producir efectos legales, -esto es, para que el régimen económico matrimonial de unos concretos cónyuges quede sujeto efectivamente a la Ley elegida por los cónyuges-, es preciso que el contrato de elección de la ley reguladora del régimen económico matrimonial sea válido. El art. 24 RREM contiene ciertas reglas de aplicación directa sobre la sustancia o fondo de los pactos de elección de Ley aplicable al régimen económico matrimonial y, además, también recoge las oportunas reglas que fijan los criterios de validez sustancial del *pactum de lege utenda* relativo al régimen económico matrimonial. Varios aspectos deben distinguirse.

a) Leyes susceptibles de elección por los cónyuges

i) Aspectos generales

70. Los cónyuges pueden elegir la ley aplicable al régimen económico matrimonial, pero siempre que se trate de una de las siguientes leyes (art. 22 RREM).

- a) La ley del Estado en el que los cónyuges o futuros cónyuges, o uno de ellos, tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del acuerdo, o
- b) La ley del Estado de la nacionalidad de cualquiera de los cónyuges o futuros cónyuges en el momento en que se celebre el acuerdo.

Nótese que, en ambas posibilidades, los cónyuges están sujetos a una limitación temporal. Pueden elegir la ley nacional o la ley de la residencia habitual de cualquiera de ellos pero siempre que se

compétence, de la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, en matière de régimes matrimoniaux et d'effets patrimoniaux des partenariats emeistrés, texto en: <https://www.legifrance.gouv.fr/circulaire/id/44741>, p. 21: "*Le choix de la loi applicable n'oblige pas les parties à se soumettre impérativement au régime légal de la loi choisie. Ils pourraient ainsi choisir un régime conventionnel permis par cette loi*".

¹¹¹ P. LAGARDE, "La qualification des biens en meubles et immeubles dans le droit international privé du patrimoine familial", en *Mélanges en l'honneur de Mariel Revillard. Liber amicorum*, Defrénois, 2007, pp. 209-220.

¹¹² E. ALINA OPREA, "Party autonomy and the law applicable to the matrimonial property regimes in Europe", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, vol. 10, núm. 2, pp. 579-596, esp. p. 12.

trate de la Ley que se corresponde con la nacionalidad que un cónyuge ostenta y de la residencia habitual que un cónyuge tiene en un país “*en el momento de la celebración del acuerdo*” de elección de Ley, como anota E. BAZZO¹¹³.

71. En los casos internos, esto es, sin elementos extranjeros objetivos, podrá suscitarse, plantea D. VRBLJANAC, la posibilidad de que los cónyuges eligieran como ley aplicable a su régimen económico matrimonial la Ley de otro Estado¹¹⁴. Así, por ejemplo, en el caso de dos cónyuges españoles con residencia habitual en España que tienen todos sus bienes situados en España, podrían elegir la Ley francesa para regular su régimen económico matrimonial. Pues bien, dicha elección no es válida, porque el art. 22 RREM limita la rosa de leyes susceptibles de elección por los cónyuges para regular su régimen económico matrimonial y si todos los elementos objetivos de la situación jurídica se localizan en un mismo país, los cónyuges no pueden elegir la Ley de otro país distinto para regir su régimen económico matrimonial. La situación jurídica es internacional, pues contiene un elemento extranjero, -la elección en favor de una ley extranjera efectuada por los cónyuges-, y se sujeta, por tanto, al Reglamento 2016/1103. Sin embargo, el art. 22 RREM otorga relevancia cero a dicha elección de ley, que no producirá efecto jurídico alguno. Es éste, por tanto, un falso problema.

La regulación de esta cuestión es completamente diferente a la que ha previsto el legislador europeo para los contratos internacionales. En dicho campo, los contratantes pueden elegir la ley de un Estado extranjero para regular un contrato cuyos elementos son todos ellos nacionales. Dicha elección de Ley es válida y sus efectos jurídicos, recortados pero existentes, se regulan en el art. 3 RR-I¹¹⁵.

72. Los cónyuges pueden elegir como Ley reguladora de su régimen económico matrimonial las leyes que constan en el art. 22 RREM. Sólo una de estas dos leyes pueden ser elegidas como Ley reguladora de todo el régimen económico matrimonial en su conjunto. Varias consideraciones resultan pertinentes en este punto.

En primer lugar, los cónyuges no pueden elegir una ley que no aparezca en el listado de leyes del art. 22 RREM. No pueden elegir la Ley del lugar donde se sitúan los bienes matrimoniales, la Ley de su residencia fiscal, la Ley del país de celebración del matrimonio, la ley del país donde se ha iniciado el proceso de divorcio, u otra Ley.

En segundo lugar, los cónyuges no pueden elegir como ley rectora de su régimen económico matrimonial, en concreto, la Ley del país en cuyo territorio se celebre el matrimonio (*lex loci celebrationis*). Ello es así porque el legislador de la Unión Europea entiende, de modo implícito, que, en ciertas ocasiones, los cónyuges eligen contraer matrimonio en un país por motivos puramente caprichosos o por mero placer o diversión, un país sin conexión sustancial con la situación matrimonial. Tampoco, y por la misma razón, explica S. MARINO, el Reglamento Roma III permite a los cónyuges elegir la *lex loci celebrationis* como Ley aplicable al divorcio¹¹⁶.

En tercer lugar, específicamente, los cónyuges tampoco pueden elegir la Ley aplicable a la formación del matrimonio. Esta exclusión es lógica. En la inmensa mayoría de los Derechos del mundo, no existe una *lex matrimonii*, sino varias: una Ley rige la capacidad nupcial, otra el consentimiento matrimonial y otra la forma del matrimonio. Por el contrario, el Reglamento 2016/1104 sí permite a las partes elegir como ley aplicable al régimen económico de la pareja, la Ley con arreglo a la cual se ha constituido dicha pareja. Esta diferencia es lógica: la ley aplicable a la constitución de la pareja es única, es una sola Ley, mientras que la ley aplicable a la constitución del matrimonio no lo es.

¹¹³ ELEONORA BAZZO, “Art. 22”, en LUCIA RUGGERI / ROBERTO GARETTO (editors), *European Family Property Relations Article by Article Commentary on EU Regulations 1103 and 1104/2016*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021, pp. 193-202, esp. p. 196.

¹¹⁴ D. VRBLJANAC, “Application of the matrimonial property regimes regulation: Croatian perspective”, en MARÍA JOSÉ CAZORLA GONZÁLEZ / LUCIA RUGGERI (editors), *Cross-border couples property regimes in action before courts. Understanding the EU Regulations 1103 and 1104/2016 in practice*, Madrid, Ed. Dykinson, 2022, pp. 117-128.

¹¹⁵ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (directores), *Tratado de Derecho internacional privado*, segunda edición, editorial Tirant Lo Blanch, València, 2022, volumen II, pp. 2970-3015.

¹¹⁶ S. MARINO, *I rapporti patrimoniali della famiglia nella cooperazione giudiziaria civile dell’Unione europea*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019; S. MARINO, “Strengthening the European Civil Judicial Cooperation: the patrimonial effects of family relationships”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2017, pp. 265-284.

En cuarto lugar, tampoco pueden los cónyuges elegir, en concreto, la ley del país donde van a establecer su residencia habitual común tras el matrimonio ni la Ley del país de la futura residencia habitual de uno de los cónyuges. Ello resulta curioso y extraño, porque, como ilustra P. LAGARDE, la ley de la primera residencia habitual común de los cónyuges inmediatamente posterior al matrimonio es la ley que regula el régimen económico matrimonial a falta de elección de ley por los cónyuges¹¹⁷. Con otras palabras, puede afirmarse que si los cónyuges desean que su régimen económico matrimonial quede sujeto a la ley del país de su primera residencia habitual común tras el matrimonio, entonces deben guardar silencio absoluto, pues no pueden elegir dicha Ley. Si los cónyuges eligen una Ley estatal para regular su régimen económico matrimonial que no está recogida entre las mencionadas en el art. 22 RREM, su régimen económico matrimonial quedará sujeto a la ley determinada por el art. 26.1 RREM¹¹⁸.

73. Como apunta N. JOUBERT, los cónyuges pueden elegir cualquiera de las leyes a las que se refiere el art. 22.1 RREM. Entre tales leyes no existe ninguna relación de jerarquía¹¹⁹. Los cónyuges pueden libremente elegir la que deseen. Son leyes que necesariamente se corresponden con Estados vinculados de manera estrecha con los cónyuges. El principio de proximidad queda, así, garantizado. Es irrelevante que se trate de la ley de un Estado miembro o de un tercer Estado, recuerda A.M. PÉREZ VALLEJO¹²⁰.

74. En cuanto al momento en el que deben considerarse las leyes susceptibles de ser elegidas por los cónyuges como reguladoras del régimen económico matrimonial, varias consideraciones deben realizarse.

En primer lugar, debe dejarse claro que las Leyes susceptibles de elección por los cónyuges para regular su régimen económico matrimonial se presentan congeladas en el tiempo con dos objetivos. En primer término, por una razón técnica, esto es, para evitar problemas de conflicto móvil. En segundo término, por un motivo sustancial, ya que como explica O. FERACI, se trata de valorar la elección de la ley aplicable al régimen económico matrimonial en un momento que se corresponde con “la realidad de hecho de los cónyuges”¹²¹. En tal sentido, el art. 22 RREM permite que los cónyuges puedan elegir la Ley de un Estado que, en el momento de la elección del Derecho aplicable, presente un vínculo objetivo con los cónyuges. El momento relevante es “la celebración del acuerdo” de elección de Ley aplicable al régimen económico matrimonial. *Ése es el instante clave. Por tanto, los cónyuges pueden elegir como ley aplicable a su régimen económico matrimonial la ley de la residencia habitual o de la nacionalidad de cualquiera de ellos en el momento de dicha elección. La residencia habitual o la nacionalidad de los cónyuges que pudieran haber tenido antes del momento de la celebración del pacto de elección de ley es irrelevante. Del mismo modo, también es irrelevante la residencia habitual o la nacionalidad de los cónyuges que pudieran llegar a tener en un momento posterior a la celebración del *pactum de lege utenda*. De este modo, la Ley elegida no cambia, aunque los cónyuges cambien de nacionalidad o de país de residencia habitual.*

En segundo lugar, la cristalización de la residencia habitual y de la nacionalidad de los cónyuges en el momento de la elección de la Ley reguladora del régimen económico matrimonial presenta la desventaja de que, en caso de desacuerdo posterior entre los cónyuges, y especialmente, si uno de ellos no accede al cambio de la Ley elegida, se llega a una situación en la que uno de los cónyuges puede mantener al otro bajo la aplicación forzada de la Ley antes elegida, comenta P. HAMMJE¹²². Este supuesto

¹¹⁷ P. LAGARDE, “Règlements 2016/1103 et 1104 du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et sur le régime patrimonial des partenariats enregistrés”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, LII, 3, 2016, pp. 676-686, esp. p. 681.

¹¹⁸ N. JOUBERT, “Le dernière pierre [provisoire?] à l’édifice de droit international privé européen en matière familiale”, *Revue critique de droit international privé*, 2017-1, pp. 1-26, esp. p. 18.

¹¹⁹ *Vid.* nota anterior.

¹²⁰ A.M. PÉREZ VALLEJO, “Considerazioni preliminari sull’ambito del Regolamento UE 2016/1103”, en AA.VV., *Regimi patrimoniali delle coppie transnazionali nell’Unione europea*, dirigido por MARÍA JOSÉ CAZORLA GONZÁLEZ / MANUELA GIOBBI / JERCA KRAMBERGER ŠKERL / LUCIA RUGGERI / SANDRA WINKLER, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, pp. 17-29, esp. pp. 21-23.

¹²¹ O. FERACI, “L’incidenza del nuovo regime europeo in tema di rapporti patrimoniali tra coniugi e parti di unioni registrate sull’ordinamento giuridico italiano e le interazioni con le novità introdotte dal d.lgs. 7/2017 attuativo della cd. legge Cirinnà”, en *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2017 (<http://www.osservatoriosullefonti.it>).

¹²² P. HAMMJE, “Le nouveau règlement (UE) n°1259/2010 du conseil du 20 décembre 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps”, *Revue critique de droit international privé*, 2011, pp. 291-338.

puede ser frecuente en el supuesto de esposos cuyos divorcios son similares a una guerra personal sin cuartel. Es decir, lo que sucede habitualmente.

En tercer lugar, por otro lado, los cónyuges no pueden elegir como Ley reguladora de su régimen económico matrimonial, la Ley de un país en el que todavía no tienen su residencia habitual o del que todavía no ostentan su nacionalidad, esto es, la Ley de la “posible residencia habitual futura” ni la Ley de la “posible nacionalidad futura”. Ello crearía incertezas legales y vulneraría, así, el principio, clave en el Reglamento 2016/1103, de la “elección informada” de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial.

En cuarto lugar, los cónyuges no pueden elegir la Ley del foro para regular su régimen económico matrimonial a menos que se trate de la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de ellos en el momento de iniciarse el proceso o el litigio.

75. La intención del legislador de la UE ha sido limitar la posibilidad de elección de Ley a las que presentan una conexión objetiva clara y razonable con la economía matrimonial y con los cónyuges. Dicho esto, dos explicaciones pueden darse a esta limitación de leyes elegibles para regular el régimen económico matrimonial en el art. 22 RREM.

En primer término, se trata de evitar elecciones caprichosas, veleidosas, abusivas o frívolas de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial. Al limitar las posibles Leyes estatales que pueden elegir los cónyuges, el legislador europeo evita, *a contrario sensu*, la elección de “Leyes exóticas” para regular el régimen económico matrimonial. La intención del legislador es saludable, ya que trata de evitar que los cónyuges puedan elegir, por capricho o por la razón que sea, una Ley cuya aplicación al caso les pudiera generar costes elevados y que, por ello, dificultaría y encarecería la resolución del litigio de régimen económico matrimonial al hacerlo más costoso tanto para las partes como para los profesionales de la Justicia. Es cierto que, con cierta frecuencia, los cónyuges eligen contraer matrimonio en un país concreto por razones sentimentales, por motivos de divertimento o porque se ha puesto de moda. Esos países están totalmente desconectados de la vida matrimonial. La aplicación de la Ley de tales Estados al régimen económico matrimonial carecería de todo sentido, como bien muestra P. JIMÉNEZ BLANCO¹²³.

En segundo término, como muy certeramente apunta por B. AÑOVEROS TERRADAS, con esta limitación se dificulta que un cónyuge, más favorecido económicamente, pueda imponer al otro una Ley que para éste tiene un contenido desconocido o de difícil acceso¹²⁴. Las leyes potencialmente elegibles son leyes al alcance de ambos cónyuges, que éstos pueden conocer de manera sencilla.

ii) La Ley nacional de cualquiera de los cónyuges

76. Los cónyuges pueden elegir, como Ley reguladora de su régimen económico matrimonial, la Ley nacional de cualquiera de ellos. No es preciso que ambos ostenten la misma nacionalidad, apunta E. ALINA OPREA¹²⁵. La elección en favor de la ley nacional de cualquiera de los esposos se mantiene en el tiempo. Ello significa que dicha Ley regirá el régimen económico matrimonial incluso si más tarde, -por ejemplo, cuando llega el momento de la disolución del régimen económico matrimonial-, ninguno de los cónyuges ostenta ya la nacionalidad del Estado cuya Ley fue elegida por ambos en su momento. Varios aspectos deben destacarse sobre esta cuestión.

77. Es preciso aplicar el Derecho del Estado de la presunta nacionalidad del cónyuge para que quede acreditada la nacionalidad del mismo. Si efectivamente un cónyuge ostenta legalmente una con-

¹²³ P. JIMÉNEZ BLANCO, *Regímenes económicos matrimoniales transfronterizos: Un estudio del Reglamento (UE) n° 2016/1103*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 78.

¹²⁴ BEATRIZ AÑOVEROS TERRADAS, “Autonomía de la voluntad conflictual y sus límites en los nuevos Reglamentos comunitarios en materia de regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas”, en MÓNICA GUZMÁN ZAPATER (DIR.) / CARLOS ESPLUGUES MOTA (DIR.) / MÓNICA HERRANZ BALLESTEROS (COORD.), MARINA VARGAS GÓMEZ-URRUTIA (COORD.), *Persona y familia en el nuevo modelo español de derecho internacional privado*, Tirant lo Blanch, València, 2017, pp. 241-272, esp. p. 261.

¹²⁵ ELINA ALINA OPREA, “Party autonomy and the law applicable to the matrimonial property regimes in Europe”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, vol. 10, núm. 2, pp. 579-596, esp. p. 6.

creta nacionalidad, los esposos podrán elegir dicha Ley para regular su régimen económico matrimonial. En efecto, el Derecho español no puede determinar la nacionalidad “francesa” de la esposa. Si ésta dice ser francesa, deberá explorarse el Derecho francés para acreditar si, efectivamente, la esposa ostenta tal nacionalidad en el momento de elegir la ley aplicable al régimen económico matrimonial.

78. En el supuesto de cónyuges apátridas, éstos carecen de nacionalidad y no pueden elegir la Ley de un país como su Ley nacional para regular su régimen económico matrimonial. En el caso de cónyuges con estatuto de refugiados, se ha indicado que la nacionalidad ostentada es meramente formal y que por tanto, estos sujetos deberían poder elegir la Ley de su domicilio o residencia habitual (art. 12.1 Convención sobre el estatuto de los refugiados, hecho en Ginebra el 28 julio 1951)¹²⁶. Sin embargo, esta afirmación es discutible. En efecto, el Reglamento 2016/1103 no se refiere a la “Ley personal” sino a la Ley de la “nacionalidad” de los cónyuges. No permite a los cónyuges elegir la Ley personal de cualquiera de ellos, sino la Ley “nacional” de cualquiera de ellos, lo que es sustancialmente diferente. Cabe concluir, pues, que los refugiados pueden elegir su Ley nacional pero no la Ley que regula su estatuto personal *ex* art. 12.1 Convención de 28 julio 1951.

79. En el caso de que un cónyuge ostente dos o más nacionalidades, esto es, cuando los Derechos nacionales correspondientes indiquen que una persona ostenta varias nacionalidades, entonces los cónyuges pueden elegir cualquiera de esas nacionalidades *ex* art. 22 RREM, ya sea una nacionalidad de un Estado miembro o no miembro. Así lo indica, -con dicción poco precisa, algo confusa y notablemente engañosa, es cierto-, el Cons. 50 RREM, tal y como ha explicado la doctrina¹²⁷. Este Considerando 50 RREM señala que, cuando en el Reglamento 2016/1103 se menciona la nacionalidad como punto de conexión, la cuestión de cómo considerar a una persona con múltiples nacionalidades es una cuestión previa que no entra en el ámbito de aplicación del Reglamento y que debe dejarse al arbitrio del Derecho nacional, incluidos, cuando proceda, los convenios internacionales, con pleno respeto de los principios generales de la Unión. Sin embargo, añade el Cons. 50 RREM, “*esta consideración no debe tener ninguna incidencia en la validez de la elección de la ley aplicable de conformidad con el presente Reglamento*”. Es ésta la frase clave. Viene a indicar, sumariamente expresado, que si un cónyuge ostenta varias nacionalidades, los esposos pueden elegir, como ley aplicable a su régimen económico matrimonial, la ley de cualquiera de los Estados cuya nacionalidad ostenta cualquier de los cónyuges.

iii) Ley de la residencia habitual de cualquiera de los cónyuges

80. Los cónyuges pueden también elegir la Ley de la residencia habitual de cualquiera de ellos. No es preciso que tengan su residencia habitual en el mismo país. Si uno reside habitualmente en España y el otro en Francia, por ejemplo, pueden elegir bien la ley española o bien la francesa. A efectos del art. 22 RREM, cada cónyuge sólo puede tener su residencia habitual en un país concreto. Con otras palabras, puede afirmarse que no existen, para el Derecho internacional privado europeo, casos de personas con residencia habitual en varios países al mismo tiempo. Así se pronuncia, para el Reglamento Bruselas II-ter, la STJUE 25 noviembre 2021, C-289/20, *IB vs. FA*, FD 46-48 y para el Reglamento sucesorio europeo, la STJUE 16 julio 2020, C-80/19, *E.E.* Por tanto, esta línea de política jurídica también debe proyectarse al art. 22 RREM. Cada cónyuge sólo puede tener su residencia habitual en un país concreto.

¹²⁶ *Vid.* Convención sobre el estatuto de los refugiados, hecho en Ginebra el 28 julio 1951, en BOE núm. 252 de 21 octubre 1978.

¹²⁷ P. JIMÉNEZ BLANCO, *Regímenes económicos matrimoniales transfronterizos: Un estudio del Reglamento (UE) n° 2016/1103*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 77; J.M. FONTANELLAS MORELL, “La ley aplicable a los regímenes económicos matrimoniales y a los efectos patrimoniales de las uniones registradas en las respectivas propuestas de reglamentación comunitaria”, *Anuario de Derecho Civil*, t. LXV, fascículo I, enero-marzo, 2012, p. 283; J.P. QUINZÁ REDONDO, *Régimen económico matrimonial. Aspectos sustantivos y conflictuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 356; L. RADEMACHER, “Changing the past: retroactive choice of law and the protection of third parties in the European Regulations on patrimonial consequences of marriages and registered partnerships”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, n. 1, pp. 7-18, esp. p. 14. ELINA ALINA OPREA, “Party autonomy and the law applicable to the matrimonial property regimes in Europe”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, vol. 10, núm. 2, pp. 579-596, esp. p. 7.

81. Elegir la ley de la residencia habitual de cualquiera de los cónyuges resulta una posibilidad interesante porque, como demuestra E. ALINA OPREA, aquí el Reglamento 2016/1103 se muestra más generoso que el Reglamento Roma III sobre la ley reguladora del divorcio y de la separación legal¹²⁸. En el Reglamento Roma III, en efecto, los cónyuges sólo pueden elegir la ley de la residencia habitual si ambos cónyuges residen habitualmente en el mismo país en el momento de iniciarse el proceso de divorcio o separación legal. En el Reglamento 2016/1103, los cónyuges pueden elegir la Ley de la residencia habitual de cada uno de los cónyuges si éstos residen habitualmente en Estados distintos en el momento de la elección de Ley¹²⁹.

b) Elección de Ley por los “cónyuges”

82. La Ley aplicable al régimen económico matrimonial debe ser elegida por los cónyuges y sólo por los cónyuges. Ello comporta diversas consecuencias.

En primer lugar, la Ley aplicable al régimen económico matrimonial no puede ser elegida por sujetos distintos a los cónyuges, tales como los padres de éstos, familiares de los mismos, sus abogados, etc.

En segundo término, los cónyuges pueden elegir la Ley estatal reguladora de su régimen económico matrimonial cualquiera que sea su nacionalidad y/o país de residencia habitual.

En tercer lugar, el texto del Reglamento 2016/1103 no se pronuncia sobre la posibilidad de admitir que los cónyuges otorguen un poder legal a un tercero, como un abogado u otro representante legal, de modo que éste pueda elegir, en su nombre, la Ley aplicable al régimen económico matrimonial. El silencio del Reglamento 2016/1103 al respecto podría ser un elemento a favor de la admisión de esta posibilidad, pues no se prohíbe expresamente. Ahora bien, frente a ello, cabe recordar que la elección de la Ley aplicable es un acto personalísimo e indelegable de los cónyuges. Por tanto, la Ley reguladora del régimen económico matrimonial no puede ser “elegida” por un representante legal del cónyuge: es la voluntad del cónyuge la que cuenta, no la de su representante legal. Un apostura intermedia parece aconsejable. En tal sentido, debería admitirse que un representante legal del cónyuge elija la Ley aplicable si el poder especifica la Ley estatal que el cónyuge ha seleccionado éste, personalmente, como Ley reguladora de su régimen económico matrimonial. En tal caso, el representante se limita a trasladar a un cónyuge la voluntad personal del otro cónyuge. Es más un *nuntius* que un representante legal. En tal caso, la Ley reguladora de la representación debe ser fijada por las normas de conflicto del Estado cuyos tribunales conocen del asunto. En consecuencia, si se impugna la validez de la elección de Ley aplicable al régimen económico matrimonial realizada por un “presunto representante de un cónyuge”, deberá aplicarse la Ley designada por el art. 10.11 CC. Dicha Ley determinará si la representación era posible, si existió y cuáles son, en su caso, sus efectos legales.

83. El Reglamento otorga la posibilidad de elegir la Ley aplicable al régimen económico matrimonial a los cónyuges o futuros cónyuges y exclusivamente a dichos sujetos. Esta afirmación exige aclarar ciertos extremos.

En ciertos preceptos el Reglamento se refiere a la posibilidad de los “cónyuges” para elegir la Ley aplicable. Así se expresa, de manera emblemática, el comienzo del art. 22.1 RREM (= “[l]os cónyuges o futuros cónyuges podrán designar o cambiar de común acuerdo la ley aplicable a su régimen económico matrimonial...”), así como el art. 23.1 RREM (= “[e]l acuerdo a que se refiere el artículo 22 se expresará por escrito, fechado y firmado por ambos cónyuges...”) y el art. 24.2 RREM y el Cons. 47 RREM.

En otros casos, el Reglamento se refiere a la posibilidad de las “partes” para elegir el Derecho aplicable. Es el caso del Considerando 46 RREM: “... no debe cambiarse la ley aplicable al régimen económico matrimonial sin la manifestación expresa de la voluntad de las partes”, y del Cons. 47

¹²⁸ E. ALINA OPREA, “Party autonomy and the law applicable to the matrimonial property regimes in Europe”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, vol. 10, núm. 2, pp. 579-596.

¹²⁹ Artículo 5 del Reglamento Roma III: “Elección de la ley aplicable por las partes. 1. Los cónyuges podrán convenir en designar la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, siempre que sea una de las siguientes leyes: a) la ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del convenio; b) la ley del Estado del último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí en el momento en que se celebre el convenio (...)”.

RREM (“[c]omo mínimo, el acuerdo sobre la elección de la ley aplicable debe expresarse por escrito, fechado y firmado por ambas partes”).

No obstante, pese a la divergencia terminológica apuntada, debe afirmarse que el Reglamento 2016/1103 utiliza de manera indistinta la expresión “cónyuges” y el término “partes”. En la inmensa mayoría de los litigios relativos al régimen económico matrimonial, los cónyuges son también “partes” en un procedimiento judicial, esto es, partes procesales, y con frecuencia serán “demandante” y “demandado”. Ello no debe suscitar ninguna duda: son los cónyuges los únicos habilitados por el Reglamento para elegir la Ley aplicable al régimen económico matrimonial, sean o no “partes” en un procedimiento judicial con arreglo a la *Lex Fori*. Y, en todo caso, otras “partes” que pudieran ser tales en dichos procedimientos judiciales, -como podría suceder con el Ministerio Fiscal en determinados ordenamientos jurídicos-, no disponen del derecho subjetivo de elegir la Ley reguladora del régimen económico matrimonial *ex* Reglamento 2016/1103. Tal derecho corresponde, sola y exclusivamente, a los cónyuges. Por otro lado, en ocasiones el texto legal se refiere a las “partes” porque los cónyuges todavía no han contraído matrimonio, -y lógicamente, no son todavía “cónyuges”-, pero van a contraer matrimonio próximamente.

c) Elección de una Ley única

84. Los cónyuges pueden elegir sólo una Ley estatal para regular su régimen económico matrimonial y no varias Leyes. La regulación jurídica del régimen económico matrimonial se toma sólo de esa única Ley estatal elegida, en su caso, por los cónyuges (Cons. 45 y 47 RREM). Varios aspectos deben considerarse.

85. a) Negación del *dépeçage*. El art. 22 RREM no prevé la posibilidad de elegir diversas Leyes estatales para regular diversos aspectos del régimen económico matrimonial (*splitting, dépeçage*). La Ley reguladora del régimen económico matrimonial debe ser una sola Ley estatal. El art. 22 RREM no permite tomar parte de la regulación legal del régimen económico matrimonial de una Ley estatal y otra parte diferente de otra Ley estatal distinta. Así, por ejemplo, como recuerda P. LAGARDE, los cónyuges no pueden elegir como ley aplicable a los bienes inmuebles integrados en un régimen económico matrimonial, la Ley del país de su situación y elegir otra ley distinta como Derecho aplicable al resto de los bienes¹³⁰. La imposibilidad de elegir varias leyes reguladoras de un mismo régimen económico matrimonial se basa en dos argumentos presentes extraídos del mismo Reglamento 2016/1103.

En primer lugar, el texto del art. 22 RREM es claro, pues se expresa en número singular. Así, el precepto indica que los cónyuges o futuros cónyuges podrán designar o cambiar de común acuerdo la “ley aplicable a su régimen económico matrimonial”, en singular y no en plural.

En segundo lugar, por otro lado, el legislador europeo podría haber seguido la senda del art. 3.1 RR-I [Ley aplicable a las obligaciones contractuales], que admite de modo explícito la posibilidad de los contratantes de elegir varias Leyes estatales aplicables a diferentes partes del contrato, pero, conscientemente, no lo hizo así.

La exigencia de elección de una única Ley por los cónyuges es adecuada. Elegir varias Leyes estatales para regular diversos aspectos o diversos bienes incluidos en el mismo régimen económico matrimonial acabaría por generar con extrema frecuencia en una amalgama de disposiciones legales incongruente y contradictoria. Por ello, el Reglamento 2016/1103 arranca, según expone O. FERACI, de la teoría de la Ley única: la disciplina legal del régimen económico matrimonial debe tomarse extraerse exclusivamente de una sola Ley estatal¹³¹. La razón de fondo de esta prohibición es se encuentra en la

¹³⁰ P. LAGARDE, “Règlements 2016/1103 et 1104 du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et sur le régime patrimonial des partenariats enregistrés”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2016, pp. 676-686, esp. p. 681.

¹³¹ O. FERACI, “L’incidenza del nuovo regime europeo in tema di rapporti patrimoniali tra coniugi e parti di unioni registrate sull’ordinamento giuridico italiano e le interazioni con le novità introdotte dal d.lgs. 7/2017 attuativo della cd. legge Cirinnà”, en *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2017 (<http://www.osservatoriosullefonti.it>). También N. JOUBERT, “Le dernière pierre [provisoire?] à l’édifice de droit international privé européen en matière familiale”, *Revue critique de droit international privé*, 2017-1, pp. 1-26, esp. p. 18-19.

falta de un presupuesto técnico. A diferencia de lo que sucede en relación con los contratos internacionales (art. 3.1 Reglamento Roma I), no parece que el régimen económico matrimonial pueda ser dividido en “partes separables y autónomas” susceptibles de ser reguladas por Leyes estatales distintas.

La apuesta en favor de una Ley única presenta ventajas técnicas y sustantivas evidentes: (a) Simplifica el régimen jurídico aplicable para los cónyuges; (b) Facilita la identificación del Derecho aplicable y proporciona una mayor claridad jurídica tanto a los cónyuges como al tribunal que debe dictar, en su caso, la sentencia relativa al régimen económico matrimonial; (c) Disminuye los costes conflictuales para los cónyuges al tener que probar una sola Ley aplicable y al tener que ajustar sus comportamientos sólo a una Ley estatal; (d) Protege a los terceros, que pueden así prever con facilidad cuál es la ley reguladora del régimen económico matrimonial en su totalidad; (e) Evita los agudos problemas de calificación de los bienes, como pone de relieve P. LAGARDE, ya que éstos deben ser calificados como muebles o inmuebles o incorporales con arreglo a una sola ley¹³².

86. b) Negación de la elección cumulativa de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial. Por otro lado, el art. 22 RREM tampoco permite elegir dos o más Leyes estatales de aplicación cumulativa al mismo régimen económico matrimonial, de modo que la regulación legal del régimen económico matrimonial se pueda tomar tanto de la Ley del Estado A, como de la Ley del Estado B. De nuevo, el art. 22 RREM se expresa siempre en número singular y no ofrece espacio para esta posibilidad. Una elección cumulativa de ley aplicable crearía incerteza y caos legal. En el supuesto de que los cónyuges hubieran elegido dos o más Leyes estatales aplicables a su régimen económico matrimonial, debe entenderse que el acuerdo de elección de Ley no cumple con las exigencias contenidas en el art. 22 RREM. En consecuencia, la elección cumulativa de Ley aplicable a un mismo régimen económico matrimonial es nula y carece de efectos jurídicos. El régimen económico matrimonial se regirá, en tal supuesto, por la Ley designada por el art. 26 RREM (Ley aplicable al régimen económico matrimonial en defecto de elección de Ley por los cónyuges).

d) Elección de la Ley sustantiva de un Estado

87. La elección, por los cónyuges, de una Ley reguladora de su régimen económico matrimonial se realiza, siempre, en favor de la Ley material elegida, sin tener en cuenta las normas de “conflicto de leyes” de dicho ordenamiento jurídico (art. 32 RREM).

88. Los cónyuges pueden elegir la Ley de un Estado para regular su régimen económico matrimonial. Pero debe ser, necesariamente, la Ley de un “Estado”. Al respecto, debe afirmarse lo que sigue.

89. a) Elección de una “Ley estatal”. Justificación de la exigencia. La exigencia de que la Ley elegida deba ser la “Ley de un Estado” no es ningún capricho ni ningún tributo o sometimiento a la Soberanía estatal. Existen muy poderosas razones para exigir que la Ley elegida sea una “Ley estatal”, bien puntualizadas por D. GRUENBAUM¹³³. En primer lugar, un régimen económico matrimonial pactado al margen de toda Ley estatal carece de fuerza vinculante ante los tribunales y no pasaría de ser, como mucho, un mero acuerdo moral entre los cónyuges. Las partes no podrían exigir el cumplimiento de unos pactos que regulan la economía de su matrimonio pero que no se sujetan a ninguna Ley estatal. En ocasiones, es cierto, los cónyuges pueden concluir acuerdos a los que no desean dotar de fuerza jurídica obligatoria. Tales acuerdos no constituyen capitulaciones matrimoniales ni contratos. Un contrato es un acuerdo entre sujetos privados al que la Ley de un Estado otorga fuerza vinculante y un régimen económico matrimonial es la disciplina jurídica de la economía matrimonial establecida en la Ley y a la que

¹³² P. LAGARDE, “La qualification des biens en meubles et immeubles dans le droit international privé du patrimoine familial”, en *Mélanges en l’honneur de Mariel Revillard. Liber amicorum*, Defrénois, 2007, pp. 209-220.

¹³³ D. GRUENBAUM, “From Statehood to Effectiveness: The Law of Unrecognised States in Private International Law”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)*, volume 86, 2022, n.3, pp. 577-616.

el Derecho otorga fuerza obligatoria entre los cónyuges. Sin la “Ley de un Estado” no existe “contrato” ni existe “régimen económico matrimonial”, explica J. BASEDOW¹³⁴. Sólo una Ley estatal constituye un sistema jurídico completo, de calidad, que puede integrar las lagunas de los pactos celebrados entre los cónyuges para regular su economía, proporcionar los criterios de interpretación de los mismos, fijar los límites a los que han de sujetarse las partes en la redacción de las cláusulas de sus pactos matrimoniales y otorgar fuerza legal obligatoria a los acuerdos entre los cónyuges.

90. b) Normativas no estatales y regulación del régimen económico matrimonial. El Reglamento niega que los cónyuges puedan realizar una elección de ley reguladora del régimen económico matrimonial en favor de normativas o reglas no estatales, como pueden ser normativas o reglas de tipo exclusivamente religioso, la *Shari'a*, los Principios Europeos de Derecho de Familia, el Derecho Canónico de la Iglesia Católica, el Derecho que rige una asociación civil o un club privado, etc., recuerda S. TONOLO¹³⁵. El Reglamento 2016/1103 sólo remite a Leyes “estatales” para regular el régimen económico matrimonial. No remite, en ningún caso, a una “normativa religiosa” (*Lex Religiosa*) o para-estatal, explica B. AÑOVEROS TERRADAS¹³⁶. Es dudoso, por otra parte, que normativas religiosas dispongan de una disciplina legal concreta, específica, útil y práctica sobre el régimen económico matrimonial.

Dicho lo anterior, también es preciso aclarar que el Reglamento no considera nulos de pleno Derecho los pactos alcanzados por los cónyuges en cuya virtud eligen como Ley aplicable a su régimen económico matrimonial estas normativas no estatales. El art. 22 RREM, simplemente, no permite que tales normativas operen como ley reguladora del régimen económico matrimonial (*lex causae*). En consecuencia, apunta P. JIMÉNEZ BLANCO, la validez de estos pactos en favor de reglas jurídicas no estatales debe ser decidida con arreglo a la ley que rige el régimen económico matrimonial, tal y como es determinada por el Reglamento 2016/1103¹³⁷.

91. c) Leyes de unidades no estatales. Los cónyuges pueden elegir la Ley de un Estado. No pueden elegir la Ley de una unidad territorial o la Ley de una comunidad social con un Derecho propio¹³⁸. Por ejemplo, el art. 22 RREM permite a dos cónyuges españoles de vecindad civil común él y catalana ella, ambos con residencia habitual en Alemania, que elijan el Derecho español para regir su régimen económico matrimonial, pero no el Derecho catalán. Si eligen el Derecho español, serán las normas de Derecho interregional español las que precisarán que concreto Derecho civil español es aplicable a ese régimen económico matrimonial, pues así lo ordena el art. 33.1 RREM. Este precepto es aplicable en todo caso, esto es, ya se determine la Ley aplicable al régimen económico matrimonial mediante la elección de los cónyuges (art. 22 RREM) o bien se precise a través de los puntos de conexión objetivos (art. 26 RREM).

En el caso de que la ley elegida para regular el régimen económico matrimonial sea la Ley española, se aplicará, a tal efecto, el art. 9.2 CC y su escalera de conexiones para hallar el Derecho finalmente aplicable al régimen económico matrimonial de entre los que coexisten en España¹³⁹. Ahora bien, una vez declarado aplicable el Derecho interregional de la *lex causae*, puede suceder que tales normas

¹³⁴ En relación con los contratos internacionales, *vid.* J. BASEDOW, “12 AGBG”, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Munich, 1993, pp. 2040-2074.

¹³⁵ S. TONOLO, “Regole religiose, conflitti di leggi e diritti fondamentali”, en *Liber amicorum Angelo Davi: La vita giuridica internazionale nell'età della globalizzazione*, vol. I, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, pp. 349-370.

¹³⁶ B. AÑOVEROS TERRADAS, “Autonomía de la voluntad conflictual y sus límites en los nuevos Reglamentos comunitarios en materia de regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas”, en MÓNICA GUZMÁN ZAPATER (DIR.) / CARLOS ESPLUGUES MOTA (DIR.) / MÓNICA HERRANZ BALLESTEROS (COORD.), MARINA VARGAS GÓMEZ-URRUTIA (COORD.), *Persona y familia en el nuevo modelo español de derecho internacional privado*, Tirant lo Blanch, València, 2017, pp. 241-272, esp. p. 258.

¹³⁷ P. JIMÉNEZ BLANCO, *Regímenes económicos matrimoniales transfronterizos: Un estudio del Reglamento (UE) n° 2016/1103*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 75.

¹³⁸ E. ALINA OPREA, “Party autonomy and the law applicable to the matrimonial property regimes in Europe”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, vol. 10, núm. 2, pp. 579-596, esp. p. 9.

¹³⁹ C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “Articles 36, 37 and 38”, en A.L. CALVO CARAVACA/A. DAVI/H.-P. MANSSEL, *The EU Succession Regulation. A Commentary*, Cambridge University Press, 2016, p. 524; A. BONOMI, “Articles 36 à 38” en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 610 y pp. 613-614.

permitan a los cónyuges elegir la Ley de una concreta unidad territorial. Así, en el caso anterior, los esposos españoles cuyo régimen económico matrimonial se rige por el Derecho español *ex art. 22 RREM*, pueden activar el art. 9.2 CC. Esta disposición, -aplicada ahora como norma de Derecho interregional-, conduce a la ley de la vecindad civil común de los esposos. A falta de dicho criterio, los cónyuges pueden elegir la Ley reguladora de su régimen económico matrimonial y, en tal sentido, pueden elegir la Ley catalana o el Derecho civil común, puesto que es el Derecho que se corresponde con la vecindad civil de cualquiera de ellos¹⁴⁰.

92. d) Leyes de Estados existentes. Los cónyuges sólo pueden elegir la Ley de un Estado existente en el momento de la elección.

En el caso de que las partes hayan elegido la Ley de un Estado que existe en el momento de la elección, pero que ya no existe en el momento de la controversia, deberá aplicarse la Ley del Estado que, con arreglo a las normas del Derecho internacional Público, ha sucedido al Estado desaparecido.

No cabe elegir como Ley reguladora del régimen económico matrimonial la Ley de un presunto Estado que nunca ha existido y/o que no existe como tal “Estado” con arreglo al Derecho internacional Público. Es el caso de ciertas de las llamadas “micronaciones” (Seborga, Sealand, Westarctica, Valaquia, Wirtland, etc.), o de Palestina o la Soberana Orden Militar de Malta.

La elección de la Ley de un Estado inexistente en el momento de la elección no surte efectos jurídicos. Dicha elección de Ley se tendrá por no puesta. Ejemplo: cláusula en capitulaciones matrimoniales que indica que “*estas capitulaciones matrimoniales quedan sujetas al Derecho de la URSS*”.

93. e) Ley estatal vigente. La Ley elegida debe ser la Ley vigente de un Estado concreto. No cabe elegir como Ley reguladora del régimen económico matrimonial una legislación de un Estado que ya no esté vigente en el momento de dicha elección (Derecho ruso zarista, Derecho español republicano o franquista, Derecho francés pre-revolucionario, Derecho inglés medieval, régimen dotal español existente en la versión originaria del Código civil de 1889, etc.). Si ello se produce, dicha designación no debe ser considerada como una “elección de Ley” en el sentido del art. 22.1 RREM y se tendrá por no puesta.

e) Cuestiones problemáticas

i) Incorporación por referencia de normas sustantivas de un Derecho estatal

94. El art. 22 RREM no prohíbe que los cónyuges redacten pactos, contratos o acuerdos en los que especifiquen, de modo concreto y material, la regulación de su régimen económico matrimonial, en particular, en sus capitulaciones matrimoniales. Ahora bien, el precepto indica claramente que el régimen económico matrimonial se rige por la Ley de un Estado y no por los acuerdos privados a los que hayan llegado los cónyuges y que la elección de Ley debe ser realizada “por escrito”. De estas premisas es posible deducir lo que sigue.

En primer lugar, el art. 22 RRREM no prohíbe los pactos que procedan a incorporar por referencia el contenido de una Ley estatal al texto de un acuerdo entre los cónyuges. Tampoco prohíbe dicho precepto que los cónyuges establezcan su propia regulación del régimen económico matrimonial, elaborada por los mismos al margen de cualquier Ley estatal. Por tanto, los cónyuges pueden diseñar parte de su régimen económico matrimonial mediante la copia, por ejemplo, de las disposiciones legales del sistema de participación en las ganancias recogido en el Derecho alemán y otra parte mediante la copia de los preceptos legales del sistema de ganancias previsto en el Derecho español. Ahora bien, será la Ley estatal elegida por las partes o, en su defecto, la Ley estatal que rige el régimen económico matrimonial con arreglo al art. 26 RREM la que indique si tales pactos materiales acordados por las partes son o no son válidos y si producen efectos legales y hasta qué punto.

¹⁴⁰ E. ALINA OPREA, “Party autonomy and the law applicable to the matrimonial property regimes in Europe”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, vol. 10, núm. 2, pp. 579-596, esp. p. 9.

En segundo término, el art. 22 RREM exige que la elección de Ley sea por escrito, pero no que sea “expresa”, como se verá seguidamente¹⁴¹. Por tanto, puede darse el caso de que una incorporación por referencia de la regulación del régimen económico matrimonial recogida en una concreta Ley estatal pueda ser interpretada como una auténtica elección de Ley reguladora del régimen económico matrimonial. Así, por ejemplo, si se observa que los cónyuges han copiado en su pacto prenupcial o postnupcial la regulación del régimen económico matrimonial propia del Derecho portugués puede afirmarse que han querido elegir la Ley portuguesa como Ley reguladora de su régimen económico matrimonial. La Ley portuguesa regirá el régimen económico matrimonial *ex art. 22.1 RREM*, pues se debe considerar que ha existido una elección tácita, pero clara y por escrito, de la ley reguladora del régimen económico matrimonial.

En tercer lugar, no resulta sencillo distinguir entre “elección de ley” e “incorporación por referencia” de ciertas normas para regular el régimen económico matrimonial. En ocasiones, existen cláusulas de unas capitulaciones matrimoniales cuyo alcance suscita enormes dudas, ya que pueden ser interpretadas bien como una “elección de Ley” o bien como meras cláusulas de “incorporación por referencia”. Ejemplo: “*es aplicable a este régimen económico matrimonial el art. 1346 número primero, del Código civil español que indica que son privativos de cada uno de los cónyuges los bienes, animales y derechos que le pertenecieran al comenzar la sociedad de gananciales*”. Pues bien, visto que el art. 22 RREM exige que la elección de Ley sea clara, es decir que sea por escrito y que sea una auténtica elección de ley, debe entenderse que, en los casos dudosos, la cláusula controvertida constituye una mera “incorporación por referencia” y no una “elección de Ley”.

ii) Elección de un concreto régimen económico matrimonial existente en una Ley estatal

95. El art. 22 RREM no prohíbe que los cónyuges redacten pactos, contratos o acuerdos en los que especifiquen, de modo concreto y material, cuál es el concreto régimen económico matrimonial que desean implementar. Así dos cónyuges españoles con residencia habitual en Nueva York pueden indicar por escrito que “el régimen económico matrimonial será *“el régimen de participación en las ganancias previsto en el Derecho civil común español”*. En tal caso, debe razonarse en dos fases. En la primera fase, debe estimarse que ha habido una elección del Derecho español para regular el régimen económico matrimonial. En una segunda fase, debe argumentarse ya dentro del Derecho material español. Si en Derecho español los cónyuges pueden elegir el régimen económico matrimonial de participación en las ganancias, entonces la cláusula elaborada por los cónyuges debe reputarse válida.

iii) Elección de una Ley estatal que no contempla el régimen económico matrimonial

96. Los arts. 23-24 RREM no exigen para la validez de la elección de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial, que dicha Ley estatal elegida por los cónyuges contenga una disciplina jurídica reguladora del régimen económico matrimonial en el caso concreto. En consecuencia, los cónyuges pueden elegir una Ley estatal que no regula el régimen económico matrimonial en cuyo seno no existe el régimen económico matrimonial. Así, los cónyuges pueden elegir el Derecho inglés, que desconoce el concepto de régimen económico matrimonial, como ley reguladora de su régimen económico matrimonial. En tal caso, el Derecho inglés establecerá el régimen jurídico de los bienes los cónyuges y de la economía del matrimonio, constante matrimonio y también, en su caso, tras la disolución del mismo. Si no existe el concepto de régimen económico matrimonial en Derecho inglés, eso no invalida la elección de tal ordenamiento jurídico como Derecho regulador de la economía matrimonial.

¹⁴¹ SEVERINE CABRILLAC, First applications of European regulations no 2016/1103 and no 2016/1104 of 24 June 2016 in French law”, en MARÍA JOSÉ CAZORLA GONZÁLEZ / LUCIA RUGGERI (editors), *Cross-border couples property regimes in action before courts. Understanding the EU Regulations 1103 and 1104/2016 in practice*, Madrid, Ed. Dykinson, 2022, pp. 155-160, esp. p. 157-158.

iv) Elección de una Ley estatal que prohíbe a los cónyuges elegir la Ley reguladora del régimen económico matrimonial

97. La posibilidad de elegir la Ley aplicable al régimen económico matrimonial se atribuye a los cónyuges por el mismo Reglamento 2016/1103. Es una facultad subjetiva de los cónyuges *ex* Reglamento 2016/1103, *ex* Derecho de la UE. Por ello, resulta irrelevante que la Ley elegida por los cónyuges les impida elegir la Ley reguladora de su régimen económico matrimonial. Por ejemplo, si marido francés y esposa francesa cuya primera residencia habitual común tras el matrimonio estuvo en Madrid eligen la Ley española para regir su régimen económico matrimonial, éste quedará sujeto a la ley española elegida. No es relevante que el art. 9.2 CC no les permita elegir la Ley aplicable a su régimen económico matrimonial.

v) Cláusulas de *exclusio juris*

98. Surge una duda razonable en el caso de que los cónyuges otorguen un documento en cuya virtud excluyen la aplicación al régimen económico matrimonial de una Ley estatal concreta sin elegir ninguna. Así, por ejemplo, dos cónyuges españoles con residencia en Asunción podrían establecer por escrito que “*el Derecho paraguayo no será aplicable al régimen económico matrimonial*”. El art. 22 RREM no se refiere a esta cuestión de un modo específico. Ahora bien, un análisis detallado de esta disposición revela que estas cláusulas no deben ser consideradas válidas y deben tenerse por no puestas. Tampoco se admiten en relación con los contratos internacionales en el ámbito del art. 3 del Reglamento Roma I, como ha precisado la sentencia de la Corte di Cassazione (Italia) de 27 marzo 1996¹⁴².

Los argumentos para rechazar la validez de las cláusulas de *exclusio juris* en relación con el régimen económico matrimonial son variados. En primer lugar, la elección de Ley sólo se contempla en el art. 22 RREM si recae en favor la Ley de un Estado y no si se excluye la Ley de un Estado (*argumentum a contrario: inclusio unius exclusio alterius*). En segundo término, además, las cláusulas de *exclusio juris* vulneran el art. 26 RREM. Este precepto ordena al juez aplicar una u otra Ley estatal en el caso de que las partes no hayan procedido a elegir una Ley aplicable “*con arreglo a lo dispuesto en el artículo 22*”. Es evidente que, en estos casos, la elección de Ley no ha tenido lugar “*con arreglo a lo dispuesto en el artículo 22*”. Por tanto, en casos de *exclusio juris*, el art. 26 RREM debe ser aplicado. En tercer lugar, cuando el art. 26 RREM es aplicable, la Ley del contrato se determina de modo rígido con arreglo a los puntos de conexión que contiene dicho precepto, que no admite injerencias de los cónyuges en la cuestión y que no permite a los contratantes dar instrucciones a la autoridad competente para conocer de un asunto relativo al régimen económico matrimonial sobre cómo debe determinar la Ley aplicable al mismo. La autoridad está obligada a seguir las pautas marcadas de modo estricto por el art. 26 RREM y este precepto no admite que los contratantes indiquen al juez qué Ley estatal no puede constituir la Ley del contrato.

Diferente es el caso, muy bien abordado por S. MARINO, en el que los cónyuges, por ejemplo, excluyen de modo expreso la aplicación de la Ley de su residencia habitual común pero porque entienden que no poseen tal residencia habitual común. En tal supuesto, la cláusula puede ser tenida en consideración por la autoridad competente como un elemento más para examinar la concurrencia de tal residencia habitual común, aunque no como una válida elección negativa de la Ley aplicable¹⁴³.

f) Consentimiento de los cónyuges

i) Regla general. Existencia y validez del consentimiento

99. Para que la elección de Ley sea válida y eficaz y el régimen económico matrimonial quede regulado por la Ley elegida por los cónyuges, debe acreditarse de modo fehaciente que éstos han dado

¹⁴² Sentencia Corte di Cassazione [Italia] de 27 marzo 1996, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 1997, p. 47.

¹⁴³ S. MARINO, *I rapporti patrimoniali della famiglia nella cooperazione giudiziaria civile dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, pp. 115-116.

su consentimiento en elegir dicha Ley. El Reglamento trata de asegurar este objetivo a través, exclusivamente, de normas de conflicto de leyes. Es decir, el Reglamento no dispone de requisitos mínimos materiales de existencia y validez del consentimiento de los cónyuges en relación con la elección de Ley, a diferencia de lo que ocurre con los requisitos de forma. En efecto, el art. 23 RREM sí contiene ciertos requisitos concretos europeos de forma del pacto de elección de ley, como hace notar M.G. Rossi¹⁴⁴.

100. a) Primera regla general. *Lex hypothetici contractus*. El art. 24.1 RREM establece que la existencia del acuerdo de voluntades entre los cónyuges a la hora de elegir la Ley aplicable a su régimen económico matrimonial, así como la cuestión de saber si el consentimiento de los cónyuges es válido o presenta algún vicio del mismo que lo invalide, son cuestiones que se rigen por la Ley presuntamente elegida por los cónyuges con arreglo al art. 22 RREM (art. 24 RRM). Es la “Ley hipotéticamente elegida por las partes” (“*putative law*”). Es preciso distinguir.

En primer lugar, la Ley presuntamente elegida por los cónyuges regulará la existencia del consentimiento. En tal contexto, dicha Ley regulará, por ejemplo, como recuerda M.G. Rossi, la cuestión de saber si la X marcada en la casilla de un formulario supone “consentimiento de un cónyuge” en cuanto a la elección de la Ley aplicable a su régimen económico matrimonial¹⁴⁵. Esos formularios son cada vez más frecuentes en las oficinas notariales y judiciales de ciertos países. También indicará si se puede dar el consentimiento por silencio o asentimiento a una propuesta del otro cónyuge y precisará cómo debe y/o puede expresarse el consentimiento.

En segundo lugar, en cuanto a la pureza del consentimiento, la ley presuntamente elegida regulará si el consentimiento expresado por las partes en cuanto a la elección de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial se trata de un consentimiento válido, esto es, no afectado por los llamados “vicios del consentimiento”. Todo lo anterior queda en manos de la Ley estatal presuntamente elegida por los cónyuges. De dicho modo expresado, esta Ley determinará si concurren dichos vicios del consentimiento en la elección de la Ley reguladora del régimen económico matrimonial, tales como error, dolo, violencia, intimidación, etc. Dicha Ley también regulará los efectos jurídicos, en su caso, de la presencia de tales vicios: nulidad del acuerdo, anulabilidad del mismo, etc. De nuevo, la Ley presuntamente elegida por los cónyuges regulará, por ejemplo, si la X marcada en la casilla de un formulario por error material, -lo que puede suceder con frecuencia-, invalida el acuerdo de elección de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial.

La remisión que el art. 24.1 RREM realiza en favor de la Ley que los cónyuges, presuntamente, han elegido (“*putative law*”) para regular estas cuestiones puede parecer extraña. Sin embargo, no es así, pues dicha Ley constituye el Derecho cuya aplicación a la existencia y validez del consentimiento relativo a la elección de Ley resulta más previsible para los cónyuges. Es la ley cuya aplicación a este aspecto les comportará los costes más reducidos.

Por otra parte, aunque la Ley estatal presuntamente elegida por los cónyuges regula la existencia del consentimiento y la presencia de un vicio del mismo y su régimen jurídico, la consecuencia de la presencia de tal vicio es fijada directamente por el Reglamento 2016/1103. La elección de dicha ley queda, en tal caso, invalidada y no surte efectos jurídicos. En tal hipótesis, -inexistencia de consentimiento, vicio del mismo-, la ley reguladora del régimen económico matrimonial se fija con arreglo al art. 26 RREM.

101. b) Segunda regla general. Elección informada de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial. El Reglamento 2016/1103 exige que los cónyuges sepan qué concreta Ley estatal eligen para regular su régimen económico matrimonial, que sean también conscientes de cuál es el contenido sustancial de dicha Ley y además, que sean conocedores de la situación general de la economía matrimonial sobre la que se va a proyectar la ley elegida para regular el régimen económico matrimonial. Ésa es, verdaderamente, una elección genuinamente informada, profunda y completa de la ley aplicable al régimen económico matrimonial.

¹⁴⁴ MARIA GABRIELLA ROSSI, “Art. 24”, en LUCIA RUGGERI / ROBERTO GARETTO (editors), *European Family Property Relations Article by Article Commentary on EU Regulations 1103 and 1104/2016*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021, pp. 210-217, esp. p. 212.

¹⁴⁵ *Id.* la obra citada en la nota anterior, esp. p. 213.

En efecto, si el juez o autoridad competente acredita que la elección de la Ley estatal aplicable al régimen económico matrimonial no fue una “elección informada” por parte de ambos cónyuges, opina R. FARRUGIA, dicha elección no surtirá ningún efecto legal¹⁴⁶. Esto es así, no hay duda. Ahora bien, un interrogante de muy hondo calado se presenta de modo espontáneo. Es preciso concretar, en efecto, cómo controla la autoridad competente que el cónyuge conocía la ley que eligió y que también era consciente de los rasgos fundamentales de dicha Ley en lo que se refiere a la regulación del régimen económico matrimonial. Es decir, es necesario especificar cómo la autoridad competente acredita que la elección de ley por los cónyuges ha sido una “elección informada”. Varias opciones se han propuesto.

Una primera tesis es la tesis conflictual. Afirma que la presencia de una elección informada de la ley aplicable se controla, exclusivamente, mediante la Ley presuntamente elegida (art. 24 RREM) y también a través de los requisitos de forma recogidos en el art. 23 RREM. El Cons. 47 RREM parece inclinarse a favor de esta tesis: “[l]as normas relativas a la validez formal y material del acuerdo sobre la elección de la ley aplicable deben definirse de manera que la elección informada de los cónyuges resulte más fácil y se respete su consentimiento a fin de garantizar la seguridad jurídica, así como un mejor acceso a la justicia...” (Cons. 47 RRREM). En este sentido, opina B. AÑOVEROS TERRADAS, las exigencias formales recogidas en el art. 23 RREM ya garantizan el control del nivel de información sobre la ley elegida y sobre las leyes no elegidas¹⁴⁷.

Una segunda tesis es la tesis material. Sostiene que, sin perjuicio de los arts. 23 y 24 RREM, si la autoridad competente detecta que la elección de ley no ha sido una “elección informada” a un nivel satisfactorio, deberá directamente descartarla, como ilustra M.G. ROSSI¹⁴⁸. No será una elección válida a efectos del Reglamento, pues debe recordarse que el Reglamento 2016/1103 es un “Reglamento de la UE” y, por tanto, es “obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro de conformidad con los Tratados”. Es preciso que quede claro, que sea diáfano y transparente que los cónyuges conocen, al menos, las líneas fundamentales del contenido de la Ley que eligen como Ley reguladora de su régimen económico matrimonial. Incluso se puede sugerir, con I. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, que los cónyuges tienen derecho a saber cuál es la situación financiera del otro cónyuge porque de ese dato puede depender su decisión de elegir una Ley estatal u otra para regir su régimen económico matrimonial¹⁴⁹. Así, por ejemplo, un ciudadano ruso tiene derecho a saber si su novia española está arruinada y si tiene deudas que nunca podrá pagar ni ella ni él. Del conocimiento de ese dato puede depender su decisión de elegir una ley que establezca un régimen económico matrimonial de gananciales o de separación de bienes, por ejemplo.

No es sencillo optar por la primera o la segunda tesis. En aras de la simplicidad, parece que es posible aceptar que el legislador europeo se ha inclinado de modo explícito por la primera tesis, esto, en favor de la tesis conflictual. Dicha tesis ya permite un profundo control de la elección informada de la ley aplicable, tanto mediante el control de los requisitos de fondo de la existencia y pureza del consentimiento (art. 24 RREM) como de forma (art. 23 RREM). Frente a ello, la segunda tesis no tiene apoyo ex-

¹⁴⁶ R. FARRUGIA, “The future EU Regulation concerning matrimonial property regimes”, en B. CAMPUZANO DÍAZ/M. CZEPELAK/A. RODRÍGUEZ BENOT/M.A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Latest developments in EU private international law*, Intersentia, Cambridge, Antwerp y Portland, 2011, p. 75; B. CAMPUZANO DÍAZ, “The coordination of the EU Regulations on divorce and legal separation with the proposal on matrimonial property regimes”, *Yearbook of Private International Law*, vol. 13, 2011, p. 248; B. AÑOVEROS TERRADAS, “El régimen conflictual de las capitulaciones en los nuevos Reglamentos de la Unión Europea en materia de regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVII, 2017, p. 839.

¹⁴⁷ B. AÑOVEROS TERRADAS, “Autonomía de la voluntad conflictual y sus límites en los nuevos Reglamentos comunitarios en materia de regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas”, en MÓNICA GUZMÁN ZAPATER (DIR.) / CARLOS ESPLUGUES MOTA (DIR.) / MÓNICA HERRANZ BALLESTEROS (COORD.), MARINA VARGAS GÓMEZ-URRUTIA (COORD.), *Persona y familia en el nuevo modelo español de derecho internacional privado*, Tirant lo Blanch, València, 2017, pp. 241-272.

¹⁴⁸ M.G. ROSSI, “Art. 23”, en LUCIA RUGGERI / ROBERTO GARETTO (editors), *European Family Property Relations Article by Article Commentary on EU Regulations 1103 and 1104/2016*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021, pp. 203-209, esp. p. 205.

¹⁴⁹ IGNACIO PAZ-ARES RODRÍGUEZ, “La órbita de la autonomía privada en relación con el matrimonio”, en MÓNICA GUZMÁN ZAPATER (DIR.) / CARLOS ESPLUGUES MOTA (DIR.) / MÓNICA HERRANZ BALLESTEROS (COORD.), MARINA VARGAS GÓMEZ-URRUTIA (COORD.), *Persona y familia en el nuevo modelo español de derecho internacional privado*, Tirant lo Blanch, València, 2017, pp. 189-237, esp. p. 200: “es preciso que el consentimiento se preste sobre la base de un conocimiento claro de todas las consecuencias que el devenir contractual puede originar a las partes”.

preso en el Reglamento. El legislador de la Unión pudo haber optado por la misma con claridad y no lo hizo. Pudo haber expresado que la autoridad competente deberá informar a los cónyuges del sentido de la elección de ley que pretenden llevar a cabo, pero no lo ha hecho así. El art. 26.2 del Reglamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, conocido como Reglamento Bruselas I-bis es diáfano al respecto¹⁵⁰. El precepto citado indica que “*En las materias contempladas en las secciones 3, 4 ó 5, si el demandado es el tomador del seguro, el asegurado, un beneficiario del contrato de seguro, la persona perjudicada, el consumidor o el trabajador, el órgano jurisdiccional se asegurará, antes de asumir la competencia en virtud del apartado 1, de que se ha informado al demandado de su derecho a impugnar la competencia del órgano jurisdiccional y de las consecuencias de comparecer o no*”. Por tanto, puede afirmarse que cuando el legislador de la Unión Europea desea otorgar una facultad propia de control de la elección informada de ley o de tribunal, lo dice de modo expreso y explícito. En el art. 22 RREM tal indicación no existe. La cuestión queda, pues en manos de los arts. 23 y 24 RREM.

ii) Regla especial. La Ley de la residencia habitual con función de protección

102. Indica el art. 24.2 RREM que, no obstante, un cónyuge, para establecer que no ha dado su consentimiento, podrá invocar la ley del país donde tenga su residencia habitual en el momento de sustanciar el asunto ante el órgano jurisdiccional si de las circunstancias resulta que no sería razonable determinar el efecto de su conducta de conformidad con la ley especificada por el art. 24.1 RREM, esto es, por la ley elegida.

Este art. 24.2 RREM procura que quede claro que cada cónyuge ha dado su consentimiento a la elección de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial “de modo informado”. Se trata, precisa I. VIARENGO, de un mecanismo para garantizar la elección informada del Derecho aplicable al régimen económico matrimonial. Los cónyuges deben saber qué Ley eligen y qué dispone dicha Ley¹⁵¹.

103. Esta previsión legal se aplica tanto a la “existencia” del consentimiento como a sus posibles “vicios”, en particular, en los casos de silencio de uno de los cónyuges, a pesar de las dudas al respecto de cierta doctrina¹⁵². Ello significa que cada parte está protegida, frente al Ley hipotéticamente elegida, por la Ley del país de su residencia habitual. De ese modo, si dicha Ley indica que no ha habido consentimiento de los cónyuges en la elección de una concreta Ley reguladora del régimen económico matrimonial, será indiferente lo que establezca la Ley presuntamente elegida por los cónyuges como aplicable al régimen económico matrimonial *ex art. 22 RREM*. Ello es relevante, como se ha avanzado, en casos de silencio del cónyuge. Si la Ley del país de la residencia habitual de uno de los cónyuges considera que el silencio de éste no equivale a su aceptación, así será, con independencia de lo que al respecto establezca la Ley presuntamente elegida *ex art. 22 RREM*, que bien puede ser otra Ley con arreglo a la cual, el silencio equivale a la aceptación del cónyuge en la elección de Ley. El cónyuge que desee podrá invocar este art. 24.2 RREM, que no parece que pueda ser aplicado de oficio por el juez.

104. Dicho lo anterior, hay que convenir, no obstante, con E. ALINA OPREA, que el ámbito práctico real del art. 24.2 RREM es estrecho, angosto y reducido¹⁵³. La explicación es sencilla. Esta disposición legal funciona correctamente en el marco de los contratos internacionales, de donde ha sido tomada. En dicho contexto, son frecuentes los casos de ofertas de contratos que se responden con un

¹⁵⁰ DOUE L 351 de 20 diciembre 2012.

¹⁵¹ I. VIARENGO, “Effetti patrimoniali delle unioni civili transfrontaliere: la nuova disciplina europea”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2018, vol. 54, pp. 33-58, esp. p. 52.

¹⁵² N. JOUBERT, “Le dernière pierre [provisoire?] à l’édifice de droit international privé européen en matière familiale”, *Revue critique de droit international privé*, 2017-1, pp. 1-26.

¹⁵³ E. ALINA OPREA, “Party autonomy and the law applicable to the matrimonial property regimes in Europe”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, vol. 10, núm. 2, pp. 579-596, esp. p. 12.

silencio por la otra parte al mismo tiempo que comienza a ejecutarse el contrato. Sin embargo, en el entorno del régimen económico matrimonial, y vista la exigencia de que la elección de ley aplicable sea efectuada por escrito y firmada, el papel del silencio de una parte es prácticamente inexistente. Si un cónyuge propone al otro elegir una Ley aplicable al régimen económico matrimonial y éste responde con su silencio, la elección de la ley aplicable no habrá sido acordada “por escrito” ni “firmada” y por tanto, será nula de pleno Derecho. Queda el caso, eso sí, de una elección de ley que un cónyuge propone a otro y que está redactada en un idioma que el segundo cónyuge no comprende. Si, pese a ello, este segundo cónyuge firma la propuesta y acepta la Ley aplicable propuesta, podrá posteriormente invocar el art. 24.2 RREM para defender que “no ha dado su consentimiento” con arreglo a la “ley del país donde tenga su residencia habitual”.

105. Surge una cuestión problemática en la mente del jurista cuando se repara en que este art. 24.2 RREM opta por la aplicación de la “ley del país donde el cónyuge tenga su residencia habitual en el momento de sustanciar el asunto ante el órgano jurisdiccional”. En realidad, la existencia y validez del consentimiento debería valorarse con arreglo a la Ley de la residencia habitual del cónyuge en el momento de emitir tal presunto consentimiento y no cuando surge el litigio, como bien apunta P. JIMÉNEZ BLANCO¹⁵⁴. La tesis contraria en favor del momento en el que se sustancia el asunto puede fomentar un *forum shopping*, pues el cónyuge puede trasladar su residencia habitual a un país y plantear después un litigio porque sabe que la Ley de su nueva residencia habitual le beneficia.

g) Capacidad de los cónyuges

106. El art. 1.2.a RREM excluye del Reglamento “la capacidad jurídica de los cónyuges”. Se trata de una exclusión genérica. Ello significa que las normas de conflicto del Reglamento 2016/1103 no se aplican a ninguna cuestión de capacidad relacionada con el régimen económico matrimonial. Por ello, la capacidad de los cónyuges para elegir la Ley aplicable al régimen económico matrimonial es una cuestión que se rige por la Ley estatal designada por las normas de conflicto del Estado cuyos tribunales conocen del asunto. En España, esta cuestión se somete a la Ley nacional de cada cónyuge (art. 9.1 CC)¹⁵⁵. En este sentido cabe afirmar lo que sigue.

En primer lugar, la Ley nacional de cada cónyuge deberá establecer si el matrimonio otorga una plena o una cierta capacidad de obrar, o si produce, de Derecho, la emancipación, como sucede en el caso español (art. 316 CC), o por el contrario, no la produce.

En segundo término, la Ley nacional de la persona debe establecer si una persona es menor de edad y si un menor de edad puede elegir la Ley aplicable a su régimen económico matrimonial. Una Ley extranjera que no atribuya plena capacidad de obrar al cónyuge menor de edad no debe considerarse contraria al orden público internacional español.

En tercer lugar, para que el pacto de elección de Ley aplicable al régimen económico matrimonial resulte válido, ambos cónyuges deben disponer de capacidad para realizar válidamente dicha elección a tenor de sus respectivas leyes nacionales.

En cuarto lugar, el art. 10.8 CC no es aplicable a los pactos de elección de Ley al régimen económico matrimonial, pues dicho precepto exige, para su propia aplicación, que se trate de “contratos onerosos celebrados en España” y los pactos de elección de Ley reguladora del régimen económico matrimonial no pueden considerarse contratos “onerosos”.

¹⁵⁴ P. JIMÉNEZ BLANCO, *Regímenes económicos matrimoniales transfronterizos: Un estudio del Reglamento (UE) n° 2016/1103*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 84.

¹⁵⁵ T. PASCUAL LUJÁN, “El régimen económico matrimonial en la Unión Europea: análisis de la Propuesta de Reglamento comunitario en la materia”, en V. PARDO IRANZO (dir.) *Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea*, Tirant, Valencia, 2016, p. 338. I. VIARENGO, “The EU Proposal on matrimonial property regimes. Some general remarks”, *Yearbook of Private International Law*, vol. 13, 2011, p. 205.

E) Requisitos de forma de la elección de Ley

107. Los cónyuges pueden elegir la Ley de un Estado para regular su régimen económico matrimonial. Para que dicha elección resulte válida, no sólo debe ajustarse a los requisitos materiales recogidos en el art. 24 RREM, sino que además debe realizarse en una forma determinada (art. 23 RREM). Con carácter preliminar, varios datos deben tenerse muy presentes.

En primer lugar, no es posible aplicar las exigencias legales de forma de dicho pacto de elección de ley previstas en el Derecho presuntamente elegido por los cónyuges para regular su régimen económico matrimonial¹⁵⁶. En este punto, el art. 23 RREM se separa, con inmejorable criterio, del art. 10 RR-I. Este precepto exige que los pactos de elección de Ley reguladora de los contratos internacionales respeten las exigencias formales contenidas en la Ley que rige la forma del contrato (art. 11 RR-I). Ello comporta una sobrecarga de exigencias formales que recaen de modo innecesario sobre el pacto de elección de Ley que, incluso, pueden entrar en contradicción con las exigencias formales ya recogidas en el mismo Reglamento Roma I. Además, no resulta frecuente que las Leyes nacionales exijan requisitos de forma sobre los pactos de elección de Ley. Por todo ello, el legislador de la Unión Europea ha hecho muy bien en no requerir que los acuerdos de elección de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial deban ajustarse a los requisitos de forma exigidos por la Ley elegida por los cónyuges.

En segundo lugar, los requisitos de forma recogidos en el art. 23 RREM son requisitos de forma *ad solemnitatem*. Por tanto, si no concurren en el caso específico, dicho acuerdo de elección de ley será nulo de pleno Derecho y no surtirá efectos jurídicos.

En tercer lugar, debe dejarse claro que si los cónyuges eligen una concreta ley aplicable a su régimen económico matrimonial y eligen también un concreto régimen económico matrimonial en el contexto de dicha ley, los requisitos de forma establecidos en el art. 23 RREM sólo se aplican para valorar la validez formal del pacto de elección de Ley, como ha observado E. ALINA OPREA. La Ley estatal reguladora del régimen económico matrimonial, -ley elegida por los cónyuges-, puede establecer otros requisitos de forma exigibles para la validez de la elección de un concreto régimen económico matrimonial. Por ejemplo, si los cónyuges eligen como aplicable a su régimen económico matrimonial el Derecho alemán, dicha elección debe seguir las exigencias formales recogidas en el art. 23 RREM. Si, además de ello, los cónyuges eligen el régimen alemán de capitulaciones matrimoniales, para que dichas capitulaciones sean válidas, será preciso observar las exigencias formales previstas en el Derecho alemán¹⁵⁷.

En cuarto lugar, debe subrayarse que los requisitos formales exigidos por el art. 23 RREM para la validez del acuerdo de elección de ley son de dos tipos: requisitos directos europeos, -directamente establecidos en el Reglamento 2016/1103-, y requisitos nacionales por remisión -que se extraen de ciertas normativas estatales a las que remite el art. 23 RREM, precepto que contiene una norma de conflicto al efecto-.

a) Requisitos formales mínimos “europeos”

i) Acuerdo por escrito, fechado y firmado

108. El art. 23 RREM contiene una serie de requisitos formales del acuerdo de elección de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial (*exigences de forme minimales*)¹⁵⁸.

Se trata, destaca T. VIGNAL, de requisitos mínimos de validez formal *ad solemnitatem*¹⁵⁹. Ello significa que para su validez formal, el pacto de elección de ley debe reunir, como mínimo y de manera necesaria, los requisitos relacionados de modo directo en el art. 23 RREM.

¹⁵⁶ B. AÑOVEROS TERRADAS, “El régimen conflictual de las capitulaciones en los nuevos Reglamentos de la Unión Europea en materia de regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVII, 2017, pp. 839-840.

¹⁵⁷ E. ALINA OPREA, “Party autonomy and the law applicable to the matrimonial property regimes in Europe”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, vol. 10, núm. 2, pp. 579-596 esp. p. 13.

¹⁵⁸ *Vid.* también Cons. 47 RREM.

¹⁵⁹ T. VIGNAL, *Droit international privé*, 5ª ed., Paris, Sirey, 2021, pp. 183-185.

Aparte, como se verá, al pacto de elección de Ley, se le pueden exigir, en su caso, más requisitos de forma establecidos en ciertas Leyes nacionales.

Por tanto, al ser requisitos mínimos europeos de validez formal, su presencia es necesaria para la validez del *pactum de lege utenda*, pero puede que no sea suficiente para dicha validez, apunta P. LAGARDE¹⁶⁰.

Tales requisitos europeos son tres: el acuerdo de elección de ley aplicable al régimen económico matrimonial debe expresarse por escrito, fechado y firmado por ambos cónyuges.

109. a) *El acuerdo de elección de Ley reguladora del régimen económico matrimonial debe realizarse por escrito.* Varios aspectos deben ser subrayados en relación con esta cuestión.

El soporte material en el que el acuerdo aparezca “escrito” es indiferente: puede constar en fax, en papel o en cualquier otro soporte físico o electrónico, precisa M.G. ROSSI¹⁶¹.

El acuerdo puede haber sido escrito a mano o bien escrito por medios mecánicos o electrónicos. De hecho, el art. 23 RREM ya indica que se considerará como escrito “*toda comunicación efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo*”, lo que cubre los intercambios de mensajes electrónicos escritos como e-mails, whatsapps y similares de los que pueda ser posible recabar una prueba fehaciente visible por los cónyuges y por terceros. En estos casos, en efecto, el acuerdo puede constar, por ejemplo, en un intercambio de e-mails o mensajes de whatsapp, es cierto. Pero también es verdad que en tales casos, dichos acuerdos deben estar “firmados”, exigencia que es necesaria para su validez¹⁶².

La exigencia de que la elección de ley conste por escrito impide que se admita una elección en forma oral, aunque ésta pueda probarse, por ejemplo, mediante una grabación o aunque quede acreditada por testigos u otros medios probatorios. Tampoco cabe elegir la Ley aplicable de forma meramente oral aunque posteriormente exista una “confirmación escrita” posterior del acuerdo expedida por uno de los cónyuges que ponga de manifiesto la previa elección oral de la Ley aplicable por los cónyuges.

Sí que debe admitirse una elección por escrito pero contenida en documentos diferentes, como sucede en relación con el Reglamento Roma III (sentencia del Tribunale di Alesandria (Italia) 11 diciembre 2017 [matrimonio entre ciudadanos rumanos]; sentencia del Tribunale di Belluno [Italia] 13 febrero 2014 [matrimonio entre ciudadanos tunecinos residentes en Italia])¹⁶³. No es precisa, por tanto, la unidad documental del pacto de elección de ley reguladora del régimen económico matrimonial.

Más dudas suscita una elección expresa que consta en una grabación de audio de ambos cónyuges. Podría estimarse que, en este caso, existe un registro duradero del acuerdo, de modo que, por medio de una audaz analogía con lo dispuesto en el art. 23.1.II RREM, esta elección de Ley aplicable al régimen económico matrimonial cumpliría con la exigencia de constar “*por escrito*”. Ahora bien, la exigencia de forma escrita por parte del art. 23 RREM es tajante. Aunque exista registro de la grabación del acuerdo de elección de ley, ésta sigue siendo “oral”. Por tanto debe estimarse no válida, pues aunque exista registro o grabación, no ha sido realizada en “forma escrita”. Por otro lado, en relación con la elección de ley realizada en mensajes de audio o grabaciones de voz, es muy difícil que conste la fecha del acuerdo pero es prácticamente imposible que conste la firma de los cónyuges. La única opción de validez sería que la elección de ley constase en audio con la fecha del acuerdo y que, en documento aparte, los cónyuges firmaran un documento en el que hicieran constar su conformidad con la elección de Ley efectuada en audio. De todos modos, tampoco cumpliría con la exigencia de “forma escrita”, razón por la que esta opción debe estimarse rechazada por el art. 23 RREM.

¹⁶⁰ P. LAGARDE, “Règlements 2016/1103 et 1104 du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et sur le régime patrimonial des partenariats enregistrés”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, LII, 3, 2016, pp. 676-686, esp. p. 683.

¹⁶¹ M.G. ROSSI, “Art. 23”, en LUCIA RUGGERI / ROBERTO GARETTO (editors), *European Family Property Relations Article by Article Commentary on EU Regulations 1103 and 1104/2016*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021, pp. 203-209, esp. p. 206.

¹⁶² *Vid.* nota anterior, esp. p. 209.

¹⁶³ Sentencia del Tribunale di Alesandria [Italia] de 11 diciembre 2017, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2019, pp. 618-619; sentencia del Tribunale di Belluno [Italia] de 13 febrero 2014 *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2016, pp. 832-833.

110. b) Dicho acuerdo debe estar fechado. La forma en la que se exprese la fecha es libre: números romanos, arábigos, en letras de alfabeto latino u otro alfabeto. Sin embargo, la fecha debe constar en el documento o documentos donde figura el consentimiento de los cónyuges por escrito, esto es, donde consta su firma, y no en un documento separado. La declaración de voluntad de cada cónyuge puede llevar una fecha diferente y constar en documentos separados, una en un documento y la otra en un documento distinto¹⁶⁴. En el caso de existir dos documentos, uno por cada cónyuge, no es preciso que en ambos conste la misma fecha. La exigencia de fecha en el acuerdo permite valorar la capacidad de los cónyuges al elegir la ley aplicable a su régimen económico matrimonial. Por ejemplo, así queda claro que el cónyuge era mayor de edad cuando consintió, pues la capacidad debe valorarse en el momento de prestar el consentimiento a la aplicación de una concreta Ley al régimen económico matrimonial.

Por otro lado, no es necesario que el documento o documentos donde se refleje el acuerdo de elección de ley cuente con una referencia al lugar donde se ha firmado¹⁶⁵. Ello es así porque, desde el punto de vista del Reglamento, el lugar donde se produce o estampa la firma o donde se estima concluido el acuerdo no tiene ninguna relevancia legal. La regla *locus regit actum* no opera en relación con este acuerdo de elección de ley ni para evaluar su validez formal ni sustancial. Finalmente, el lugar físico concreto del documento donde figure la fecha es irrelevante. Puede constar en el encabezado, a mitades del texto o al final. No debe ser reglas fijas al respecto.

111. c) Dicho acuerdo debe aparecer firmado por ambos cónyuges. Cabe emplear la firma manuscrita, así como la firma electrónica si la misma permite comprobar de modo fehaciente la identidad del cónyuge firmante.

No es preciso que conste el nombre y apellidos enteros de los cónyuges ni sus números oficiales de identidad ni debe aportarse copia oficial o privada de los mismos en el documento que contiene el acuerdo de elección de ley. Sin embargo, la sola firma de un cónyuge, sin referencia alguna a la identidad del mismo, exigirá una evaluación caligráfica realizada por un experto que acredite que la firma corresponde a ese concreto cónyuge.

Tampoco es preciso que, en el documento que contiene el acuerdo de elección de ley, conste la nacionalidad de los cónyuges y/o su estado civil. No es necesario, para la validez del acuerdo de elección de ley, que se haga constar tampoco en el mismo el país lugar de residencia habitual de los cónyuges, pero es aconsejable porque la ley de dicho país puede ser aplicable a ciertos requisitos de forma del acuerdo.

112. El Reglamento 2016/1103 no exige ningún otro requisito formal aparte de los tres anteriormente nombrados.

Así, no es preciso que la elección de Ley tenga lugar en un documento o instrumento público o ante notario, juez o autoridad similar, del mismo modo que sucede en relación con la elección de la Ley aplicable al divorcio en el contexto del Reglamento Roma III, observa P. HAMMJE¹⁶⁶.

Tampoco puede exigirse que la elección de Ley se realice por cónyuges que estén presentes en el mismo país o lugar ni que se lleve a cabo en un idioma determinado, ni que, en el pacto de elección de Ley, los cónyuges hayan estado asesorados legalmente por abogados u otros profesionales del Derecho.

113. Las exigencias de forma requeridas al pacto de elección de ley persiguen diversos objetivos.

En primer lugar, se trata de facilitar la prueba, ante una autoridad de un Estado miembro, de la existencia del acuerdo sobre la Ley aplicable al régimen económico matrimonial.

En segundo lugar, y como directa consecuencia de lo anterior, se facilita el acceso a la Justicia por parte de ambos cónyuges. Como señala M. G. ROSSI, un cónyuge dispone de mayores posibilidades

¹⁶⁴ MARIA GABRIELLA ROSSI, "Art. 23", en LUCIA RUGGERI / ROBERTO GARETTO (editors), *European Family Property Relations Article by Article Commentary on EU Regulations 1103 and 1104/2016*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021, pp. 203-209, esp. p. 206.

¹⁶⁵ *Vid.* la obra citada en la nota anterior, esp. p. 206.

¹⁶⁶ P. HAMMJE, «Le nouveau règlement (UE) n°1259/2010 du conseil du 20 décembre 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps», *Revue critique de droit international privé*, 2011, pp. 291-338.

de defender su posición jurídica ante los tribunales y autoridades si cuenta con un acuerdo de elección de ley que consta por escrito, que está firmado y fechado, acuerdo cuya autenticidad y cuya validez es difícil discutir¹⁶⁷.

En tercer lugar, estas exigencias formales permiten revestir de ciertas cautelas la elección de la Ley aplicable al divorcio / separación judicial, ya que las consecuencias jurídicas de dicha elección son muy relevantes. La exigencia de que la elección de ley conste por escrito, esté fechada y firmada asegura que los cónyuges son conscientes de dicha elección de Ley y que comprenden lo que firman y que están perfectamente informados de las consecuencias de su decisión al respecto. Estas exigencias de forma refuerzan la presencia de una elección informada de la ley aplicable.

En cuarto lugar, con estas exigencias de forma se trata de evitar que la elección de la Ley reguladora del régimen económico matrimonial sea consecuencia de una imposición de un cónyuge sobre el otro, apunta M. VINAIXA MIQUEL¹⁶⁸. De igual modo, se impide que la ley elegida sea el resultado de una imposición de un tercero, como los padres, otros miembros de la familia, parientes o personas con ascendencia moral sobre un cónyuge, sobre un cónyuge o sobre ambos cónyuges.

ii) La cuestión de la elección tácita de la Ley aplicable

114. La Ley aplicable al régimen económico matrimonial puede realizarse de forma expresa. Por ejemplo, un acuerdo escrito de los cónyuges en el que se indique que “*el régimen económico matrimonial queda sujeto al Derecho español*” constituye una elección expresa y por escrito, y en consecuencia, válida, de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial. La forma expresa debe formularse, en todo caso, por escrito. Una elección expresa pero realizada de forma oral es nula si no queda constancia de la misma a través de una “*comunicación efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo*”. Así, una elección expresa de la ley aplicable al régimen económico matrimonial que consta en e-mails, en un intercambio de cartas manuscritas, en mensajes escritos de whatsapp o similares, debe considerarse formalmente válida en lo que se refiere a la exigencia de que la elección de Ley conste “por escrito”, como antes se ha indicado.

115. El art. 22 RREM exige que la elección de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial tenga lugar “*por escrito*” y que recaiga sobre una de las Leyes estatales a las que se refiere dicho precepto. Es preciso llevar a cabo un análisis detallado de dicha disposición para descubrir si es posible, en su contexto, admitir la elección expresa, tácita o implícita y la elección hipotética o presunta de la Ley reguladora del régimen económico matrimonial.

En primer lugar, debe subrayarse que “forma escrita” no equivale a “forma expresa”. Una elección implícita de la Ley aplicable puede, perfectamente, constar por escrito y eso es suficiente para que quede cumplida la exigencia recogida en el art. 23 RREM de la “forma escrita”.

En segundo término, en consecuencia con lo anterior, puede afirmarse que es posible elegir la Ley aplicable al régimen económico matrimonial de forma implícita, siempre que se lleve a cabo por escrito, el acuerdo esté fechado y aparezca debidamente firmado por los cónyuges. Ejemplo: “*el régimen económico matrimonial se regirá por la Ley del país en el que actualmente residen los cónyuges*”. Si ambos tiene su residencia habitual en Roma, la Ley italiana es la ley válidamente elegida por los cónyuges para regular su régimen económico matrimonial. Por tanto, si la elección de Ley de manifiesta por escrito y recae sobre una de las Leyes susceptibles de elección por los cónyuges, será válida, aunque se trate de una elección implícita o tácita.

¹⁶⁷ MARIA GABRIELLA ROSSI, “Art. 23”, en LUCIA RUGGERI / ROBERTO GARETTO (editors), *European Family Property Relations Article by Article Commentary on EU Regulations 1103 and 1104/2016*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021, pp. 203-209, esp. p. 205.

¹⁶⁸ M. VINAIXA MIQUEL, “La autonomía de la voluntad en los recientes reglamentos UE en materia de regímenes económico matrimoniales (2016/1103) y efectos patrimoniales de las uniones registradas (2016/1104), en *El orden público interno, europeo e internacional civil*, Acto en homenaje a la Dra. Núria Bouza Vidal, *InDret*, 2017, pp. 274-313, esp. p. 294.

En tercer lugar, debe hacer constar que algunos autores, -como es el caso de S. CABRILLAC-, han sostenido que, sobre la base del Cons. 46 RREM, sólo debería aceptarse una elección de ley en forma expresa, pues dicho considerando alude a una “*manifestación expresa de la voluntad de las partes*”¹⁶⁹. El argumento es inteligente y se apoya en la necesaria claridad de la elección de Ley¹⁷⁰. Sin embargo, la letra del art. 22 RREM favorece la validez de una elección implícita de la ley aplicable al régimen económico matrimonial. Además, el legislador europeo podría haber exigido una voluntad expresa en el art. 22 RREM y no lo hizo. Por otro lado, añade P. JIMÉNEZ BLANCO, el art. 24.2 RREM arranca de la idea de que es posible un asentimiento tácito a una elección de Ley propuesta por un cónyuges a otro¹⁷¹. Este argumento milita a favor de considerar posible una elección tácita o implícita de la ley reguladora del régimen económico matrimonial.

En cuarto lugar, otros expertos legales han sostenido, -ciertamente que sin mucha convicción ni sistema-, que la dicción del art. 26.3 RREM comporta la imposibilidad de elección implícita de la ley aplicable al régimen económico matrimonial. El citado precepto recogería una elección implícita de la ley aplicable en favor de la ley de la última residencia habitual de los cónyuges. De ese modo, se dice, el Reglamento 2016/1103 admitiría esta elección implícita de la Ley aplicable sólo en el marco de dicha disposición y no en el contexto del art. 22 RREM. Frente a ello cabe sostener que el art. 26.3 RREM no presenta un alcance general. Regula un caso excepcional y no puede de ella inferirse que el Reglamento sea contrario a la elección implícita de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial efectuada por escrito. Además, el art. 26.3 RREM no admite ni acoge, en verdad, una elección implícita de la Ley aplicable, sino que simplemente deja constancia de la relevancia jurídica del hecho de que los cónyuges han ajustado, *de facto*, su economía matrimonial a una determinada Ley estatal. Por tanto, este razonamiento no resulta suficiente para negar la posibilidad de elección tácita o implícita de la ley reguladora del régimen económico matrimonial.

116. Son posibles distintos modos de elección implícita de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial, comenta con acierto S. MARINO¹⁷².

En primer lugar, cabe una elección implícita mediante una designación mediata. Así, por ejemplo, cabe indicar, por escrito, en un contrato matrimonial, que “*los cónyuges eligen como Ley aplicable a su régimen económico matrimonial la Ley de su nacionalidad común en la fecha presente*”. Si ambos, en tal momento, ostentaban la nacionalidad turca, la elección de la Ley turca es implícita, pero es clara y se ha efectuado por escrito. Por tanto, debe considerarse válida.

En segundo lugar, cabe una elección implícita mediante copia de la legislación elegida. Ésta se produce cuando los cónyuges “copian” en su contrato o acuerdo matrimonial, la regulación del régimen económico matrimonial recogida en una concreta legislación estatal. Es frecuente, en este caso, que se incluyan referencias concretas a disposiciones legales específicas de dicha ley. La elección de Ley es implícita, pero es también clara y debe considerarse válida. Como se ha indicado antes, los casos dudosos, -en los que se duda si existe una elección de ley implícita o una mera incorporación por referencia de contenidos materiales tomados de una Ley estatal concreta-, no pueden ser calificados como elección de ley, sino como una redacción de pactos privados materiales entre los cónyuges, cuya validez está sujeta a la ley que rige el régimen económico matrimonial *ex art. 26 RREM*.

¹⁶⁹ Cons. 46 RREM: “*Para garantizar la seguridad jurídica de las transacciones y prevenir cualquier modificación de la ley aplicable al régimen económico matrimonial sin notificación a los cónyuges, no debe cambiarse la ley aplicable al régimen económico matrimonial sin la manifestación expresa de la voluntad de las partes...*”.

¹⁷⁰ S. CABRILLAC, “First applications of European regulations no 2016/1103 and no 2016/1104 of 24 June 2016 in French law”, en MARÍA JOSÉ CAZORLA GONZÁLEZ / LUCIA RUGGERI (editors), *Cross-border couples property regimes in action before courts. Understanding the EU Regulations 1103 and 1104/2016 in practice*, Madrid, Ed. Dykinson, 2022, pp. 155-160, esp. p. 158.

¹⁷¹ P. JIMÉNEZ BLANCO, *Regímenes económicos matrimoniales transfronterizos: Un estudio del Reglamento (UE) n° 2016/1103*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 80-82.

¹⁷² S. MARINO, “Strengthening the European Civil Judicial Cooperation: the patrimonial effects of family relationships”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2017, pp. 265-284, esp. p. 279; P. WAUTELET, “What’s Wrong with Article 22? The Unsolved Mysteries of Choice of Law for Matrimonial Property”, *Yearbook of private international law*, vol. XIX, 2017-2018, esp. p. 220.

En tercer lugar, los cónyuges pueden optar, de manera directa, por un concreto régimen económico matrimonial existente en una Ley estatal específica. Por ejemplo, pueden declarar: “*el régimen económico matrimonial será el régimen de participación en las ganancias propio del Derecho alemán*”. Surge la duda de saber si una declaración como la anterior constituye una elección de Ley en el contexto del art. 22 RREM. Para responder a la cuestión debe tenerse presente, indica E. ALINA OPREA, que el Cons. 18 RREM permite con claridad que los cónyuges elijan como aplicable un concreto régimen económico matrimonial existente en una Ley estatal y les permite también que redacten su propio régimen económico matrimonial *taylor-made*, esto es, “*las normas opcionales que los cónyuges puedan acordar de conformidad con el Derecho aplicable, así como cualesquiera normas por defecto del Derecho aplicable*”¹⁷³. En consecuencia, la respuesta debe ser afirmativa: los cónyuges pueden optar por un concreto régimen económico matrimonial previsto y regulado por un determinado Derecho estatal y ello debe ser calificado como una válida elección de ese Derecho estatal como Ley aplicable al régimen económico matrimonial. Ese ordenamiento jurídico decidirá, también, si la opción concreta por ese preciso régimen económico matrimonial es válida o no.

En cuarto lugar, los cónyuges pueden hacer alcanzado acuerdos en los que se hace referencia a instituciones, conceptos o mecanismos legales propios de un sistema jurídico inequívoco: el *trust* anglosajón, el *fondo patrimoniale* italiano, etc. En tal caso existe una designación implícita, pero clara, del Derecho que las partes han querido hacer aplicable a su régimen económico matrimonial. Consta por escrito y por tanto, debe considerarse una válida elección de la ley aplicable al régimen económico matrimonial, como hace notar E. BAZZO¹⁷⁴.

Estas múltiples valencias de la autonomía de la voluntad conflictual, en expresión de E. ALINA OPREA, son posibles. Todas ellas constituyen válidas elecciones de ley aplicable al régimen económico matrimonial hechas “*por escrito*”. No obstante, el juez competente debe acreditar si que estos cuatro tipos de elección implícita de la ley aplicable al régimen económico matrimonial transparentan la clara e inequívoca voluntad de las partes de sujetar el mismo a una concreta Ley estatal¹⁷⁵. En caso de respuesta positiva, dicha Ley estatal debe aplicarse *ex art. 22 RREM*.

117. Los cónyuges deben ser conscientes de cuál es la Ley estatal que eligen para regular su régimen económico matrimonial así como del contenido sustancial de dicha Ley. Es el principio de la “elección informada” de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial por parte de ambos cónyuges, al que antes se ya se ha hecho referencia. Por tanto, como acentúa correctamente J. RODRÍGUEZ RODRIGO, debe exigirse que la designación de la ley aplicable al régimen económico matrimonial efectuada por los cónyuges se pueda concretar, en dicho momento, en favor de la Ley de un concreto Estado. En tal sentido, no se puede tener una información sobre una Ley que no se sabe cuál es. Así, por ejemplo, si los cónyuges indican que se aplicará al régimen económico matrimonial la Ley del país de la residencia habitual del cónyuge demandante, la elección es implícita pero no se puede saber cuál es el Estado cuya ley ha sido elegida, porque no se sabe, todavía, cuál será el cónyuge demandante. Es una elección implícita pero indeterminada o flotante de la ley aplicable al régimen económico matrimonial. En consecuencia, los cónyuges no han podido informarse de una Ley que era imposible concretar cuál era. No es, pues, una elección informada de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial y no será válida.

118. La autoridad competente no puede inferir de las circunstancias del litigio o de la situación jurídica que las partes han elegido de modo implícito una determinada Ley estatal para regir su régimen

¹⁷³ ELINA ALINA OPREA, “Party autonomy and the law applicable to the matrimonial property regimes in Europe”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, vol. 10, núm. 2, pp. 579-596.

¹⁷⁴ E. BAZZO, “Art. 22”, en LUCIA RUGGERI / ROBERTO GARETTO (editors), *European Family Property Relations Article by Article Commentary on EU Regulations 1103 and 1104/2016*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021, pp. 193-202, esp. p 197: “*However, the necessity to ensure legal certainty requires that the choice must be done, if not expressly, in an implicit, but univocal way. For example, parties can refer to a particular legal concept of a national legislation, as it can be the ‘fondo patrimoniale’ for the Italian system, and this can imply that they have wanted to choose the Italian law as the applicable one*”.

¹⁷⁵ E. ALINA OPREA, “Party autonomy and the law applicable to the matrimonial property regimes in Europe”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, vol. 10, núm. 2, pp. 579-596, esp. p. 12.

económico matrimonial, expone S. MARINO¹⁷⁶. La elección implícita de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial sólo es posible si la designación de la Ley aplicable se realiza por escrito, está fechada y firmada por los cónyuges y recae en favor de una Ley estatal de las contempladas en el art. 22 RREM. Este punto es importante. En efecto, como ha advertido U.P. GRUBER, en el ámbito de los contratos internacionales, sí que es posible deducir la elección tácita de la Ley aplicable al contrato del “*las circunstancias del caso*”, esto es, de los comportamientos fácticos de los contratantes, como el modo en el que realizan el pago, en el que entregan las mercancías, en el que pagan intereses por mora y otros elementos similares (art. 3.1.II RR-I)¹⁷⁷. Por el contrario, el art. 22 RREM no permite deducir, del comportamiento de los cónyuges y de los datos y circunstancias de la situación jurídica de los mismos, que éstos han elegido una ley estatal concreta para regular su régimen económico matrimonial. Esta posibilidad debe ser radicalmente negada.

119. No produce efectos jurídicos, por otra parte, la llamada “elección presunta” de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial. Es decir, el juez no puede declarar aplicable una Ley estatal concreta con el argumento de que dicha Ley es la que unos concretos cónyuges hubieran elegido como Ley reguladora de su régimen económico matrimonial si se hubieran planteado la cuestión de la Ley que debería regir su régimen económico matrimonial. Tampoco resulta relevante la llamada “elección presunta del hombre medio”, esto es, la Ley aplicable que, según el juez, hubiera elegido un “hombre medio” (“*reasonable man*” / “buen padre de familia”) si se hubiera planteado la cuestión.

b) Requisitos formales adicionales “nacionales”

120. En primer lugar, si la ley del Estado miembro en el que ambos cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del acuerdo establece requisitos formales adicionales para las capitulaciones matrimoniales, dichos requisitos serán de aplicación (art. 23.2 RREM).

121. En segundo lugar, si los cónyuges tienen su residencia habitual en distintos Estados miembros en el momento de la celebración del acuerdo y las leyes de ambos Estados disponen requisitos formales diferentes para las capitulaciones matrimoniales, el acuerdo será formalmente válido si cumple los requisitos de una de las dos leyes (art. 23.3 RREM).

122. En tercer lugar, si, en la fecha de celebración del acuerdo, solo uno de los cónyuges tiene su residencia habitual en un Estado miembro y la ley de ese Estado establece requisitos formales adicionales para las capitulaciones matrimoniales, dichos requisitos serán de aplicación (art. 23.4 RREM).

123. Estos requisitos de forma nacionales son “adicionales”. Se exige que el pacto de elección de Ley cumpla, necesariamente, para su validez, con los requisitos europeos contenidos en el art. 23 RREM. Los requisitos nacionales de forma del pacto de elección de ley, pues, indica M.G. ROSSI, se añaden, en su caso, a los requisitos de forma europeos¹⁷⁸.

124. Puede resultar extraña esta remisión en favor de las formalidades exigidas por la “Ley del Estado miembro participante en el que ambos cónyuges tengan su residencia habitual”.

La exigencia de observancia de estos requisitos adicionales de forma establecidos en la Ley de un Estado miembro participante se explica porque, con frecuencia, los Estados miembros participantes disponen de exigencias formales *ad solemnitatem* que deben cumplir las capitulaciones matrimoniales

¹⁷⁶ S. MARINO, *I rapporti patrimoniali della famiglia nella cooperazione giudiziaria civile dell’Unione europea*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, pp. 113-114.

¹⁷⁷ U.P. GRUBER, “Die konkludente Rechtswahl im Familienrecht (KG, S. 71)“, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2014-1, pp. 53-57, crítico con la jurisprudencia germana en este sector.

¹⁷⁸ M.G. ROSSI, “Art. 23”, en LUCIA RUGGERI / ROBERTO GARETTO (editors), *European Family Property Relations Article by Article Commentary on EU Regulations 1103 and 1104/2016*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021, pp. 203-209, esp. p. 207.

o los pactos matrimoniales en las que pueden incluirse estos acuerdos de elección de Ley reguladora del régimen económico matrimonial. En realidad, todos los Estados de la Unión exigen formas solemnes para las capitulaciones matrimoniales, esto es, su otorgamiento ante fedatarios públicos. Tan sólo Suecia y Chipre permiten su redacción en documentos privados que, no obstante, deben ser posteriormente inscritos en registros oficiales, recuerda M.G. Rossi¹⁷⁹.

De ese modo, si el Estado miembro participante del que se trate dispone de exigencias formales para estas capitulaciones matrimoniales y similares, tales requisitos de forma son también aplicables a los acuerdos de elección de Ley reguladora del régimen económico matrimonial. Estas exigencias nacionales de forma, suplementarias, deben observarse tanto en el caso de que el acuerdo de elección de Ley se incluya materialmente en las capitulaciones matrimoniales o similares como en el supuesto de que el acuerdo de elección de Ley aplicable al régimen económico matrimonial se haya concluido de manera independiente y separada.

125. La preferencia por la Ley del Estado miembro participante correspondiente a la residencia habitual de los cónyuges se explica por dos razones: (a) En la mayoría de los casos, los convenios, acuerdos, contratos o pactos matrimoniales se regirán, tanto en su forma como en su fondo, por la Ley del Estado de la residencia habitual de los cónyuges. Por ello, al exigir que la forma del acuerdo de elección de Ley aplicable al régimen económico matrimonial se adapte a las exigencias formales de la Ley de la residencia de los cónyuges, estos acuerdos de elección de Ley no resultan ser menos rigurosos, desde el punto de vista formal, que los contratos, pactos, convenios o capitulaciones matrimoniales; (b) Por otro lado, como se aprecia, la forma solemne de estos acuerdos exigida por la Ley de un Estado miembro participante en el Reglamento 2016/1103 sólo debe observarse en el caso de que los cónyuges, o uno de ellos, tenga su residencia habitual, efectivamente, en un “Estado miembro participante”. Ello es así, también, por una razón fuertemente vinculada a la soberanía estatal, esto es, al deseo de estos Estados miembros participantes de no “perder el control” de los requisitos de forma de los pactos, contratos o acuerdos matrimoniales que se celebran por personas que residen en su territorio. De ese modo, además, todo tipo de acuerdo matrimonial, incluido el acuerdo de elección de Ley reguladora del régimen económico matrimonial, deberá observar las mismas exigencias formales. Así, los acuerdos de elección de Ley reguladora del régimen económico matrimonial no serán de mejor condición jurídica que el resto de acuerdos, pactos o contratos matrimoniales desde el punto de vista de las exigencias de forma.

El Derecho español carece de una regulación específica sobre los requisitos formales exigidos a los pactos de elección de Ley reguladora del régimen económico matrimonial. Ahora bien, estos pactos de elección de ley reguladora del régimen económico matrimonial, en el caso de que los cónyuges tengan su residencia habitual en España, deben cumplir con las exigencias formales adicionales previstas y exigidas por el art. 1380 CC para las capitulaciones matrimoniales.

126. El art. 23 RREM sólo contempla la posibilidad de aplicar las exigencias formales previstas en la Ley de la residencia habitual de los cónyuges. Esta previsión suscita dos reflexiones críticas.

En primer lugar, ningún papel se concede a la Ley del país al que pertenece el notario autorizante, en su caso, de unas capitulaciones matrimoniales en las que se incluye un acuerdo de elección de Ley. Esto es, la Ley del Estado donde se celebra el pacto de elección de Ley no presenta ningún relieve en la regulación de la forma del *pactum de lege utenda*. La regla *locus regit actum* no opera en este art. 23 RREM¹⁸⁰. Ello puede comportar que las escrituras notariales válidamente otorgadas exclusivamente

¹⁷⁹ *Vid.* la obra citada en la nota anterior, esp. p. 207.

¹⁸⁰ ELINA ALINA OPREA, “Party autonomy and the law applicable to the matrimonial property regimes in Europe”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, vol. 10, núm. 2, pp. 579-596, esp. p. 13. V. M. Buschbaum, U. Simon, “Les propositions de la Commission européenne relatives à l’harmonisation des règles de conflit de lois sur les biens patrimoniaux des couples mariés et des partenariats enregistrés”, *Rev. Crit. DIP*, 2011, p. 801, sp. p. 805-806. I. BARRIÈRE-BROUSSE, “Le patrimoine des couples internationaux dans l’espace judiciaire européen: les règlements européens du 24 juin 2016 relatifs aux régimes matrimoniaux et aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés”, *Journal de droit international Chunet*, 2017, pp. 485-514, esp. p. 497.

con arreglo a los requisitos formales de la ley del país donde han sido otorgadas, resultan nulas desde el punto de vista formal, lo que ha sido criticado por autorizada doctrina¹⁸¹.

En segundo lugar, este art. 23 RREM resulta ser un tanto euro-chauvinista, pues se olvida del carácter universal del Reglamento y solo defiende la regulación de la forma *ad solemnitatem* de las capitulaciones matrimoniales prevista en la Ley de los Estados miembros. En esta línea, Ello explica también que el Reglamento 2016/1103 sea, en este aspecto, totalmente indiferente a los requisitos de forma adicionales que puedan establecer los Estados no participantes en el mismo, Estados cuya soberanía legal no se protege en un Reglamento en el que no participan. En particular, comenta P. LAGARDE, los notarios italianos solicitaron que esta regla se incluyese en el Reglamento 2016/1103 para evitar que los cónyuges con residencia habitual en Italia firmasen pactos privados de elección de ley aplicable al régimen económico matrimonial en países cuyas leyes permiten tales pactos¹⁸².

127. Esta mezcla de requisitos europeos y requisitos nacionales no resulta muy afortunada. Complica la precisión de los concretos requisitos formales exigibles, que pueden cambiar según el caso y según el país de residencia habitual de los cónyuges, tal y como describe P. FRANZINA¹⁸³. Refleja, en definitiva, que resultó imposible que los Estados miembros participantes en el Reglamento 2016/1103 llegaran a un acuerdo relativo a los requisitos formales uniformes y únicos, -y europeos-, del acuerdo de elección de Ley.

F) La elección de ley en el tiempo

128. Los cónyuges pueden elegir la ley reguladora de su régimen económico matrimonial en todo momento: antes del matrimonio, en el momento de la celebración del matrimonio o durante el matrimonio. El art. 22 RREM no indica nada al respecto pero el Cons. 45 REM sí que afirma que la elección de la ley aplicable al régimen económico matrimonial “*se podrá realizar en todo momento, antes del matrimonio, en el momento de la celebración del matrimonio o durante el matrimonio*”.

La posibilidad de elegir la ley en todo momento, incluso antes de la celebración del matrimonio, refleja que el legislador europeo considera que la autonomía de la voluntad conflictual es el mejor criterio para precisar la ley que debe regir un régimen económico matrimonial. Se puede decir que, con dicha flexibilidad en el tiempo, tal y como expresa S. COSCARELLI, el legislador europeo estimula, promueve y fomenta que los cónyuges hagan uso de la facultad prevista en el art. 22 RREM de elegir la ley reguladora de su régimen económico matrimonial¹⁸⁴.

Esta regla permite que los cónyuges adapten su elección de ley a las cambiantes circunstancias de su vida y economía matrimonial en un mundo globalizado en el que los bienes y los capitales traspasan las fronteras con suma facilidad. Así, un matrimonio formado por esposa francesa y marido español con residencia habitual en España que cambia dicha residencia habitual a Italia pueden, desde el momento en el que tienen ambos su nueva residencia habitual en Italia, elegir la ley de dicho país para regir su régimen económico matrimonial. Si el marido adquiere la nacionalidad inglesa, pueden cambiar, desde ese momento, la Ley aplicable a su régimen económico matrimonial y elegir, a tal efecto, la Ley inglesa.

¹⁸¹ P. LAGARDE, “Règlements 2016/1103 et 1104 du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et sur le régime patrimonial des partenariats enregistrés”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2016, pp. 676-686, esp. p. 682.

¹⁸² *Vid.* la obra citada en la nota anterior, p. 685.

¹⁸³ P. FRANZINA, «The law applicable to divorce and legal separation under regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 december 2010», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011-II, pp. 85-129; P. FRANZINA, «L'autonomia della volontà nel regolamento sui conflitti di leggi in materia di separazione e divorzio», *Rivista di Diritto internazionale*, 2011-2, pp. 488-496.

¹⁸⁴ SALVATORE COSCARELLI, “Article 26. Applicable law in the absence of choice by the parties”, en LUCIA RUGGERI / ROBERTO GARETTO (editors), *European Family Property Relations Article by Article Commentary on EU Regulations 1103 and 1104/2016*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021, pp. 210-217, esp. p. 227-246, esp. p. 233.

a) Momento de la elección de Ley

129. Del anterior principio favorable a una libertad en el tiempo para elegir la ley reguladora del régimen económico matrimonial se derivan consecuencias importantes.

En primer lugar, los cónyuges pueden acordar la ley aplicable al régimen económico matrimonial antes de la celebración del matrimonio bien dentro de un acuerdo prematrimonial o bien de modo separado.

En segundo lugar, los cónyuges no pueden elegir la Ley reguladora del régimen económico matrimonial cuando el matrimonio se haya disuelto, aunque todavía no se haya liquidado el régimen económico matrimonial, como bien precisa E. BAZZO¹⁸⁵. En ese momento ya no son los “cónyuges”.

En tercer lugar, los cónyuges pueden elegir la ley reguladora de su régimen económico matrimonial dentro de los límites impuestos por el Derecho procesal del Estado cuyas autoridades conocen del caso lo admite, durante el proceso de separación legal, nulidad o divorcio, en su caso.

En cuarto lugar, los cónyuges pueden elegir la ley aplicable a su régimen económico matrimonial en el momento de celebración de su matrimonio y/o de inscripción registral del mismo.

b) Cambio de la elección de Ley

130. Los cónyuges pueden modificar una elección de Ley aplicable al régimen económico matrimonial ya realizada anteriormente o alterar la ley aplicable al régimen económico matrimonial mediante una elección tardía de la ley aplicable. En tal sentido, varias posibilidades son factibles.

En primer término, los cónyuges pueden elegir una ley para regular su régimen económico matrimonial y, más tarde, cambiarla en favor de otra ley. En el caso de cambiar la ley aplicable al régimen económico matrimonial, como muy bien destaca H. MOTA, surgen problemas con las leyes de aquellos Estados que establecen un régimen económico matrimonial inmutable durante todo el matrimonio. Es el caso del Derecho argentino y el caso del art. 1714 CC de Portugal, en ciertos casos, subraya M. VINAIXA MIQUEL¹⁸⁶. En estos supuestos, la ley nueva elegida por los cónyuges es la que indicará si es posible cambiar de régimen económico matrimonial. Así se deriva del art. 22 RREM¹⁸⁷. Si la ley anterior no permite el cambio, dicha rigidez no impedirá que los cónyuges elijan otra nueva ley si este segundo ordenamiento sí admite cambiar de régimen económico matrimonial. También cabe elegir la Ley aplicable al régimen económico matrimonial antes de celebrarse el matrimonio y cambiarla antes de la fecha del enlace. En tal caso, por motivos obvios, la primera elección de ley no surte efectos jurídicos.

En segundo lugar, los cónyuges pueden configurar un sistema de cambio automático de la ley aplicable al régimen económico matrimonial. Pueden, en dicho sentido, elegir varias leyes reguladoras del régimen económico matrimonial para diferentes períodos de tiempo del matrimonio. Así, por ejemplo, pueden elegir como Ley aplicable al régimen económico matrimonial la Ley del Estado A para todos los actos jurídicos que tengan lugar durante los diez primeros años de matrimonio y la Ley del Estado B para los actos con relevancia económica que tienen lugar tras dicho momento.

En tercer lugar, pueden los cónyuges, simplemente, derogar de modo radical una elección de Ley hecha con anterioridad y guardar silencio sobre la ley aplicable a su régimen económico matrimo-

¹⁸⁵ ELEONORA BAZZO, “Art. 22”, en LUCIA RUGGERI / ROBERTO GARETTO (editors), *European Family Property Relations Article by Article Commentary on EU Regulations 1103 and 1104/2016*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021, pp. 193-202, esp. p. 196: “It can also be possible that the choice is made in order of a procedure of divorce or dissolution of the partnership, but however it has to be concluded when the relationship is still lasting”.

¹⁸⁶ M. VINAIXA MIQUEL, “La autonomía de la voluntad en los recientes reglamentos UE en materia de regímenes económicos matrimoniales (2016/1103) y efectos patrimoniales de las uniones registradas (2016/1104), en *El orden público interno, europeo e internacional civil*, Acto en homenaje a la Dra. Núria Bouza Vidal”, *InDret*, 2017, pp. 274-313, esp. p. 295.

¹⁸⁷ HELENA MOTA, “La armonización de la ley aplicable a los regímenes matrimoniales en la Unión Europea. The long and winding road”, en Mónica Guzmán Zapater (dir.) / Carlos Esplugues Mota (dir.) / Mónica Herranz Ballesteros (coord.), *Marina Vargas Gómez-Urrutia (coord.)*, *Persona y familia en el nuevo modelo español de derecho internacional privado*, Tirant lo Blanch, València, 2017, pp. 273-284, esp. pp. 283-284; M.L. Revillard, «Les changements de régimes matrimoniaux dans l'ordre international», *TCFDIP*, 1997-1998, 1999, pp. 265-282.

nial. Se trata de una cláusula de semi - *exclusio juris*, señala E. BAZZO¹⁸⁸. Los cónyuges, simplemente, derogan la elección de ley aplicable al régimen económico matrimonial. En tal caso, el régimen económico matrimonial se regirá por la Ley del Estado al que conducen los puntos de conexión objetivos previstos en el art. 26 RREM para designar la ley aplicable al régimen económico matrimonial en defecto de elección de Ley por los cónyuges.

En cuarto lugar, pueden los cónyuges también establecer una derogación de la aplicación de la ley antes elegida como ley aplicable al régimen económico matrimonial si sobreviene un hecho o evento o una condición o modo, explica P. FRANZINA¹⁸⁹. Ejemplo: “*La Ley aplicable al régimen económico matrimonial divorcio será la Ley marroquí siempre que los esposos profesen la religión islámica y en el caso de que los mismos deje de profesar dicha religión, se aplicará la Ley del país de la residencia habitual común*”.

En quinto lugar, los cónyuges pueden haber contraído matrimonio sin elegir la Ley aplicable al régimen económico matrimonial. Éste quedará sujeto a la ley designada por los puntos de conexión objetivos recogidos en el art. 26.1 RREM. Pues bien, celebrado el matrimonio, los cónyuges pueden elegir, en cualquier momento, la Ley aplicable a su régimen económico matrimonial con arreglo al art. 22 RREM, con lo que se verifica un cambio en el tiempo de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial. De igual modo, los cónyuges elegir, tiempo después de su matrimonio, una Ley aplicable a su régimen económico matrimonial y pueden también elegir un nuevo y concreto régimen económico matrimonial en el marco de la nueva ley aplicable.

131. En cuanto a la elección de leyes en modo subsidiario y a las cláusulas flotantes de elección de ley aplicable al régimen económico matrimonial, varios aspectos deben ser distinguidos.

En primer lugar, cabe una elección de Leyes en modo subsidiario. El art. 22 RREM no prohíbe que los cónyuges elijan una Ley estatal aplicable al régimen económico matrimonial como “Ley primera” y que elijan, para el caso de que la primera no pudiera aplicarse por motivos de orden público internacional, falta o imposibilidad de prueba de la Ley aplicable, u otras razones, otra Ley estatal de las recogidas en la relación contenida en el art. 22 RREM. Ejemplo: “*el régimen económico matrimonial queda sujeto a la Ley marroquí (Ley nacional común de los esposos) y en caso de imposible aplicación de dicha Ley, se regirá por la Ley española (país de residencia habitual de los cónyuges en el momento del pacto)*”. Esta posibilidad se prevé también en relación con la elección de la ley reguladora del divorcio, expone L. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA¹⁹⁰.

En segundo término, no cabe admitir las llamadas cláusulas flotantes de elección de la Ley reguladora del régimen económico matrimonial. Se puede plantear, en efecto, la posibilidad de que los cónyuges elijan una Ley aplicable al régimen económico matrimonial que resulte operativa si la demanda se interpone ante tribunales de un Estado, y otra Ley aplicable diferente que será aplicable en el caso de demanda ante autoridades de otro Estado. Pues bien, estas cláusulas no son válidas en el contexto del art. 22 RREM. En efecto, la ley aplicable al régimen económico matrimonial no se aplica solamente en el momento de su disolución, sino durante toda la vida del matrimonio. Por ello, estas cláusulas vulneran el principio de estabilidad y certeza de la ley aplicable que vertebra el entero art. 22 RREM y deben ser consideradas no válidas.

¹⁸⁸ E. BAZZO, “Art. 22”, en LUCIA RUGGERI / ROBERTO GARETTO (editors), *European Family Property Relations Article by Article Commentary on EU Regulations 1103 and 1104/2016*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021, pp. 193-202, esp. p. 201: “*Although it is not stated expressly, parties can stipulate an agreement where they choose an applicable law or they decide not to apply any more a particular law, which was applicable according to a previous agreement. In this case, the applicable law to property regime will be defined by criteria set by Art 26 of both Regulations, which are applicable in the absence of choice by the parties*”.

¹⁸⁹ P. FRANZINA, «The law applicable to divorce and legal separation under regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 december 2010», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011-II, pp. 85-129; P. FRANZINA, «L'autonomia della volontà nel regolamento sui conflitti di leggi in materia di separazione e divorzio», *Rivista di Diritto internazionale*, 2011-2, pp. 488-496.

¹⁹⁰ L. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, “El pacto de elección de *lex separationis* y *lex divorcii* en el Reglamento 1259/2010”, *Diario La Ley*, núm. 7613, 18 abril 2011, pp. 1-7.

c) Efectos legales del cambio de la Ley aplicable

132. Dos reglas son importantes en relación con los efectos del cambio en el tiempo de ley aplicable al régimen económico matrimonial.

Primera. La regla general es la irretroactividad. Salvo acuerdo en contrario de los cónyuges, todo cambio de la ley aplicable al régimen económico matrimonial efectuado durante el matrimonio sólo surtirá efectos en el futuro (art. 22.2 RREM). Por tanto, la regla general es la irretroactividad de la aplicación de la nueva Ley aplicable elegida por los cónyuges. Esta regla general es positiva, porque así los bienes no cambian de situación jurídica. El bien que era privativo seguirá siendo privativo, por ejemplo. Ello redundará también en beneficio de los terceros que pudieran tener derechos de crédito contra el patrimonio de los cónyuges. Esta solución ha sido criticada porque puede conducir a una fragmentación de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial. Se rompe la unidad en el tiempo de la ley aplicable al régimen económico matrimonial. Éste se rige por una Ley A hasta que los cónyuges eligen otra Ley para regular su régimen económico matrimonial, momento a partir del cual se aplica una ley distinta B.

Segunda. La regla especial, -sólo operativa si así lo pactan los cónyuges-, es la aplicación retroactiva de la nueva Ley elegida por ambos para regir su régimen económico matrimonial, muy bien explicada por H. PÉROZ / E. FONGARO¹⁹¹. Se trata de una regulación diferente de la prevista en el art. 3.1 RR-I para los contratos internacionales, en relación con los cuales la nueva Ley elegida siempre se aplica retroactivamente al contrato, como expone P. LAGARDE¹⁹². La retroactividad siempre suscita problemas. Por ello, el art. 22.2 RREM dispone que ningún cambio retroactivo de la ley aplicable efectuado por los cónyuges con arreglo al art. 22.2 RREM afectará negativamente a los derechos de terceros derivados de dicha ley (art. 22.2 RREM). Para estos terceros, el régimen económico matrimonial sigue sujeto a la “Ley anterior” pero sólo si la nueva Ley reguladora del régimen económico matrimonial perjudica derechos que tales terceros hubieran adquirido de conformidad con la Ley que regía el régimen económico matrimonial anteriormente.

d) Validez en el tiempo del pacto de elección de Ley anterior a la celebración del matrimonio

133. En el caso de elegir la ley aplicable al régimen económico matrimonial en un acuerdo pre-matrimonial o en capitulaciones matrimoniales o mediante un simple acuerdo de elección de ley antes de la celebración del matrimonio, surge la cuestión de saber por cuánto tiempo esa elección es válida. Algunas disposiciones nacionales, como es sabido, limitan la validez en el tiempo de las capitulaciones matrimoniales otorgadas antes de la celebración del enlace. Así, por ejemplo el art. 1334 CC indica que “*todo lo que se estipule en capitulaciones bajo el supuesto de futuro matrimonio quedará sin efecto en el caso de no contraerse en el plazo de un año*”. Es decir que, en Derecho español, los pactos contenidos en capitulaciones perderían su validez si transcurre más de un año entre el otorgamiento de dichas capitulaciones y la celebración del matrimonio.

134. Para resolver la cuestión con solvencia, es preciso distinguir entre la validez del pacto de elección de ley aplicable al régimen económico matrimonial y la validez de las capitulaciones matrimoniales. El Reglamento arranca de la distinción neta entre ambas disposiciones. Por tanto, la validez de

¹⁹¹ H. PÉROZ / E. FONGARO, *Droit international privé patrimonial de la famille*, 2ª ed., Lexis Nexis, Paris, 2017, p. 199; L. RADEMACHER, “Changing the past: retroactive choice of law and the protection of third parties in the European Regulations on patrimonial consequences of marriages and registered partnerships”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, n. 1, p. 15; S. GODECHOT-PATRIS, “Commentaire du règlement du 24 juin 2016 relatif aux régimes matrimoniaux: le changement dans la continuité”, *Recueil Dalloz*, 17 novembre 2016, n° 39, p. 2295.

¹⁹² P. LAGARDE, «Le nouveau droit international privé des contrats après l’entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980», *Revue critique de droit international privé*, 1991, pp. 287-340; Id., «Remarques sur la proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)», *Revue critique de droit international privé*, 2006, pp. 331-349; P. LAGARDE / A. TENENBAUM, «De la convention de Rome au règlement Rome I», *Revue critique de droit international privé*, 2008, pp. 727-780.

las capitulaciones matrimoniales se rige por la ley aplicable al régimen económico matrimonial *ex arts.* 22 y 26 RREM. La existencia y validez del pacto de elección de Ley se rige por la Ley presuntamente elegida por los cónyuges (art. 24 RREM). En tal escenario legal, cabe afirmar lo que sigue.

Primero. Una primera posibilidad, que parece la más acertada, consiste en recordar que los arts. 22-24 RREM no establecen ninguna limitación temporal a la validez del pacto de elección de ley aplicable al régimen económico matrimonial. Eso significa que la elección de ley puede realizarse antes de la celebración del matrimonio y será válida cualquiera que sea la fecha de la celebración del matrimonio¹⁹³.

Segundo. Otra visión de la cuestión pasa por traer a colación el art. 24 RREM. Dicho precepto puede hacer aplicable ley presuntamente elegida a la existencia y la validez del consentimiento relativo a un acuerdo sobre la elección de la ley. En tal sentido, habría que consultar dicha ley sustantiva. En Derecho español, el pacto de elección de ley no caduca en el tiempo. Así, por ejemplo, si dos novios españoles con residencia habitual en París han elegido la Ley española para regular su futuro régimen económico matrimonial, es el Derecho español el que señala si el pacto de elección de ley aplicable al régimen económico matrimonial pierde validez si el matrimonio no se celebra en el plazo de un año a contar desde el momento del otorgamiento. En Derecho español, como se ha indicado, no se regula de modo alguno el pacto de elección de ley aplicable al régimen económico matrimonial. Es más, la única disposición legal parecida que existe al respecto es el art. 9.2 CC, segunda conexión, que afirma que los efectos del matrimonio se rigen por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico “*otorgado antes de la celebración del matrimonio*”. Esta norma no somete el acuerdo de elección de Ley a un plazo temporal concreto de validez o a un plazo de caducidad. Por tanto, dicho acuerdo debe considerarse válido aunque haya transcurrido más de un año entre su conclusión y la celebración del matrimonio. El pacto de elección de ley no es una capitulación matrimonial, por lo que no es aplicable el art. 1334 CC. De todos modos, esta segunda posibilidad no parece adecuada ni pertinente, puesto que podría ser contraria al mismo art. 22 RREM. en efecto, este precepto, no somete el pacto de elección de Ley a un plazo de validez temporal.

135. Las disposiciones del Capítulo III del Reglamento 2016/1103, -esto es, las relativas a la determinación de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial-, sólo serán aplicables a los cónyuges que hayan celebrado su matrimonio o que hayan especificado la ley aplicable al régimen económico matrimonial el 29 enero 2019 o después de esta fecha. Por tanto, los cónyuges casados antes del 29 enero 2019 pueden elegir la ley aplicable a su régimen económico matrimonial con arreglo al art. 22 RREM. La ley elegida se aplicará a su régimen económico matrimonial a partir del momento de dicha elección de Ley. No obstante, los cónyuges pueden pactar que la nueva Ley se aplique a su régimen económico matrimonial de modo retroactivo, es decir, desde el momento de celebración del matrimonio.

5. Ley aplicable en defecto de elección por los cónyuges

A) Aspectos generales. La eficiencia de la ley reguladora del régimen económico matrimonial

136. En defecto de un acuerdo de elección entre los cónyuges que sea válido con arreglo al art. 22 RREM, la ley aplicable al régimen económico matrimonial será:

- 1º) En primer lugar, la ley del Estado de la primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio.
- 2º) En segundo lugar, en defecto de la ley anterior, se aplicará de la nacionalidad común de los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio. Esta conexión no opera si los cónyuges tienen más de una nacionalidad común en el momento de la celebración del matrimonio.

¹⁹³ E. ALINA OPREA, “Party autonomy and the law applicable to the matrimonial property regimes in Europe”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, vol. 10, núm. 2, pp. 579-596, esp. p. 16.

- 3º) En tercer lugar, en defecto de la anterior ley, se aplicará la ley del Estado con la que ambos cónyuges tengan la conexión más estrecha en el momento de la celebración del matrimonio, teniendo en cuenta todas las circunstancias.
- 4º) Sin perjuicio de lo anterior, excepcionalmente, y con arreglo a las condiciones recogidas en el art. 26.3 RREM, puede aplicarse al régimen económico matrimonial no la ley de la primera residencia habitual de los cónyuges tras la celebración del matrimonio, sino la Ley de otro Estado en el que ambos hayan tenido su última residencia habitual común.

137. En numerosas ocasiones, el régimen económico matrimonial no puede regirse por la Ley elegida por los cónyuges. Ello sucederá en diversos casos.

En primer lugar, porque los cónyuges, simplemente, no han alcanzado un acuerdo sobre la Ley que desean que regule su régimen económico matrimonial o porque, sencillamente, víctimas del amor, no se han planteado la cuestión de fijar la Ley aplicable a su vida económica conyugal, lo que es extraordinariamente habitual, señala M. VINAIXA MIQUEL¹⁹⁴. También se produce cuando los cónyuges ni siquiera conocen la posibilidad legal que les ofrece el Reglamento 2016/1103 de elegir la Ley estatal reguladora de su régimen económico matrimonial. Los cónyuges son, con frecuencia, víctimas del “síndrome de la hora del champagne”, magníficamente descrito en el contexto de los contratos internacionales por P. HEARN y P. MANKOWSKI / U. MAGNUS¹⁹⁵.

En segundo lugar, porque los cónyuges han elegido la Ley aplicable a su régimen económico matrimonial, pero en dicha elección no han respetado las condiciones o requisitos de fondo y/o forma exigidos por los arts. 22, 23 y 24 RREM. Pues bien, en ambos supuestos, el Reglamento 2016/1103 recoge una “escalera de conexiones objetivas” que determinan el Derecho regulador del régimen económico matrimonial.

138. El art. 26 RREM persigue dar aplicación a la Ley del país más próximo a la economía matrimonial. Es el principio de proximidad vertebral de todo este art. 26 RREM. Sobre la cuestión es preciso apuntar algunos datos.

Primero. El legislador europeo supone que los cónyuges conocen o pueden conocer dicha Ley estatal a bajo coste, y con arreglo a la cual es muy posible que hayan ajustado la economía del matrimonio. Esta idea la expresa atinadamente el Cons. 49 RREM, al expresar que “*En el caso de que no se elija la ley aplicable, y para conciliar la previsibilidad y la seguridad jurídica atendiendo a la vida real de la pareja, el presente Reglamento debe introducir normas de conflicto de leyes armonizadas para determinar la ley aplicable a la totalidad del patrimonio de los cónyuges sobre la base de una escala de puntos de conexión*”.

Segundo. Debe destacarse cómo el legislador enfatiza la relación entre “los cónyuges” o “la pareja”, por un lado, y la “ley aplicable a la totalidad del patrimonio” de los mismos, por otro lado. Lo relevante es, pues, la “cercanía espacial” de los cónyuges con un Estado, las vinculaciones espaciales del caso concreto con un país. A mayor cercanía o proximidad espacial, mayor beneficio conflictual para los cónyuges, que podrán resolver su controversia jurídica y llevar adelante su economía matrimonial a un coste más reducido. En efecto, la Ley del país con el que el litigio está más estrechamente conectado es la Ley cuya aplicación permite gestionar los bienes matrimoniales a un coste más reducido para los cónyuges. Sólo las “vinculaciones espaciales” del caso con los distintos Estados constituyen criterios útiles para identificar la Ley estatal que permite regular el régimen económico matrimonial a un coste menor. El resto de circunstancias de la controversia o de la vida matrimonial, -como, por ejemplo, el hecho de que un litigio sobre el régimen económico matrimonial sea contencioso o se resuelva de mutuo acuerdo-, no son útiles para tal fin. La reducción de costes conflictuales no beneficia al Estado, sino a

¹⁹⁴ M. VINAIXA MIQUEL, “La autonomía de la voluntad en los recientes reglamentos UE en materia de regímenes económicos matrimoniales (2016/1103) y efectos patrimoniales de las uniones registradas (2016/1104), en *El orden público interno, europeo e internacional civil*, Acto en homenaje a la Dra. Núria Bouza Vidal’, *InDret*, 2017, pp. 274-313, esp. p. 298.

¹⁹⁵ P. HEARN, *Contratti commerciali internazionali*, Etaslibri, Milán, 1987-1991, pp. 13-15; P. MANKOWSKI / U. MAGNUS [Eds.], *Rome I Regulation: commentary*, Köln, O. Schmidt, Sellier European Law Publishers, 2017, pp. 202-204.

los cónyuges, que pueden resolver sus diferencias jurídicas internacionales y gestionar un patrimonio en un contexto transfronterizo a un coste más bajo. La soberanía de los Estados no se halla implicada en los litigios y casos internacionales que afectan a un régimen económico matrimonial. Los puntos de conexión objetivos previstos en defecto de Ley aplicable, todos ellos, responden a esta idea de eficiencia predispuesta, apunta J. UNGERER, por el legislador¹⁹⁶. Proporcionan una Ley con arreglo a la cual los cónyuges pueden gestionar su vida económica a un coste reducido

139. El art. 26.1.b) y c) RREM fija la ley aplicable al régimen económico matrimonial en el momento de la celebración del matrimonio. El art. 26.1.a) la determina inmediatamente después de la celebración del matrimonio. Un litigio o controversia sobre el régimen económico matrimonial puede surgir muchos años después de haberse celebrado el matrimonio. Por ello, los cónyuges pueden tener, en dicho momento, conexiones más estrechas y significativas que las que tenían en el momento de celebración de su enlace. Sobre el particular cabe formular ciertas observaciones.

En primer lugar, el hecho de tomar en consideración las circunstancias de los cónyuges en el momento de celebración del matrimonio obedece al deseo del legislador europeo de evitar que el régimen económico matrimonial quede, en algún momento de su existencia, huérfano de regulación legal. Hay que evitar el *horror vacui*: hay que impedir que el régimen económico matrimonial carezca, en algún momento de su existencia, de una regulación legal aplicable. Por eso las vinculaciones espaciales del caso que tiene presentes el art. 26 RREM se valoran en el momento de celebración del matrimonio o inmediatamente después del matrimonio. De ese modo, todo régimen económico matrimonial está siempre sujeto a una ley estatal y no hay que esperar al momento de la controversia o disolución del régimen económico matrimonial para saber cuál es la ley que lo regula.

En segundo término, detener las conexiones en el momento de celebración del matrimonio o inmediatamente después del mismo es una solución clásica que ha sido importada por el legislador europeo del Derecho internacional privado de contratos. En efecto, en el Reglamento Roma I, precisar la ley aplicable al contrato internacional desde su mismo nacimiento responde al mismo deseo del legislador europeo de evitar el vacío de regulación (*horror vacui*). Todo contrato debe contar, desde el mismo momento de su celebración, con una ley aplicable. Por dicha razón, las circunstancias a tener en cuenta para fijar la Ley aplicable deben evaluarse en el momento de celebración del contrato. Así, en todos los casos contemplados en el Reglamento Roma I, la residencia habitual de los contratantes será aquélla que éstos tienen en el momento de la celebración del contrato (art. 19.3 RR-I y Cons. 39 RR-I). No es, pues, relevante, la residencia habitual que se haya tenido antes del momento de la celebración del contrato ni la que se pueda adquirir después de dicho momento. Ello evita problemas de conflicto móvil, ya que aunque un contratante cambie el país de su residencia habitual, ello no provocará cambios en la Ley que rige el contrato. Lo mismo sucede en el art. 26 RREM: es relevante la residencia habitual y la nacionalidad de los cónyuges en el momento de celebración del matrimonio (art. 26.1.b) y c) RREM) o inmediatamente después de dicho momento (art. 26.1.a) RREM). También debe recordarse que, desde la inmarcesible aportación del gran CH. DUMOULIN en el siglo XVI, el régimen económico matrimonial ha sido visto tradicionalmente como un pacto, acuerdo o contrato de los cónyuges. No debe extrañar, por eso mismo, que el art. 26.1 RREM sólo tome en consideración las circunstancias presentes en el momento en el que dicho pacto, el régimen económico matrimonial, nace a la vida jurídica, esto es, en el momento de la celebración del matrimonio o inmediatamente después.

En tercer lugar, en consecuencia, es posible e incluso probable que el juez que conoce del litigio o controversia relativa al régimen económico matrimonial pertenezca a un Estado miembro que no es el Estado cuya ley rige el régimen económico matrimonial. En el art. 26 RREM, las posibilidades de aplicación de una ley extranjera son elevadas.

En cuarto lugar, por otro lado, vista la posible separación temporal entre el momento de celebración del matrimonio y el momento en el que surge el litigio, puede suceder que el Estado más vinculado con la situación jurídica no sea ya el Estado que presentaba la conexión más estrecha cuando los cónyuges

¹⁹⁶ J. UNGERER, “Nudging in Private International Law”, *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RebelsZ)*, volume 85, 2022, n.1, pp. 1-31.

ges contrajeron matrimonio. En tal supuesto, los cónyuges pueden siempre elegir como Ley aplicable la ley del Estado donde, en el momento del litigio, uno de ellos o ambos tienen su residencia habitual o la ley del Estado cuya nacionalidad ostenta uno de ellos o ambos en dicho momento, como destacan J.P. QUINZÁ REDONDO y S. MARINO¹⁹⁷.

B) Ley del Estado de la primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio

a) Razón de ser de la conexión

140. En defecto de elección de Ley rige una primera conexión objetiva. Se aplicará, así, la Ley del país de la primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio (art. 26.1.a) RREM). El Cons. 49 RREM indica, -ante el silencio del art. 26.1.a) RREM al respecto-, que se trata de la primera residencia común habitual de los cónyuges “*inmediatamente después del matrimonio*”. Por tanto, en el supuesto de que los cónyuges hayan contraído matrimonio y no hayan fijado de modo inmediato su residencia habitual común en un concreto país, esta conexión no opera.

141. El Cons. 49 RREM indica que “[l]a primera residencia común habitual de los cónyuges inmediatamente después del matrimonio debe constituir el primer criterio, por encima de la ley de la nacionalidad”, pero no explica por qué eso debe ser así. Es necesaria, pues, una exploración doctrinal de esta conexión.

El art. 26.1.a) RRM ha apostado claramente por la prevalencia de la primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio debido al mayor peso conflictual de la “conexión social” sobre la “conexión cultural”, en la conocida dicotomía debida a F. RIGAUX / M. FALLON¹⁹⁸. Sigue, así, el Reglamento, la tendencia en favor de esta conexión que, como ha subrayado M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, ya se apreciaba en el Derecho internacional privado de numerosos Estados, no sólo europeos-, desde mediados del siglo XX¹⁹⁹. En otras palabras, puede decirse que el punto de conexión “primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio” en este sector presenta innegables ventajas para ocupar el escalón más alto de la pirámide conflictual y ello por diversas razones.

142. Primero. Mayor eficiencia jurídica. El legislador europeo presume que los cónyuges conocen mejor o se encuentran en una situación en la que pueden conocer mejor, -y por tanto a un coste más reducido-, la Ley del país de su primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio, que la Ley de cualquier otro Estado, incluida la Ley del país de su nacionalidad común en el momento de celebración del matrimonio. El país donde los cónyuges fijan su primera residencia habitual tras la celebración del matrimonio es el país donde se encuentra o se va a situar de modo inminente el “centro social de vida” de ambos sujetos. Es el país donde contratan habitualmente, donde reside el núcleo de su familia, donde normalmente residirán también con carácter habitual los hijos de los cónyuges y donde tales hijos están escolarizados. Es el país donde normalmente los cónyuges tendrán sus trabajos y negocios, es el país donde se relacionan con terceros todos los días, donde normalmente serán propietarios o poseedores de bienes, bienes que, con frecuencia, serán inmuebles. Es el país en

¹⁹⁷ JACINTO PABLO QUINZÁ REDONDO, “La ‘cláusula de excepción’ del art. 26.3 del Reglamento 2016/1103 sobre régimen económico matrimonial”, en MÓNICA GUZMÁN ZAPATER (DIR.) / CARLOS ESPLUGUES MOTA (DIR.) / MÓNICA HERRANZ BALLESTEROS (COORD.), MARINA VARGAS GÓMEZ-URRUTIA (COORD.), *Persona y familia en el nuevo modelo español de derecho internacional privado*, Tirant lo Blanch, València, 2017, pp. 301-312; S. MARINO, “Strengthening the European Civil Judicial Cooperation: the patrimonial effects of family relationships”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2017, pp. 265-284.

¹⁹⁸ F. RIGAUX / M. FALLON, *Droit international privé*, 3ª ed., Bruxelles, 2005, pp. 572-578. En el mismo sentido, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La Ley aplicable a la separación judicial y al divorcio en defecto de elección de ley por los cónyuges. Análisis del artículo 8 del Reglamento 1259/2010 de 20 diciembre 2010”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2012, núm. 1, pp. 52-85; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflicto de Leyes y teoría económica*, Ed. Colex, Madrid, 2011, pp. 176-185.

¹⁹⁹ M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, “Los efectos del matrimonio”, en M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO Y OTROS, *Lecciones de Derecho civil internacional*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996, pp. 146-171, esp. p. 157.

cuya sociedad se encuentran integrados los cónyuges. Por ello, la primera residencia habitual de los cónyuges tras el matrimonio es una “conexión social”: los cónyuges están vinculados con un Estado porque están integrados en la sociedad de ese Estado. El legislador de la Unión Europea entiende que una “conexión social” conduce a una Ley que genera, para los cónyuges, costes jurídicos menores que los que están asociados a la Ley estatal a la que conduce una “conexión cultural”, como es la nacionalidad. En principio, y desde el punto de vista conflictual, la calidad de la vinculación que representa el punto de conexión “residencia habitual” es superior a la calidad de la vinculación propia de la conexión “nacionalidad”. Ello se explica porque la residencia habitual está basada, necesariamente, en contactos “sustanciales” de los cónyuges con un país. El país de la residencia habitual de los cónyuges es el país donde, efectivamente, viven los cónyuges, país en cuya sociedad dichos cónyuges se hayan integrados. Frente a ello, la “nacionalidad” es un punto de conexión basado en contactos que pueden ser puramente “formales” o “meramente aparentes”. Se puede ostentar la nacionalidad de un país sin haber vivido jamás en dicho país o habiendo abandonado dicho país hace años. La residencia habitual representa, por ello, en los litigios relativos al régimen económico matrimonial, la conexión más real y sustancial de una situación jurídica con un concreto Estado, subraya P. Mc.ELEAVY²⁰⁰. Los tribunales de los Estados miembros participantes en el Reglamento 2016/1103 deben, por mandato del art. 26.1.a) RREM, aplicar esta Ley con preferencia sobre la Ley nacional común (SAP Barcelona 17 noviembre 2015 [divorcio entre cónyuges chinos])²⁰¹. El fundamento de la conexión “*primera residencia habitual común de los cónyuges*” tras la celebración del matrimonio reviste, pues, un carácter económico. En efecto, la aplicación de esta Ley es una solución eficiente, porque, en términos generales, dicha Ley comporta los costes más reducidos para los cónyuges. Permite gestionar legalmente el régimen económico matrimonial al coste más reducido. No se trata de respetar la soberanía del Estado donde ambos cónyuges fijaron su primera residencia habitual común, sino de hacer aplicable dicha Ley porque la misma permite resolver las vicisitudes del régimen económico matrimonial a un menor coste para ambos cónyuges. Esta solución se ha universalizado en el art. 26.1.a) RREM, ya que es aplicable no sólo a cónyuges de nacionalidades distintas, sino también a cónyuges que ostentan la misma nacionalidad. La solución conflictual relativa al régimen económico matrimonial recogida en este punto de conexión tiene en cuenta los intereses de los cónyuges, no los intereses del Estado.

143. Segundo. Responde a la voluntad de los cónyuges. El país de la primera residencia habitual común de los cónyuges inmediatamente después del matrimonio es el país donde ambos han decidido, de común voluntad, iniciar un proyecto de vida común. En cierto modo, es la Ley que los cónyuges han elegido de modo implícito para iniciar su nuevo proyecto vital. Se hacen así, en la famosa expresión de F.K. VON SAVIGNY, “súbditos voluntarios de dicho país”, muy bien expuesto por J.I. PAREDES PÉREZ²⁰². Los cónyuges que instalan voluntariamente su residencia habitual en un concreto país crean una “situación internacional” cuyas consecuencias jurídicas están en condiciones de asumir a un coste más reducido que cualquier otro sujeto. Puede presumirse que los cónyuges que viven de manera estable y habitual en un concreto país, conocen o están en posición óptima para conocer el Derecho de tal país, y están habituados a comportarse con arreglo a los criterios jurídicos del mismo. Igualmente, parece justo poder exigir a los cónyuges que habitan de manera estable en un país que conozcan las normas de dicho país, en el que, voluntariamente, han instalado su residencia habitual. La Ley del país donde los cónyuges instalaron su primera residencia habitual inmediatamente tras el matrimonio es la Ley estatal que permite resolver todas las vicisitudes de su régimen económico matrimonial a un coste más reducido.

²⁰⁰ P. McELEVAY, «The communitarization of divorce rules: What impact for English and Scottish Law?», *ICLQ*, 2004, pp. 605-642.

²⁰¹ SAP Barcelona 17 noviembre 2015 [CENDOJ 08019370182015100839].

²⁰² J.I. PAREDES PÉREZ, “Una lectura de la teoría conflictual de Savigny desde la perspectiva del reconocimiento de los derechos adquiridos”, *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, 2019, n. 38; J.I. PAREDES PÉREZ, “El principio de sumisión voluntaria de Savigny como germen del fundamento del art. 7.1 del Reglamento de Bruselas I ‘bis’ y de la jurisprudencia del TJUE en la precisión del lugar de cumplimiento de la prestación característica”, en *El Derecho internacional privado entre la tradición y la innovación: libro homenaje al profesor doctor José María Espinar Vicente*, Pozuelo, Madrid, Iprolex, 2020, pp. 497-518.

144. Tercero. Ley neutral para los cónyuges. La Ley del país de la primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio no privilegia las circunstancias de uno o de otro cónyuge. Como ilustra S. MARINO, es la Ley de un Estado con el que ambos presentan un vínculo común, objetivo y equidistante²⁰³. No se trata de la Ley propia “de un cónyuge” cuya aplicación se impone sobre la Ley “del otro cónyuge”.

145. Cuarto. Proporciona una notable estabilidad jurídica a los cónyuges. La Ley aplicable al régimen económico matrimonial no cambia por el hecho de que uno de los cónyuges traslade a otro país su “residencia de hecho”, ni por el hecho de que cambie de nacionalidad o realice un viaje, más o menos prolongado a otro país o de que se traslade temporalmente a otro país por motivos de trabajo. Tampoco cambia de modo automático si los cónyuges cambian de residencia habitual a otro país. En cierta manera, puede decirse, con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, que, para el Derecho internacional privado de la Unión Europea, la residencia habitual de la persona constituye, en los tiempos actuales, su “Ley de origen”, papel que en antaño correspondía a la Ley de la nacionalidad de la persona²⁰⁴.

146. Quinto. Es un punto de conexión fácilmente comprobable y perceptible por el tribunal y por terceros. La primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio constituye un dato que refleja una vinculación material y exterior de los cónyuges con un concreto Estado (SAP Barcelona 27 noviembre 2020 [matrimonio celebrado en Madrid])²⁰⁵. Se trata de un criterio objetivo, exterior y físicamente observable por la misma persona y por terceros, como destacan H. BATIFFOL / P. LAGARDE²⁰⁶.

147. Sexto. Es una conexión que se verifica cada vez más con mayor frecuencia. En el mundo globalizado actual, es habitual que existan parejas formadas por personas de distinta nacionalidad. Como es obvio, en tal hipótesis, no puede operar una conexión que ha sido tan tradicional en la Europa continental como la nacionalidad común de los cónyuges. Frente a ello, cada vez son más los matrimonios formados por personas de distinta nacionalidad pero mismo país de residencia habitual. Esta opción por la conexión “residencia habitual común de los cónyuges” es, pues, una opción realista, constata S. COSCARELLI²⁰⁷.

148. La preferencia de legislador por la residencia habitual en perjuicio de la nacionalidad como punto de conexión en el art. 26.1.a) RREM constituye una “regla de base”. Como tal, puede fallar en ciertos casos concretos.

En efecto, puede suceder que los cónyuges instalen su primera residencia habitual tras el matrimonio en un país en el que no se hayan socialmente integrados y que, por ello, se sientan todavía muy ligados al país de su nacionalidad, cuyas normas legales observan pese a habitar en otro país distinto. También puede ocurrir que piensen regresar, tarde o temprano, al país de su nacionalidad. En estos supuestos, podría suceder que la aplicación de la Ley del país de la residencia habitual común de los cónyuges comportase una solución al régimen económico matrimonial más costosa que la que resultaría de la aplicación de la Ley nacional común de los mismos.

Pues bien, el Reglamento 2016/1103, sensible a dicha posibilidad, permite que los cónyuges puedan elegir, como Ley aplicable a su régimen económico matrimonial, la Ley del país cuya nacionalidad común ostentan antes o después de la celebración de su matrimonio. De ese modo, si la aplicación de la Ley nacional común genera costes menores que los provocados por la Ley de la primera residencia

²⁰³ S. MARINO, *I rapporti patrimoniali della famiglia nella cooperazione giudiziaria civile dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, pp. 172-180.

²⁰⁴ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Principio de eficiencia y estatuto personal”, en AA.VV., *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho. Homenaje al Profesor Doctor José Carlos Fernández Rozas*, 66 estudios, 2020, pp. 179-194.

²⁰⁵ SAP Barcelona 27 noviembre 2020 [ECLI:ES:APB:2020:12387].

²⁰⁶ H. BATIFFOL / P. LAGARDE, *Droit international privé*, t.I, 8ª ed., LGDJ, Paris, 1993, pp. 446-450.

²⁰⁷ SALVATORE COSCARELLI, “Article 26. Applicable law in the absence of choice by the parties”, en LUCIA RUGGERI / ROBERTO GARETTO (editors), *European Family Property Relations Article by Article Commentary on EU Regulations 1103 and 1104/2016*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021, pp. 210-217, esp. p. 227-246, esp. p. 236.

habitual común, el art. 22 RREM permite a los cónyuges que hagan prevalecer la “conexión cultural” del supuesto en perjuicio de la “conexión social” del mismo.

De todos modos, esta última situación caracterizada por el hecho de que los cónyuges no se han integrado en la sociedad del país donde residen habitualmente y por el hecho de que todavía se sienten más vinculados con el país de su nacionalidad común, debe considerarse menos frecuente que la contraria. Lo normal será que los cónyuges se hallen integrados en la sociedad del país en el cual instalan su primera residencia habitual tras el matrimonio. Por ello, el legislador ha establecido que, en defecto de Ley elegida por las partes, la regla básica consiste en la aplicación de la Ley del país de la primera residencia habitual de los cónyuges inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio. Las normas generales del Reglamento 2016/1103 están diseñadas para los casos más frecuentes.

b) Concepto de “residencia habitual común de los cónyuges”

149. El Reglamento 2016/1103 no recoge un concepto legal de “residencia habitual de los cónyuges”²⁰⁸. A pesar de ello, como destaca C. RICCI, es posible proporcionar un concepto de “residencia habitual de los cónyuges” con la ayuda de la jurisprudencia europea y nacional que aplica los instrumentos legales de Derecho internacional privado europeo²⁰⁹. Diversos aspectos de este importante concepto, imprescindible en múltiples normas del Reglamento 2016/1103, deben ser perfilados.

150. a) Concepto autónomo - europeo. El concepto de “residencia habitual de los cónyuges” se concreta de manera uniforme, autónoma, europea, esto es, debe tratarse de un concepto válido a los efectos del Reglamento 2016/1103. Este concepto de “residencia habitual de los cónyuges” no debe tomarse de un concreto Derecho estatal.

Puede también afirmarse que dicho concepto es el mismo que emplean los Reglamentos europeos de Derecho internacional privado que regulan materias de Derecho de familia y que se refieren a la residencia habitual de los cónyuges. En concreto, el concepto debe ser el mismo en los Reglamentos Bruselas II-ter, Roma III y en este Reglamento 2016/1103²¹⁰. Puede, así, afirmarse que debe entenderse por “residencia habitual” el “*centro social de vida o lugar donde ha fijado el interesado, con carácter estable, su centro permanente o habitual de sus intereses*” (STJUE 2 abril 2009, A, C-523/07, FD 44)²¹¹. En consecuencia, la residencia habitual de los cónyuges es el “centro social de vida” o lugar donde los cónyuges “*han fijado voluntariamente su centro permanente de intereses con carácter estable*”, como describe de modo ejemplar la sentencia de la cour de cassation (Francia) de 14 diciembre 2005²¹².

El concepto de “residencia habitual” propio del art. 26.1.a) RREM no debe tomarse del Reglamento Roma I (art. 19). El legislador de la Unión no se ha remitido a tal concepto. Además, el art. 19

²⁰⁸ E. BAZZO, “Art. 22”, en LUCIA RUGGERI / ROBERTO GARETTO (editors), *European Family Property Relations Article by Article Commentary on EU Regulations 1103 and 1104/2016*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021, pp. 193-202, esp. p. 199.

²⁰⁹ C. RICCI, “Habitual Residence as a Ground of Jurisdiction in Matrimonial Disputes: From Brussels II-bis to Rome III”, en S. BARIATTI, A. MALATESTA, F. POCAR (a cura di), *The External Dimension of EC Private International Law in Family and Succession Matters*, Padova, 2008, p. 207-220.

²¹⁰ Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo de 25 de junio de 2019 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida) (DOUE L 178 de 3 julio 2019) (Reglamento Bruselas II-ter) y Reglamento (UE) N. 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (DOUE L 343 de 29 diciembre 2010), conocido como “Reglamento Roma III”.

²¹¹ STJUE 2 abril 2009, C-523/07, A [ECLI:EU:C:2009:225], FD 44: “..... procede responder a la segunda cuestión que el concepto de «residencia habitual», (...) debe interpretarse en el sentido de que dicha residencia se corresponde con el lugar en el que el menor tenga una cierta integración en un entorno social y familiar. A estos efectos deben considerarse, en particular, la duración, la regularidad, las condiciones y razones de la permanencia en el territorio de un Estado miembro y del traslado de la familia a dicho Estado, la nacionalidad del menor, el lugar y las condiciones de escolarización, los conocimientos lingüísticos, así como las relaciones familiares y sociales que el menor mantiene en el referido Estado. Es competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales determinar la residencia habitual del menor teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias de hecho particulares en cada caso”.

²¹² Sentencia de la Cour de Cassation [Francia] 14 diciembre 2005, *Bulletin*, 2005, I, n. 506, p. 425.

RR-I no define el concepto de “residencia habitual de la persona física no profesional”, que es el concepto que, por el contrario, resulta imprescindible en el contexto normativo del Reglamento 2016/1103.

La residencia habitual se concreta, pues, en el lugar del “centro social de vida” o “lugar donde el interesado ha fijado voluntariamente su centro permanente de intereses con carácter estable”. La residencia habitual de una persona es el lugar donde ésta tiene el “*centro permanente o habitual en el que se sitúan sus intereses*” (STJUE 25 noviembre 2021, C-289/20, *IB vs. FA*, FD 43 [divorcio ante tribunales franceses y cónyuge que comparte su vida entre Irlanda y Francia]; STS 21 noviembre 2017 [divorcio entre español y mujer británico-egipcia]; SAP Asturias 5 mayo 2016 [matrimonio celebrado en Las Vegas y divorcio]; SAP Tarragona 10 abril 2015 [divorcio entre cónyuges lituana y ruso con residencia habitual en España]; Ordenanza corte di cassazione Italia de 25 junio 2010; sentencia cour de cassation (Francia) de 14 diciembre 2005; sentencia corte di cassazione (Italia) 17 febrero 2010 [divorcio entre ciudadana italiana residente en Italia y ciudadano belga])²¹³. La residencia habitual representa un “*vínculo real, objetivo, serio y efectivo con el territorio del Estado miembro*” (AAP Tarragona 18 mayo 2018 [divorcio y empadronamiento en España])²¹⁴.

151. b) Concepto fáctico. La “residencia habitual” es una cuestión de hecho. El tribunal que conoce del asunto debe comprobar, sobre la base del conjunto de circunstancias de hecho propias del caso concreto, en qué país tiene su residencia habitual el cónyuge en cuestión. Deberá desplegar un detallado análisis de los datos de hecho de la vida de cada cónyuge. En tal sentido, indica la SAP Barcelona 27 noviembre 2020 [residencia habitual inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio en Barcelona], que aunque se carezca de una definición de la “residencia habitual” en el precepto legal europeo, dicho concepto “*debe construirse y concretarse caso por caso atendiendo al tipo de litigio y contexto en que se inserta*”. Así, la residencia habitual de los cónyuges se debe fijar mediante análisis combinado de elementos, datos y circunstancias objetivas, -como la presencia física de los esposos en un país concreto, sus actividades sociales y laborales, etc.-, y elementos subjetivos -como la voluntad de cada cónyuge de poseer en dicho país una presencia estable y no meramente pasajera, apunta P. HAMMJE²¹⁵.

Visto que el concepto de “residencia habitual” es un concepto fáctico y no jurídico, resulta más sencillo saber en qué país tienen los cónyuges su “residencia habitual”, que saber en qué país tienen éstos su “domicilio”. Los llamados “domicilios jurídicos”, fijados por ciertas leyes de manera automática o mediante presunción en relación con ciertos sujetos, -menores, esposa, discapacitados, profesionales, etc.-, son irrelevantes para concretar la residencia habitual del cónyuge a efectos del Reglamento 2016/1103. Dichos domicilios jurídicos no necesariamente se corresponden con la residencia habitual de la persona. El *domicile* propio del *Common Law*, -concepto complejo hasta el extremo, afirma G. WIEDERKEHR-, no tiene, en realidad, nada que ver con la noción de residencia habitual característica del Derecho internacional privado europeo y de este Reglamento 2016/1103²¹⁶.

152. c) Elementos que componen la “residencia habitual”. La “residencia habitual” se forma mediante la necesaria combinación de dos elementos: (a) Presencia permanente física de los cónyuges en un lugar (*domus colere*) y (b) Voluntad de permanecer establemente en dicho lugar (*animus manendi*). Esta afirmación se corrobora por abundante jurisprudencia europea y nacional que aplica el punto de conexión y el foro de competencia “residencia habitual” presente en los instrumentos legales europeos (STJUE 25 noviembre 2021, C-289/20, *IB vs. FA*, FD 57; sentencia cour de cassation (Francia) de

²¹³ STJUE 25 noviembre 2021, C-289/20, *IB vs. FA* [ECLI:EU:C:2021:955]; STS 21 noviembre 2017 [ECLI:ES:TS:2017:4113]; SAP Asturias 5 mayo 2016 [CENDOJ 33024370072016100193] [ECLI:ES:APO:2016:1443]; SAP Tarragona 10 abril 2015 [CENDOJ 43148370012015100171] [ECLI:ES:APT:2015:440].

²¹⁴ AAP Tarragona 18 mayo 2018 [ECLI:ES:APT:2018:515A].

²¹⁵ P. HAMMJE, «Le nouveau règlement (UE) n°1259/2010 du conseil du 20 décembre 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps», *Revue critique de droit international privé*, 2011, pp. 291-338; P. HAMMJE, «La notion de divorce au sens du règlement Rome III – (CJUE 20 déc. 2017, aff. C-372/16), *Revue critique de droit international privé*, 2018, pp. 899-912; P. HAMMJE, «Le divorce par consentement mutuel et le droit international privé», *Revue critique de droit international privé*, 2017-2, pp. 143-156.

²¹⁶ G. WIEDERKEHR, *Les conflits de lois en matière de régime matrimonial*, Dalloz, Paris, 1967, pp. 47-49.

30 noviembre 2022 [divorcio de dos ciudadanos belgas]; SAP Tarragona 15 diciembre 2021 [régimen económico del matrimonio y Derecho interregional]; SAP Barcelona 16 septiembre 2021 [matrimonio celebrado en Las Vegas]; SAP Barcelona 7 mayo 2019 [régimen económico matrimonial entre cubana e italiano]; SAP Valencia 15 febrero 2018 [divorcio entre cónyuges de nacionalidad portuguesa e inglesa]; SAP Tarragona 18 enero 2017 [régimen de separación de bienes catalán]; SAP Barcelona 25 febrero 2014 [menor colombiano], SAP Barcelona 5 marzo 2014 [nacionalidad francesa de demandante y española del demandado y doble nacionalidad de los hijos comunes con residencia habitual en Cataluña]; SAP Asturias 6 septiembre 2013 [divorcio entre cónyuges con residencia habitual en Inglaterra]; SAP Barcelona 3 junio 2013 [divorcio entre español y dominicana)]²¹⁷.

En esta línea, muy bien precisa la SAP Cádiz 10 abril 2019 [régimen económico matrimonial y vecindad civil catalana y mallorquina] que “*por residencia habitual debemos entender la residencia real con ánimo y vocación de permanencia en el mismo lugar y no la meramente coyuntural*”. Si los cónyuges residen en el mismo país, pero no de manera “habitual”, este punto de conexión no opera.

No es relevante que el sujeto tenga intención de retornar a otro país. Lo relevante es el Estado en el que el sujeto tiene su centro social de vida en el momento presente con intención de permanecer el dicho lugar.

153. d) Prueba de la residencia habitual común de los cónyuges inmediatamente después del matrimonio. Es preciso que el tribunal del Estado miembro que examina el caso quede convencido de la residencia habitual común de los cónyuges en un concreto Estado.

La acreditación de cuáles son y qué calidad tienen las relaciones sociales que una persona mantiene en un concreto país es una cuestión sujeta a prueba procesal ante los tribunales que conocen del asunto (SAP Asturias 5 mayo 2016 [matrimonio celebrado en Las Vegas y divorcio])²¹⁸. Para probar las circunstancias que constituye una “residencia habitual” deben seguirse las reglas de acreditación o prueba de tal hecho vigentes en el Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto.

Puede afirmarse que, en general, la prueba de la residencia habitual común compete a las partes (SAP Las Palmas 5 diciembre 2007 [matrimonio celebrado en Suiza entre español y suiza ambos con residencia habitual en España])²¹⁹.

Si los cónyuges otorgan un documento en el que expresan cuál es el “lugar de su residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio”, dicha declaración documental no vincula al juez español. El juez debe comprobar en qué verdadero “lugar” radica la “residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio” (RDGRN [3ª] 8 enero 2004)²²⁰.

Si se carece de una prueba fehaciente y convincente del país de la residencia habitual de los cónyuges, este punto de conexión, naturalmente, no puede operar (AAP Pontevedra 21 febrero 2022 [divorcio entre cónyuges españoles y residencia de la demandada en los EE.UU.]; SAP Madrid 25 junio 2013 [divorcio entre cónyuges con residencia habitual en España y Portugal]; SAP Girona 24 julio 2019 [cónyuges franceses])²²¹.

154. e) Residencia habitual inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio. La única residencia habitual relevante a efectos del art. 26.1.a) RREM es aquélla que se concreta en el momento inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio. Es una conexión, pues, detenida en el tiempo por el mismo legislador europeo. En consecuencia, el análisis de los elementos necesarios para

²¹⁷ STJUE 25 noviembre 2021, C-289/20, *IB vs. FA* [ECLI:EU:C:2021:955]; Sentencia *cour de cassation* (Francia) de 30 noviembre 2022 [ECLI:ES:CCASS:2022:C100857]; SAP Tarragona 15 diciembre 2021 [ECLI:ES:APT:2021:2065]; SAP Barcelona 16 septiembre 2021 [ECLI:ES:APB:2021:11944]; SAP Barcelona 7 mayo 2019 [ECLI:ES:APB:2019:4774]; SAP Valencia 15 febrero 2018 [ECLI:ES:APV:2018:480]; SAP Tarragona 18 enero 2017 [ECLI:ES:APT:2018:33]; SAP Barcelona 25 febrero 2014 [CENDOJ 08019370122014100153]; SAP Barcelona 5 marzo 2014 [CENDOJ 08019370122014100154]; SAP Asturias 6 septiembre 2013 [CENDOJ 33044370042013100262]; SAP Barcelona 3 junio 2013 [CENDOJ 08019370122013100397].

²¹⁸ SAP Asturias 5 mayo 2016 [CENDOJ 33024370072016100193] [ECLI:ES:APO:2016:1443].

²¹⁹ SAP Las Palmas 5 diciembre 2007 [CENDOJ 35016370052007100412].

²²⁰ RDGRN [3ª] 8 enero 2004 [R. 2004/2371].

²²¹ AAP Pontevedra 21 febrero 2022 [ECLI:ES:APPO:2022:249A]; SAP Madrid 25 junio 2013 [CENDOJ 28079370222 013100440] [ECLI:ES:APM:2013:11501]; SAP Girona 24 julio 2019 [ECLI:ES:APGI:2019:1064].

determinar el es el país donde los cónyuges tienen su residencia habitual debe realizarse sólo en ese momento, cuando se celebra el matrimonio. No es relevante la residencia habitual de cada cónyuge ni antes de la celebración del matrimonio ni en el momento de la celebración de mismo ni tampoco en un momento alejado en el tiempo de la fecha de la celebración del matrimonio.

155. f) Residencia habitual y tiempo de residencia. No es relevante que sea o no sea una residencia “temporal”. Lo relevante es que el cónyuge tenga su centro social de vida en un Estado concreto, ya sea de modo temporal, permanente o semi-permanente. Es relevante que el sujeto tenga su centro social de vida, de modo estable y con la intención de permanecer, en un concreto Estado miembro, aunque sea de modo temporal. El centro social de vida es el lugar donde la persona dispone del núcleo principal de sus relaciones con otras personas. Así, la “residencia habitual” constituye un foro “flexible, realista y adaptado al alto grado de movilidad de los cónyuges producido tras una crisis matrimonial y genera un nivel suficiente de proximidad entre el litigio y la jurisdicción seleccionada” (SAP Girona 22 abril 2015 [divorcio entre cónyuge de nacionalidad hindú y cónyuge demandado portugués])²²². Por tanto, una residencia puramente temporal en España no es residencia habitual en España (AAP Lleida 9 septiembre 2021 [divorcio entre cónyuges sin residencia habitual en España]: “no estamos frente a una presencia en España que pudiéramos calificar de duradera, ni existe constancia de que la intención de la demandada fuera establecerse con carácter definitivo aquí... de hecho, tras unos pocos meses en España ha regresado nuevamente a su país en un ínterin de pocos meses estuvieron viviendo en España, sin que constara su vocación de permanencia ... la conexión de todo ello con España es casi inexistente y más para una persona que jamás llegó a integrarse en este país ni tiene arraigo alguno con él...”)²²³. Del mismo modo, la AAP Cantabria 4 mayo 2022 [padres y menores de nacionalidad rumana] indica que “la residencia temporal en España de la demandante por motivos laborales no obtiene esta vocación de estabilidad, como se desprende del hecho de que el centro de sus intereses habitacionales permanentes se encuentre aún en su domicilio familiar habitual en Rumanía, en el que pretende vivir junto con su hija menor, por lo que solicita en su demanda la asignación de su uso, lo que impide el simultáneo reconocimiento de otra distinta residencia habitual en España” de modo que “la residencia y empadronamiento de los esposos en España se debe al desempeño de su trabajo como temporeros, careciendo en este país de domicilio fijo”²²⁴.

El Reglamento 2016/1103 no exige una duración determinada de dicha residencia habitual. Sin embargo, ésta debe ser siempre, *per definitionem*, una conexión de consistencia real (= *réelle consistance*). El adjetivo “habitual” denota una “cierta estabilidad o regularidad de la residencia” así como “la voluntad de dicha persona de fijar [en dicho Estado], con la intención de conferirle un carácter estable, el centro permanente o habitual de sus intereses” (STJUE 25 noviembre 2021, C-289/20, *IB vs. FA*, FD 41)²²⁵. Por tanto, no es relevante la duración temporal concreta de la permanencia de una persona en un concreto país. Una residencia habitual puede adquirirse tras un mes de estancia en un país, tras un año o tras una semana. Lo que resulta relevante es que la persona mantenga en dicho lugar la mayor parte de sus relaciones sociales y que éstas sean significativas y sustanciales.

No obstante lo anterior, por razones obvias, cuanto más tiempo pase una persona en un país, más probable será que tenga en dicho país su “residencia habitual”.

156. g) Residencias estacionales y vacacionales. Una presencia en España al objeto de trabajar como temporeros tampoco significa “residencia habitual” (AAP Cantabria 4 mayo 2022 [divorcio en España y residencia habitual en Rumanía])²²⁶. Presencias vacacionales o estacionales no constituyen, *per definitionem*, “residencia habitual” (AAP Murcia 11 febrero 2021 [divorcio entre sujetos no residentes en España])²²⁷.

²²² SAP Girona 22 abril 2015 [CENDOJ 17079370012015100074] [ECLI:ES:APGI:2015:256].

²²³ AAP Lleida 9 septiembre 2021 [ECLI:ES:APL:2021:466A].

²²⁴ AAP Cantabria 4 mayo 2022 [ECLI:ES:APS:2022:178A].

²²⁵ STJUE 25 noviembre 2021, C-289/20, *IB vs. FA* [ECLI:EU:C:2021:955], FD 41.

²²⁶ AAP Cantabria 4 mayo 2022 [ECLI:ES:APS:2022:178A].

²²⁷ AAP Murcia 11 febrero 2021 [ECLI:ES:APMU:2021:262A].

157. h) Inscripción oficial de la residencia y del domicilio. No es decisivo que el sujeto esté o siga inscrito en Registros oficiales de otro país a efectos fiscales, electorales o municipales. Por ello, la inscripción del sujeto en Registros públicos o Padrón de un lugar no supone, automáticamente, que el sujeto tenga en dicho lugar su “residencia habitual” (muy correcta: STS 21 noviembre 2017 [divorcio entre español y mujer británico-egipcia]; sentencia corte di cassazione (Italia) 17 febrero 2010 [divorcio entre ciudadana italiana residente en Italia y ciudadano belga] y también, ordenanza corte di cassazione (Italia) 25 junio 2010; muy acertado el AAP Barcelona 8 abril 2011 [divorcio y demandada española con domicilio en Argentina aunque inscrita en padrón municipal español])²²⁸.

Es cierto, no obstante, que la residencia habitual de los cónyuges puede acreditarse mediante un certificado de empadronamiento expedido por el Ayuntamiento correspondiente. Dicho certificado debe operar como un “principio de prueba” o como un mero “indicio” que puede, o no, ser desvirtuado por la prueba documental presentada de adverso por la otra parte (AAP Cantabria 4 mayo 2022 [padres y menores de nacionalidad rumana]; SAP Barcelona 5 septiembre 2018 [divorcio entre cónyuges rusos]; AAP Tarragona 18 mayo 2018 [divorcio y empadronamiento en España]; SAP Baleares 20 diciembre 2016 [divorcio y demandante alemán])²²⁹. La residencia habitual debe ser “real y efectiva” más allá de lo que indique el padrón municipal español o extranjero (AAP Barcelona 20 octubre 2017 [divorcio y demandada con domicilio en Alemania])²³⁰. Como señala la SAP Murcia 15 noviembre 2022 [divorcio y demandado con residencia en Francia], el art. 3 RB II-ter se refiere a la “*residencia habitual*” y no a la “*residencia legal*”²³¹. La inscripción en los registros municipales de residencia es, por tanto, un dato importante de carácter indiciario, pero nada más. Un indicio más, indica O. FERACI, que debe ser valorado por la autoridad competente junto con los demás elementos de la situación jurídica relativa al régimen económico matrimonial para precisar cuál es el lugar de la residencia habitual de cada cónyuge²³².

158. i) Meras estancias, residencias pasajeras y intención de residir. La “mera estancia” del sujeto en un Estado no constituye “residencia habitual” a efectos del Reglamento 2016/1103 (SAP Murcia 8 noviembre 1999; SAP Barcelona 7 marzo 2001; SAP Alicante 5 mayo 2000; SAP La Coruña 17 junio 2002)²³³.

La mera “residencia pasajera” o “precaria” del sujeto en un Estado miembro tampoco constituye “residencia habitual” a efectos del Reglamento 2016/1103.

La sola “intención de residir habitualmente en un país” no es suficiente para crear la residencia habitual en dicho Estado, como bien indica F. SALERNO²³⁴.

159. j) Residencia habitual de los cónyuges vs. sede de la vida matrimonial. El concepto de residencia habitual de los cónyuges no equivale, precisa R. BARATTA, al concepto italiano de “*prevalente localizzazione della vita matrimoniale*”, empleado por el art. 31 *Legge* 218/1995 para fijar la

²²⁸ STS 21 noviembre 2017 [ECLI:ES:TS:2017:4113]; sentencia corte di cassazione [Italia] de 17 febrero 2010, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2010, p. 750; Ordenanza corte di cassazione [Italia] de 25 junio 2010, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2011, p. 415; AAP Barcelona 8 abril 2011 [CENDOJ 080193701220011200074] [ECLI:ES:APB:2011:2097A].

²²⁹ AAP Cantabria 4 mayo 2022 [ECLI:ES:APS:2022:178A]; SAP Barcelona 5 septiembre 2018 [ECLI:ES:APB:2018:4574A]; AAP Tarragona 18 mayo 2018 [ECLI:ES:APT:2018:515A]; SAP Baleares 20 diciembre 2016 [ECLI:ES:APIB:2016:2199].

²³⁰ AAP Barcelona 20 octubre 2017 [ECLI:ES:APB:2017:7521A].

²³¹ SAP Murcia 15 noviembre 2022 [ECLI:ES:APMU:2022:3082].

²³² O. FERACI, “L’incidenza del nuovo regime europeo in tema di rapporti patrimoniali tra coniugi e parti di unioni registrate sull’ordinamento giuridico italiano e le interazioni con le novità introdotte dal d.lgs. 7/2017 attuativo della cd. legge Cirinnà”, en *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2017 (<http://www.osservatoriosullefonti.it>): “Tale nozione quindi riduce la residenza anagrafica ad un mero indizio destinato a concorrere insieme ad altri elementi fattuali a definire il concetto più ampio di residenza abituale...”.

²³³ SAP Murcia 8 noviembre 1999 [CENDOJ 30030370011999101003] [ECLI:ES:APMU:1999:2991]; SAP Barcelona 7 marzo 2001 [CENDOJ 08019370122001100519] [ECLI:ES:APB:2001:2642]; SAP Alicante 5 mayo 2000 [CENDOJ 03014370042000100533] [ECLI:ES:APA:2000:2170]; SAP La Coruña 17 junio 2002 [CENDOJ 15030370032002100157] [ECLI:ES:APC:2002:1602].

²³⁴ F. SALERNO, “I criteri di giurisdizione comunitaria in materia matrimoniale”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2007, pp. 63-84.

Ley aplicable al divorcio en defecto de nacionalidad común de los cónyuges²³⁵. El concepto aludido, -“*prevalente localizzazione della vita matrimoniale*”-, es, más bien, según ponen de relieve J. CARRASCOSA GONZÁLEZ / F. SEATZU, un “mecanismo de aproximación a la Ley aplicable” en el que la residencia habitual juega un papel evidente, pero que puede concurrir incluso si los cónyuges no residen habitualmente en un mismo país²³⁶. Así se aprecia en la sentencia del tribunale di Milano (Italia) de 1 junio 2012 [divorcio entre cónyuge italiano y brasileño con residencia habitual última en Italia]²³⁷. Nótese que el criterio italiano de la “*prevalente localizzazione della vita matrimoniale*”, apunta, en efecto, a la “*vida matrimonial*”. Frente a ello, el criterio europeo empleado por el art. 26.1.a) RREM alude a la residencia habitual de cada cónyuge, por separado, de modo que se debe explorar la “*residencia habitual común de los cónyuges*”. No el lugar donde se localiza fundamentalmente “*la vida matrimonial*”. No es lo mismo.

160. k) Análisis retrospectivo de la residencia habitual de los cónyuges. El país de la residencia habitual de los cónyuges es aquél donde se halla el “centro habitual de intereses” de los mismos. El análisis jurídico que debe realizar el tribunal para acreditar cuál es ese país exige una cierta “retrospección temporal”. En efecto, la residencia habitual se concreta en el lugar donde los esposos se encuentran con vocación de cierta permanencia y dicha vocación de permanencia requiere acreditar que los esposos se hallan en dicho lugar “durante un cierto tiempo”. Lo que no resulta procedente es examinar toda la trayectoria vital del matrimonio para descubrir en qué lugar tienen los cónyuges su común residencia habitual, ya que el art. 26.1.a) RREM indica con claridad que la residencia habitual relevante es la que se tiene “*tras la celebración del matrimonio*”.

161. l) Carácter único de la residencia habitual de los cónyuges. El TJUE ha dejado claro como el cristal que una persona sólo puede tener su residencia habitual en un concreto país. Varios argumentos apoyan esta importante afirmación.

Primero. Aceptar que una persona puede tener su residencia habitual en varios países a la vez provocaría una gran inseguridad jurídica, lo que es inaceptable para lograr un espacio europeo de Justicia, en que la seguridad jurídica es un principio fundamental. Es decir, ello comportaría dos consecuencias indeseables: (a) haría imprevisible para las partes la determinación de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial y (ii) haría muy compleja la precisión de cuál es la Ley aplicable al régimen económico matrimonial para las autoridades de los Estados miembros.

Segundo. Un argumento literal también opera aquí: el art. 26.1.a) RREM ni tampoco el art. 4 RB II-ter ni ninguna otra disposición legal del Reglamento Bruselas II-ter ni del Reglamento 2016/1103 ni del Reglamento Roma III se refieren, en ningún caso, a la residencia habitual en número plural. En la STJUE 25 noviembre 2021, C-289/20, *IB vs. FA*, FD 46-48, un sujeto tenía dos residencias: una entre semana fijada por motivos profesionales en París y otra el resto del tiempo junto a su esposa y sus hijos en Irlanda. El TJUE indicó que la residencia habitual de una persona se sitúa en el lugar donde está el centro permanente o habitual en el que se sitúan sus intereses y no aboga por aceptar que una pluralidad de residencias pueda tener simultáneamente tal carácter. Por tanto, a efectos del art. 3 RB I-ter, un cónyuge puede disponer simultáneamente de varias residencias (STJUE 25 noviembre 2021, C-289/20, *IB*, FD 51; AAP Cantabria 4 mayo 2022 [padres y menores de nacionalidad rumana]), pero únicamente puede tener una sola “residencia habitual”²³⁸. Esta decisión está en sintonía con la jurisprudencia del TJUE en otros sectores del Derecho internacional privado europeo. Así, en la STJUE 16 julio 2020, C-80/19,

²³⁵ R. BARATTA, *Scioglimento e invalidità del matrimonio nel diritto internazionale privato*, Giuffrè, Milano, 2004, *passim*.

²³⁶ J. CARRASCOSA GONZALEZ / F. SEATZU, “Normas de competencia judicial internacional en la propuesta de reglamento ‘Roma III’”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2009-3, pp. 567-588; F. SEATZU / J. CARRASCOSA, «La legge applicabile alla separazione personale dei coniugi ed al divorzio nella proposta di regolamento Roma III», *Studi sull'integrazione europea*, n.1, 2010, pp. 49-78.

²³⁷ Sentencia Tribunale di Milano (Italia) 1 junio 2012, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2013, pp. 753-760.

²³⁸ STJUE 25 noviembre 2021, C-289/20, *IB vs. FA* [ECLI:EU:C:2021:955]; AAP Cantabria 4 mayo 2022 [ECLI:ES:APS:2022:178A].

E.E., el tribunal estimó que el causante sólo puede tener su última residencia habitual en un único país. Por tanto, a efectos del art. 26.1.a) RREN, un cónyuge sólo puede tener un país de residencia habitual²³⁹.

162. m) Las diferentes claves de lectura del concepto “residencia habitual”. Como señala la doctrina más especializada, el concepto de “residencia habitual” está sujeto a distintas claves de lectura en el Derecho internacional privado de la Unión Europea²⁴⁰. Ello significa que dicho concepto debe ser entendido en sentidos distintos según sea la norma en la que se contiene el concepto, su finalidad y objetivos. Así, en el sector de la competencia judicial internacional relativa al divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial, el elemento subjetivo, -esto es, las intenciones del cónyuge y de las partes-, debe ser potenciado, lo que conduce a un concepto amplio de residencia habitual, con el fin de facilitar la localización espacial de la sede natural del matrimonio. Por el contrario, en las normas que regulan la responsabilidad parental, el concepto puede ser sometido a interpretación restrictiva o expansiva según lo exija el interés superior del niño. Pues bien, en el ámbito del Reglamento 2016/1103, para concretar el país de residencia habitual del cónyuge es preciso atender a los elementos que denotan dónde está el centro estable y permanente de intereses del cónyuge a partir del cual gestiona y maneja la economía matrimonial.

c) Primera residencia habitual común

163. En todas las legislaciones del mundo, el régimen económico matrimonial comienza a producir efectos tras el momento mismo de la celebración del matrimonio. El legislador europeo fija la ley aplicable al régimen económico matrimonial desde ese mismo momento, para evitar los vacíos de regulación en el tiempo que pudieran afectar a la economía matrimonial. El régimen económico matrimonial debe disponer siempre de una Ley aplicable durante toda su existencia jurídica. El régimen económico matrimonial debe contar con su propia ley reguladora desde el momento de su nacimiento, esto es, desde que existe una economía matrimonial y ésta nace en el momento de la celebración del matrimonio. Pues bien, en ese preciso momento, inmediatamente después de la celebración del matrimonio, el régimen económico matrimonial comienza a existir y es en ese instante cuando el art. 26.1.a) RREM tiene presente el país donde los cónyuges comienzan su vida matrimonial. Ese país, el país donde los cónyuges instalan su primera residencia habitual común, es el país que presenta una mayor proximidad con la economía matrimonial. Por eso, el art. 26.1.a) RREM apunta en favor de la primera residencia habitual de los cónyuges. El régimen económico matrimonial nace, así, regulado por la Ley del país con el que la economía de los cónyuges está más estrechamente vinculada.

164. Como es obvio, la segunda o ulteriores residencias habituales comunes de los cónyuges tras el matrimonio son irrelevantes a efectos del art. 26.1.a) RREM. También es irrelevante la residencia habitual común de los cónyuges antes de la celebración del matrimonio, así como la residencia habitual común en el mismo momento de la celebración del enlace.

165. Es sólo relevante la primera residencia habitual común de los cónyuges tras el matrimonio. El régimen económico matrimonial nace en el mismo momento de la celebración del enlace. Sin embargo, la ley aplicable al mismo se concreta en un momento futuro, no en el momento de la celebración del matrimonio, sino después de la celebración del mismo. Ello significa que el art. 26.1.a) RREM emplea una “conexión anticipada”. Se apuesta por la Ley del país donde el matrimonio va a desplegar sus efectos esenciales. Es un viaje en el espacio y en el tiempo, porque en el momento de la celebración del matrimonio, el régimen económico matrimonial, -que ya existe-, se rige por una ley que se determinará

²³⁹ STJUE 16 julio 2020, C-80/19, *E.E. Kauno miesto 4-ojo notaro biuro notarė Virginija Jarienė, K.-D. E.*, [ECLI:EU:C:2020:569].

²⁴⁰ M. MELLONE, «La nozione di residenza abituale e la sua interpretazione nelle norme di conflitto comunitarie», *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2010, pp. 865-716; A. RICHELZ-PONS, “La notion de résidence”, en H. FULCHIRON / C. NOURISSAT (dir.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Dalloz, 2005, pp. 149-160.

en el futuro, la Ley de la primera residencia habitual de los cónyuges. La norma de conflicto se anticipa al futuro y hace aplicable, al régimen económico matrimonial, la Ley del país de una residencia habitual común que todavía no existe, pero existirá. Este viaje hacia el futuro se explica de modo sencillo. En efecto, como antes se ha indicado, el legislador europeo hace aplicable al ley de un país que se concretará en el futuro porque, de ese modo, el régimen económico matrimonial se rige por la ley del país donde el matrimonio desplegará sus efectos principales.

166. El art. 26.1.a) RREM exige que los dos cónyuges tengan su primera residencia habitual, tras el matrimonio, en el mismo país. No es preciso, escribe agudamente A. BONOMI, que los cónyuges convivan juntos en el mismo lugar o que convivan juntos en varios lugares²⁴¹. No se requiere tampoco, destaca N. JOUBERT, la convivencia conyugal ni tampoco la convivencia conyugal en un único lugar²⁴². Tampoco se exige que los cónyuges vivan y/o tengan su residencia habitual en la misma localidad ni en el mismo inmueble o dirección física, puntualiza P. JIMÉNEZ BLANCO²⁴³. Debe recordarse, con el mayor énfasis, que el precepto no emplea el concepto “domicilio conyugal”. Es éste un concepto inexistente en Derecho europeo. El art. 26.1.a) RREM es una norma de conflicto de leyes, una norma que se expresa en términos de Derecho internacional privado. Por ello mismo, para que la conexión opere es suficiente que los cónyuges tengan su primera residencia habitual, tras el matrimonio, en el mismo país. Nociones como “convivencia matrimonial”, “domicilio conyugal”, “vida matrimonial” son ajenas al art. 26.1.a) RREM y no presentan relieve jurídico alguno en el Reglamento 2016/1103.

d) Proyección en el tiempo de la primera residencia habitual común

167. La Ley reguladora del régimen económico matrimonial queda fijada, como antes se ha indicado, desde el mismo momento de su nacimiento, esto es, desde el momento inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio. La aplicación de dicha Ley se prolonga en el tiempo. En principio, dicha ley regirá el régimen económico matrimonial desde su nacimiento hasta su extinción. En efecto, aunque los cónyuges cambien de nacionalidad o de país de residencia habitual, el régimen económico matrimonial sigue sujeto a su peculiar y particular “ley de origen”: la ley del país de la primera residencia habitual común tras la celebración del matrimonio. No es la ley de origen del matrimonio, sino la ley de origen del régimen económico matrimonial, en sentido figurado, naturalmente.

Esta solución proporciona estabilidad jurídica al régimen económico matrimonial y es, por ello, una solución eficiente. Los cónyuges pueden moverse de un país a otro e incluso cambiar de residencia habitual común a otro país, pero su régimen económico matrimonial sigue sujeto a la Ley que se le aplicó desde el primer momento, la Ley de la primera residencia común habitual de los cónyuges inmediatamente después del matrimonio. Es la Ley que con arreglo a la cual se creó el régimen económico matrimonial, la Ley de su origen jurídico. El Reglamento arranca de la regla general según la cuál la solución más clara, sencilla, eficiente y segura es que el régimen económico matrimonial debe seguir siempre regulado por la Ley que comenzó a regirlo desde el mismo momento en el que se constituyó dicho régimen económico matrimonial.

168. En este sentido, si la Ley que rige el régimen económico matrimonial cambiara cada vez que los cónyuges trasladan su residencia habitual común a otro Estado, entonces dicha nueva Ley podría ser imprevisible para los cónyuges. Les generaría inseguridad jurídica. Por otro lado, ello crearía grandes problemas de aplicación al tener que dividir en dos sectores todo el patrimonio común de los

²⁴¹ A. BONOMI, “The Proposal for a Regulation on matrimonial property: a critique of the proposed rule on the immutability of the applicable law”, en K. BOELE-WOELKI/N. DETHLOFF/W. GEPHART (eds), *Family law and cultura in Europe*, Intersentia, Cambridge, Antwerp y Portland, 2014, p. 232.

²⁴² N. JOUBERT, “Le dernière pierre [provisoire?] à l’édifice de droit international privé européen en matière familiale”, *Revue critique de droit international privé*, 2017-1, pp. 1-26, esp. p. 22.

²⁴³ P. JIMÉNEZ BLANCO, *Regímenes económicos matrimoniales transfronterizos: Un estudio del Reglamento (UE) n° 2016/1103*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 86.

cónyuges y los actos con impacto en la economía matrimonial. Un sector de los bienes y todos los actos patrimoniales verificados durante el período en el que los cónyuges tuvieron su primera residencia habitual común en un país quedaría sujeto a la Ley de dicho país. Otro sector de bienes y actos quedaría sujeto a la Ley de la segunda residencia habitual común de los mismos, y así sucesivamente. El transcurso del tiempo y el cambio de residencia habitual común de los cónyuges haría cambiar la Ley aplicable al régimen económico matrimonial. El legislador europeo considera que ello es negativo cuando no imposible de implementar y opta por la siguiente regla general: el régimen económico matrimonial en tu totalidad, -en el tiempo y en el espacio-, se rige por la Ley del país de la primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio.

169. Puede suceder, sin embargo, que los cónyuges cambien de residencia habitual común a otro país transcurrido un tiempo tras la celebración del matrimonio. En tal caso, podría ser que los cónyuges no estén ya satisfechos con la aplicación prolongada de la Ley del país de la primera residencia común habitual de los mismos inmediatamente después del matrimonio. Podría ser, en efecto, que dicha ley no se corresponda con el modo en el que los cónyuges desean gestionar su economía matrimonial. Pues bien, el Reglamento ha dispuesto dos reglas para afrontar dicha situación.

Primera regla. Los cónyuges pueden, en cualquier momento, cambiar la ley aplicable al régimen económico matrimonial mediante la elección de la ley reguladora del mismo en las condiciones establecidas en el art. 22 RREM. Esta posibilidad es interesante cuando los cónyuges cambian de residencia habitual común y viven ya en otro país y gestionan o prefieren gestionar su economía matrimonial con arreglo a la Ley del país de su nueva residencia habitual común.

Segunda regla. Cuando los cónyuges no alcanzan un acuerdo para elegir una nueva ley aplicable al régimen económico matrimonial con arreglo al art. 22 RREM, pero han cambiado de país de residencia habitual común, puede ser injusto, imprevisible y costoso para los cónyuges para los terceros que se relacionan con ellos, que el régimen económico matrimonial siga sujeto a la Ley del país de la primera residencia común habitual de los cónyuges inmediatamente después del matrimonio. En especial, ello se produce cuando la residencia habitual primera residencia habitual común de los cónyuges inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio ha sido una residencia de corta duración y, por el contrario, existe una última residencia habitual común que resulta más significativa por haber tenido una duración considerablemente más prolongada. En estos casos, puede recurrirse al art. 26.3 RREM. Dicho precepto indica que, excepcionalmente y a instancia de cualquiera de los cónyuges, la autoridad judicial que tenga competencia para resolver sobre el régimen económico matrimonial podrá decidir que la ley de un Estado distinto del Estado de la primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio, regirá el régimen económico matrimonial si el demandante demuestra que los cónyuges tuvieron su última residencia habitual común en ese otro Estado durante un período de tiempo considerablemente más largo y que ambos cónyuges se basaron en la ley de ese otro Estado para organizar o planificar sus relaciones patrimoniales.

170. Con las dos anteriores previsiones legales, el legislador europeo permite que una conexión congelada en el tiempo se descongele y se adapte a la movilidad social actual. De ese modo, esta conexión congelada puede pasar a ser una “conexión de presente”. A una sociedad líquida caracterizada por una movilidad estructural debe corresponder una conexión que puede volverse, también, líquida, elástica y móvil.

e) Primera residencia habitual común “inmediatamente después del matrimonio”

171. El Cons. 49 RREM precisa lo que deja sin aclarar el art. 26.1.a) RREM. Es decir, que el régimen económico matrimonial se regula por la Ley del país de la residencia habitual común de los cónyuges “*inmediatamente después del matrimonio*”. Esta disposición refuerza la seguridad jurídica de los cónyuges y de los terceros. No basta con que se trate de la primera residencia habitual común de los cónyuges. Esta primera residencia habitual común debe fijarse “*inmediatamente después del matrimo-*

nio”. En caso contrario, -esto es, si la primera residencia habitual común de los cónyuges no se establece de modo inmediato tras la celebración del matrimonio-, la conexión recogida en el art. 26.1.a) RREM no opera y se pasará al siguiente punto de conexión, la nacionalidad común de los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio (art. 26.1.c) RREM).

Así, por ejemplo, si en el año 2023 un varón español con residencia habitual en Madrid contrae matrimonio con mujer española con residencia habitual en París y ambos permanecen en sus respectivos países de residencia habitual hasta el año 2025, momento en el que felizmente se trasladan a vivir ambos juntos a Londres, el Derecho británico no rige el régimen económico matrimonial de esta pareja matrimonial. Su primera residencia habitual común, que se localiza en el Reino Unido, no ha sido fijada “*inmediatamente después del matrimonio*”. En tal caso, para determinar la Ley aplicable al régimen económico matrimonial, habrá de pasarse a la siguiente conexión, que es la nacionalidad común de los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio: la ley española.

172. Como se ha indicado, la ley aplicable al régimen económico matrimonial en defecto de elección de Ley por los cónyuges es la Ley de la “*residencia común habitual de los cónyuges inmediatamente después del matrimonio*”. El Reglamento no define qué debe entenderse por primera residencia común habitual de los cónyuges “*inmediatamente después del matrimonio*”. Tampoco indica un tiempo determinado dentro del cuál los cónyuges deben establecer su primera residencia habitual común en un concreto país para que opere este art. 26.1.a) RREM. Este silencio del Reglamento 2016/1103 hace preciso definir, concretar y especificar, con la ayuda de herramientas hermenéuticas poderosas, qué se entiende por “*inmediatamente*”, que es la palabra clave. A tal efecto, dos datos preliminares son relevantes.

En primer término, cabe afirmar, con F. VISMARA, que visto que la exigencia de que la primera residencia habitual común de los cónyuges se establezca “*inmediatamente después del matrimonio*” se recoge en un Considerando del Reglamento y no en el art. 26.1.a) RREM, la noción de “*inmediatamente*” debe interpretarse de modo flexible, elástico y no estricto y excesivamente exigente²⁴⁴. Es cierto que *rubrica lex non est lex*, según el famoso adagio clásico romano. Ello no significa que el encabezamiento de un texto legal o su preámbulo sean elementos que carecen de todo valor jurídico. Denota, únicamente, que en caso de contradicción entre el texto del preámbulo y el texto de la Ley prevalece el texto de la ley, pues el preámbulo no es un elemento jurídico prescriptivo, sino meramente explicativo del sentido de la ley. El preámbulo recoge las razones por las que se ha elaborado la ley, el objetivo que la ley persigue y también aclara el sentido de la misma, su correcta interpretación, como muy bien destaca M. REQUEJO ISIDRO en un magnífico, sugestivo e inspirador trabajo²⁴⁵. Ahora bien, como explica esta autora, en realidad, junto a la ley y a la jurisprudencia, los preámbulos de los instrumentos legales europeos se han convertido, en frecuentes ocasiones, en “una tercera fuente del Derecho” (*a third kind of law-making*), pues en reiterados supuestos, debe admitirse que los preámbulos regulan situaciones sociales y conductas individuales, prescriben mandatos a los ciudadanos. Desde este punto de vista, la aclaración que lleva a cabo el Considerando 49 RREM sobre el momento en el que debe tenerse en cuenta la primera residencia habitual común de los cónyuges no es contradictoria con el texto del art. 26.1.a) RREM. No existe ninguna colisión normativa que resolver, pues. En tal sentido, se debe aceptar que la exigencia, contenida en el citado Considerando, de que la primera residencia habitual común sea establezca “*inmediatamente después del matrimonio*” tiene sentido lógico, otorga un significado concreto, oportuno, pertinente y acertado al punto de conexión aludido, orienta su interpretación en una dirección específica y, finalmente, completa lo que indica el precepto legal sin entrar en contradicción alguna con el mismo. En conclusión, la primera residencia habitual común de los cónyuges debe fijarse “*inmediatamente después del matrimonio*” y, aceptado ello, la interpretación de qué sentido debe darse al adverbio “*inmediatamente*” debe ser flexible, dúctil y elástica, esto es, debe concretarse en cada caso

²⁴⁴ F. VISMARA, “Legge applicabile in mancanza di scelta e clausola di eccezione nel regolamento (UE) N. 2016/1103 in materia di regimi patrimoniali tra i coniugi”, RDIPP, anno LIII, n° 2, 2017, p. 361.

²⁴⁵ M. REQUEJO ISIDRO, “Reflections on the Preambles to the EU Private International Law Regulations” (December 11, 2017). Europa als Rechts- und Lebensraum, Gieseck Verlag, 2018, <https://ssrn.com/abstract=3212115> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3212115>; también “Reflections on the Preambles to the EU Private International Law Regulations”, *Festschrift für C. Kohler*, 2018, pp. 425-439.

específico a la luz de los datos de hecho del caso en cuestión. Así, como sugiere D. COESTER-WALTJEN, un plazo de un mes, de cuatro meses o incluso de un año, puede, según las circunstancias del caso, ser suficientemente para ser calificado como un plazo dentro del cuál los cónyuges, tras su matrimonio, han instalado su primera residencia habitual común²⁴⁶. En todo caso, no puede ser un plazo largo, ni prolongado ni extenso ni dilatado ni tampoco puede ser un plazo de duración media. En tales casos, el plazo pierde su carácter de “inmediato” y entonces, tanto los cónyuges como los terceros ven perjudicados sus intereses, al no poder concretar con claridad, sencillez y rapidez, cuál es la ley reguladora del régimen económico matrimonial, apunta sagazmente S. MARINO²⁴⁷.

En segundo lugar, visto que el art. 9.2 CC emplea la misma conexión con la misma concreción temporal, la jurisprudencia española sobre el precepto puede ser utilizada para descifrar este gran misterio envuelto en un enigma y escondido en un acertijo: el significado del adverbio “*inmediatamente*” en el art. 26.1.a) RREM.

173. En el art. 26.1.a) RREM, el punto de conexión “residencia habitual común de los cónyuges” está fijado en el tiempo, pues así lo precisa el Cons. 49 RREM, que expresa que la “*primera residencia común habitual de los cónyuges inmediatamente después del matrimonio debe constituir el primer criterio*”. Por tanto, debe considerarse la residencia habitual común pero sólo si ésta se concreta en un país determinado «*inmediatamente después del matrimonio*”. Esta precisión temporal suscita problemas complejos que conviene analizar con atención, diligencia y meticulosidad. A tal fin es preciso introducir ciertas observaciones.

Primero. El precepto no se refiere solamente a la “primera residencia habitual común” de los cónyuges una vez celebrado el matrimonio. Por el contrario, sólo es relevante una residencia habitual “común” e “inmediatamente después del matrimonio” (STSJ Aragón 2 julio 2021 [régimen de consorcio aragonés])²⁴⁸. Por tanto, si celebrado el matrimonio, la residencia habitual común no se fija inmediatamente, sino que se concreta en un momento posterior, momento hasta el cual los cónyuges residen habitualmente en países diferentes, este punto de conexión recogido en el art. 26.1.a) RREM no opera (SAP Zaragoza 28 febrero 2003 [matrimonio celebrado en Cuba entre cubana y español sin residencia habitual común tras el matrimonio])²⁴⁹.

Segundo. Este punto de conexión ha sido fijado en el tiempo por el legislador para evitar problemas de conflicto móvil y para reforzar la seguridad jurídica y la previsibilidad de la Ley aplicable para las partes (SAP Barcelona 29 enero 2018 [matrimonio con primera residencia en Aragón y posterior en Cataluña]; SAP Barcelona 30 junio 2009 [divorcio entre austríaco y española con residencia común en España], SAP Barcelona 17 abril 2007 [matrimonio entre español y suiza con primer lugar de residencia habitual común en Alemania])²⁵⁰. En efecto: si los cónyuges han residido en varios países, sólo es relevante, entre todos ellos, el país en el que fijan su residencia habitual inmediatamente después del matrimonio. Los cambios posteriores de residencia habitual de los cónyuges a otros países son irrelevantes (SAP Barcelona 19 marzo 2003 [primera residencia habitual en Uruguay y posterior residencia en Egipto])²⁵¹.

Tercero. El adverbio “inmediatamente” significa que los cónyuges instalan su residencia habitual común en un breve lapso de tiempo después de haber contraído matrimonio. No se puede exigir una duración concreta de ese lapso temporal, porque el precepto no contiene ninguna referencia a una duración concreta en término de días, meses o años. Tampoco lo hace el Considerando 49 RREM. Por tanto, no se exige que se fije la residencia habitual común antes de tres meses, seis meses o un año tras la celebración del matrimonio. Se exige que sea un lapso breve de tiempo y ello lo debe apreciar

²⁴⁶ D. COESTER-WALTJEN, “Connecting Factors to Determine the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes”, *Yearbook of private international law*, vol. XIX, 2017-2018, p. 203.

²⁴⁷ S. MARINO, “Strengthening the european civil judicial cooperation: the patrimonial effects on family relationships”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2017, vol. 9, p. 280.

²⁴⁸ STSJ Aragón 2 julio 2021 [ECLI:ES:TSJAR:2021:591].

²⁴⁹ SAP Zaragoza 28 febrero 2003 [CENDOJ 50297370042003100045].

²⁵⁰ SAP Barcelona 29 enero 2018 [ECLI:ES:APB:2018:1058]; SAP Barcelona 30 junio 2009 [CENDOJ 08019370182009100329]; SAP Barcelona 17 abril 2007 [CENDOJ 08019370182007100180].

²⁵¹ SAP Barcelona 19 marzo 2003 [CENDOJ 08019370122003100168] [ECLI:ES:APB:2003:2597].

la autoridad competente a la luz de los datos del caso concreto. En este punto se debe proceder con gran cautela. En efecto, suele ser frecuente que ciertos emigrantes contraigan matrimonio en su país y transcurran algún tiempo hasta que, finalmente, se trasladan ambos al nuevo país de residencia, tal y como ya tenían planificado antes de su feliz enlace. Así sucedió en el caso fallado por la sentencia de la Cour de Cassation (Francia) de 14 mayo 2014: dos ciudadanos marroquíes contrajeron matrimonio en su país²⁵². Diez meses después se reunieron en Francia, donde instalaron su primera residencia habitual común. La cour de cassation francesa afirmó que estos cónyuges no habían tenido en Francia su primera residencia habitual común inmediatamente posterior a su matrimonio y aplicó a su régimen económico matrimonial el Derecho marroquí -Ley nacional común de los cónyuges-, y no el Derecho francés, -Ley de su residencia habitual común-²⁵³. La solución es criticable pues conduce a una Ley de no previsible aplicación por los cónyuges. Y también porque el tribunal fue demasiado rápido al estimar que bastaban esos pocos meses en los que los cónyuges estaban en países distintos tras el matrimonio para estimar que la primera residencia habitual común no fue establecida “inmediatamente”.

Cuarto. Si los cónyuges contraen matrimonio y tardan un cierto tiempo en fijar su residencia habitual en un país concreto, debe examinarse la intención de los cónyuges, la voluntad de los mismos, como muy acertadamente apunta LUIS F. CARRILLO POZO²⁵⁴. Dos hipótesis surgen.

En una primera hipótesis, si los cónyuges permanecen en un país, por escaso tiempo que sea, pero con voluntad de permanencia estable en dicho país, la Ley de dicho Estado será aplicable al régimen económico matrimonial *ex art. 26.1.a)* RREM aun que luego trasladen su residencia habitual común a otro país.

En una segunda hipótesis, si la permanencia de los cónyuges en el “primer país” tras el matrimonio es meramente transitoria, provisional, accidental y breve, y se trasladan posteriormente a un “segundo país”, donde fijan su primera residencia habitual común y donde siempre tuvieron la intención de instalarse tras el matrimonio, la Ley de este segundo país será aplicable al régimen económico matrimonial. En concreto, puede sostenerse que, si los cónyuges han trazado un proyecto de vida común en un país, -han comprado allí una vivienda, están en proceso de obtener visados o permisos de residencia allí, han escolarizado a sus hijos en dicho país, han preparado las circunstancias para abrir un negocio y/o trabajar en tal país, etc.-, entonces debe estimarse que su residencia habitual común ha quedado establecida en ese país inmediatamente después de su matrimonio, aunque su traslado efectivo a ese segundo país haya tardado en producirse un cierto tiempo. Dicho lapso temporal no debe ser excesivamente prolongado. A tal efecto, la autoridad competente debe valorar los datos del supuesto concreto, pues no existen dos casos iguales. Dicha autoridad debe tener presente el concreto momento a partir del cuál los cónyuges podían *de facto* y *de jure* trasladarse a su nuevo país de residencia habitual. Si los cónyuges dejan pasar el tiempo y no se desplazan a dicho país cuando podían perfectamente haberlo hecho, entonces dicho dato opera en contra de considerar que su primera residencia habitual inmediatamente posterior al matrimonio se concreta en dicho país. Así, por ejemplo, cuando los cónyuges han diseñado su proyecto de vida en común en un país A y tardan diez meses en ir a vivir a dicho país porque hasta ese momento no han obtenido los permisos de viaje y estancia, puede estimarse que tuvieron su primera residencia habitual en dicho país A. Sin embargo, si los cónyuges tardaron tres meses en disponer de los elementos de hecho y de Derecho para poder instalar su residencia habitual en un país B pero tardaron otros tres meses más en trasladarse a tal país B, puede estimarse que el transcurso de seis meses supone que la primera residencia habitual común no se ha concretado “inmediatamente después del matrimonio”. Por otra parte, el mero deseo de instalar en el futuro su residencia común en un país no es suficiente. Debe tratarse de un concreto proyecto de vida común en dicho país, avalado por datos y elementos objetivos. Varios ejemplos que la jurisprudencia española suministra pueden citarse y pueden resultar muy útiles para comprender la dinámica práctica del precepto analizado.

²⁵² Sentencia de la Cour de Cassation [Francia] de 14 mayo 2014 [ECLI:FR:CCASS:2014:C100508].

²⁵³ *Vid.* la sentencia citada en la nota anterior. También I. BARRIÈRE-BROUSSE, “Le patrimoine des couples internationaux dans l’espace judiciaire européen: les règlements européens du 24 juin 2016 relatifs aux régimes matrimoniaux et aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés”, *Journal de droit international Clunet*, 2017, pp. 485-514, esp. p. 502.

²⁵⁴ LUIS F. CARRILLO POZO, “The application of Regulation 2016/1103 in Spain”, en MARÍA JOSÉ CAZORLA GONZÁLEZ / LUCIA RUGGERI (editors), *Cross-border couples property regimes in action before courts. Understanding the EU Regulations 1103 and 1104/2016 in practice*, Madrid, Ed. Dykinson, 2022, pp. 255-268, esp. p. 266.

En la SAP Granada 13 abril 2005 [matrimonio en Alemania], se abordó el caso de cónyuge alemán y español que contrajeron matrimonio en Alemania²⁵⁵. Permanecieron en dicho país hasta que la esposa dio a luz al hijo común el mes de octubre del mismo año. Nacido el hijo se trasladaron a España, donde residieron habitualmente más de veinte años. La permanencia en Alemania, cuyo objetivo exclusivo era evitar un largo viaje a la esposa embarazada, no puede calificarse como una “residencia habitual”. Por tanto, la Ley alemana no era aplicable a los efectos del matrimonio. La SAP Granada 13 abril 2005 [matrimonio en Alemania] estimó que en este caso podía estimarse que los cónyuges establecieron su residencia habitual en España en un momento “inmediatamente posterior” a la celebración del matrimonio, aunque tardaran unos meses, tras la celebración del matrimonio, en venir a habitar a España. Su voluntad fue siempre instalarse en España y si no viajaron a España de modo instantáneo tras la celebración del feliz enlace en Alemania fue para evitar riesgos a la salud de la madre y esposa.

En la SAP Baleares 13 febrero 2019 [régimen económico de matrimonio entre rusa y alemán celebrado en Moscú], el caso fue el siguiente. Tras el matrimonio en Rusia, un mes más tarde el esposo se trasladó a vivir a Mallorca y la esposa lo hizo cuatro meses después: la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio está en Mallorca. Es irrelevante que, según la esposa, hayan vivido en Mallorca con arreglo al régimen de “comunidad de bienes”. La Ley aplicable al régimen económico matrimonial en este caso es la española y en concreto la Ley balear y mallorquina, que recoge un régimen de separación de bienes. Lo relevante es que pueda detectarse una clara e inequívoca voluntad de los cónyuges de querer establecer su residencia habitual común en un país una vez que se ha celebrado el matrimonio, como así fue²⁵⁶.

En la SAP Barcelona 27 noviembre 2020 [matrimonio en Madrid, estancia temporal en Boston y residencia habitual inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio en Barcelona], resulta que “*Barcelona ha sido el lugar de hecho en el que se inició la vida familiar / conyugal propiamente dicha y fue voluntad de ambos establecer aquí su residencia habitual común una vez celebrado el matrimonio*”²⁵⁷. Los cónyuges casaron en Madrid, pero salieron de viaje de novios desde Barcelona y a Barcelona retornaron y en Barcelona residieron aunque no en la mis a vivienda. Se trasladaron a Boston (EE.UU.) para una estancia temporal en aquel país, pero regresaron a Barcelona terminada dicha estancia. Quedó clara la “*voluntad de ambos*” de residir habitualmente en Barcelona y “*con visibilidad externa para terceros*”. También se comportaron siempre de acuerdo con el Derecho Catalán y manifestaron que su régimen económico matrimonial era el régimen de separación de bienes.

En la SAP Barcelona 30 septiembre 2021 [matrimonio celebrado en Bélgica], el tribunal observó que “*inmediatamente después del matrimonio los cónyuges permanecieron en Wavre*”, ciudad donde ya residían antes de contraer matrimonio. Sin embargo, quedó probado que habían proyectado, tras el enlace, trasladarse a España “*con voluntad de establecer su residencia habitual como lugar de desarrollo de su vida familiar con vocación de permanencia y estabilidad, habiendo llevado a cabo los preparativos de dicho traslado varios meses antes de la boda*”. Por tanto, “*el traslado a España no era un proyecto a corto o medio plazo, sino que las gestiones efectuadas denotan la voluntad de establecerse de inmediato en España tras el matrimonio y el hecho de haber permanecido unas pocas semanas en Wavre no desvirtúa*

²⁵⁵ Vid. SAP Granada 13 abril 2005 [JUR 2005/138285] [ECLI:ES:APGR:2005:652]. Esta sentencia no se corresponde con otra citada por algún comentarista levantino con fecha 13 julio 2005 y de igual contenido, la cual, parece ser, y s.e.o.u., no existe.

²⁵⁶ SAP Baleares 13 febrero 2019 [ECLI:ES:APIB:2019:165]: “*De las pruebas practicadas en autos se infiere que la residencia común se fijó en España, concretamente en Mallorca, ya que poco después del matrimonio, un mes o quince días él, y poco después o cuatro meses más tarde ella, -según las distintas versiones de las partes-, se instalaron en Mallorca, aquí trabajan, han tenido un hijo y continúan residiendo, hasta el punto de que ella ha adquirido la nacionalidad española y optado por la vecindad civil balear, lo que implica esa vocación de permanencia que exige la interpretación del artículo. Como señala la Juez a quo “con independencia de que los cónyuges pasaran un mes en Rusia, después el esposo viniera a vivir a Mallorca y la esposa viniera a la Isla a los 4 meses, (según la versión de la actora) o que tras pasar 15 días de vacaciones en Rusia y contraer allí matrimonio, el esposo regresara a la Isla y la esposa le siguiera inmediatamente (según la versión del demandado), lo cierto es que puede considerarse acreditado que la residencia habitual común de los cónyuges, inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio fue la isla de Mallorca ya que haber pasado juntos 15 días o un mes, tras la celebración del matrimonio en Rusia, no supone la fijación de residencia habitual en dicho lugar, por lo que los efectos del matrimonio deben regirse por la ley española, y más concretamente por el Derecho especial Balear que fija en su Compilación como régimen económico matrimonial, en defecto de pacto en capitulaciones matrimoniales, la separación de bienes”.*

²⁵⁷ SAP Barcelona 27 noviembre 2020 [ECLI:ES:APB:2020:12387].

*esta conclusión, dado que ésta permanencia viene determinada por un tiempo mínimo imprescindible dada la complejidad del traslado transnacional de toda la familia (traslado que incluye no sólo el cambio de vivienda sino también de lugar de trabajo del esposo y de escolarización de la hija común) y no por una voluntad de permanencia*²⁵⁸. Lo relevante es, pues, la voluntad de los cónyuges de fijar, inmediatamente después de su matrimonio una residencia estable, cierta, sólida y permanente de su vida familiar, aunque al materialización de ese proyecto de vida tarde algún tiempo en hacerse realidad.

En la SAP Barcelona 11 enero 2023 [ley aplicable al régimen económico matrimonial y lugar de celebración del matrimonio], los cónyuges contraen matrimonio en Cataluña. Inmediatamente después de la celebración del enlace se trasladaron a Pamplona. Residieron en dicha ciudad unos meses y después el esposo fue trasladado a Méjico y posteriormente a Egipto. Ahora bien, *“no se ha acreditado que cuando contrajeron matrimonio hubiera un proyecto mínimamente consolidado de convivencia en Pamplona pues el esposo seguía trabajando en una empresa con sede en Madrid. No consta que haya preparativos o comunicaciones anteriores en preparación de la estancia en Navarra. El traslado a Pamplona se produjo después de transcurridos dos meses desde la celebración del matrimonio”*. Es decir, la estancia en Pamplona fue puramente transitoria y provisional y también breve, sin voluntad de fijar uan residencia habitual común en dicho lugar. En consecuencia, el tribunal estimó que no existió un lugar de residencia habitual inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio, razón por la que no se podía aplicar dicha conexión y el régimen económico matrimonial no quedó sujeto a la Ley navarra.

C) Ley de la nacionalidad común de los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio

a) Razón de ser de la conexión

174. En defecto de elección de Ley por los cónyuges y a falta de una residencia habitual común de los mismos inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio, el régimen económico matrimonial queda sujeto a la ley de la nacionalidad común de los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio.

Debe decirse, no obstante, que la mayor parte de los matrimonios fijan un lugar de residencia habitual inmediatamente posterior a la celebración de su matrimonio. Por ello, el campo operativo de esta conexión es reducido, incluso si los cónyuges ostentan la misma nacionalidad cuando se celebra el matrimonio, como observa S. COSCARELLI²⁵⁹.

También debe subrayarse que la nacionalidad es un criterio formal y estrictamente jurídico. Existen muchas personas que son “nacionales virtuales”. Nacionales de Estados en los que jamás han vivido ni visitado, cuya lengua no hablan, cuyas costumbres desconocen y cuya cultura ignoran. Hijos de hijos de abuelos que un día fueron nacionales de un país cuyo nombre apenas saben pronunciar. Son el resultado de una sobredosis de *jus sanguinis*. En tales hipótesis la nacionalidad no refleja una vinculación real de la persona con un Estado, por lo que la conexión “nacionalidad común de los cónyuges” puede conducir a la ley de un Estado con el que la proximidad de los esposos es escasa o inexistente²⁶⁰. En tales casos, precisamente por ello, la aplicación de la ley de la nacionalidad común puede ser imprevisible para los cónyuges y comportarles costes elevados.

175. La justificación de la conexión nacionalidad común de los cónyuges reviste carácter económico. A falta de residencia habitual común de los cónyuges inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio, la nacionalidad de ambos cónyuges se presenta como la conexión que conduce al país cuya ley genera, para los cónyuges, los costes jurídicos más reducidos para gestionar la economía del

²⁵⁸ SAP Madrid 30 septiembre 2021 [ECLI:ES:APM:2021:9947].

²⁵⁹ S. COSCARELLI, “Article 26. Applicable law in the absence of choice by the parties”, en LUCIA RUGGERI / ROBERTO GARETTO (editors), *European Family Property Relations Article by Article Commentary on EU Regulations 1103 and 1104/2016*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021, pp. 227-246, esp. p. 237.

²⁶⁰ *Id.* nota anterior.

matrimonio. En defecto de conexión social, es la conexión cultural la que señala la vinculación más estrecha del régimen económico matrimonial con un concreto Estado. El art. 26.1.b) RREM ordena aplicar la Ley de la nacionalidad común de los cónyuges no por respeto a la soberanía del Estado de la nacionalidad de los cónyuges, sino por que con la aplicación de dicha ley se alcanza una solución eficiente a la cuestión de la ley aplicable al régimen económico matrimonial. conduce a una Ley conocida por los cónyuges, estable, segura y proporciona una sola Ley aplicable al régimen económico matrimonial con independencia del país de situación de los bienes del matrimonio²⁶¹.

176. Cuando no existe residencia habitual común de los cónyuges inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio, la conexión “nacionalidad común de los cónyuges” es sólida y auténtica. Representa una vinculación real entre los cónyuges y su patria común. En efecto, la persona sigue integrada, en una cierta medida, en el país de su nacionalidad: vota en las elecciones del mismo y suele ser un país cuya cultura comparte.

177. La colocación de la nacionalidad en el tercer lugar de la escalera conflictual del Reglamento 2016/1103 se explica por varios motivos, bien expuestos por A.M. PÉREZ VALLEJO²⁶².

178. En primer lugar, la residencia habitual de los cónyuges es una conexión más realista y efectiva que la nacionalidad. Demuestra una vinculación social que no siempre está presente en la nacionalidad. La nacionalidad es una conexión excesiva cuyo fundamento último radica en la soberanía del Estado sobre su población. Presume la existencia de una vinculación permanente de una persona con su patria de origen, algo que no siempre se verifica. Esa vinculación puede haberse perdido con el tiempo aunque la persona mantenga su nacionalidad de origen. En efecto, la proliferación de las “nacionalidades virtuales” es un hecho. Visto que cada Estado es libre de otorgar su nacionalidad a quien desee y de privar de su nacionalidad a quien estime oportuno se corre el riesgo de que una persona ostente la nacionalidad de un Estado con el que no presenta una vinculación real. Ello conduciría, y aquí está lo serio del asunto, a hacer aplicable esa Ley nacional de la persona en casos en los que los cónyuges no presentan un contacto real con dicho país. Varias consideraciones son necesarias al respecto.

Se habla de “nacionales virtuales” para referirse a personas que ostentan formalmente la nacionalidad de un Estado pero que apenas tienen vínculos sustanciales con el mismo. Emigrantes nacionales de tercera o cuarta generación que jamás han estado en el país cuya nacionalidad ostentan, que no hablan su lengua, que no participan en su vida social y política. Frente a ellos, los nacionales reales son los que sí mantienen vínculos y contactos reales y sustanciales con su país.

La STJUE 10 febrero 2022, C-522/20, *OE vs. VY* [cónyuges italiano y alemán y divorcio en Austria] ha indicado que la nacionalidad representa, por sí misma, y de modo necesario, un contacto real de la persona con el país cuya nacionalidad ostenta: “*por el hecho mismo de ser nacional de dicho Estado miembro y de mantener necesariamente con él vínculos institucionales y jurídicos, así como, por regla general, vínculos culturales, lingüísticos, sociales, familiares o patrimoniales*”²⁶³. Por consiguiente, un vínculo como la mera nacionalidad formal “*puede ya contribuir a determinar el vínculo real que debe existir*” entre una persona y Estado cuya nacionalidad ostenta.

Ninguna disposición legal de Derecho internacional privado europeo o español exige, para que opere la conexión “nacionalidad” que ésta sea “efectiva”. Basta su presencia para que se presuma e vínculo real entre la persona y su país. La STJUE 16 julio 2009, C-168/08, *Hadadi* es reveladora: “*en la medida en que convierte la nacionalidad en un criterio para determinar la competencia, dicha dispo-*

²⁶¹ M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, “Los efectos del matrimonio”, en M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO Y OTROS, *Lecciones de Derecho civil internacional*, Ed.Tecnos, Madrid, 1996, pp. 146-171, esp. p. 153.

²⁶² A.M. PÉREZ VALLEJO, “Regimi patrimoniali nel matrimonio in assenza della scelta dei coniugi in applicazione del Regolamento (UE) 2016/1103”, en AA.VV., *Regimi patrimoniali delle coppie transnazionali nell’Unione europea*, dirigido por MARÍA JOSÉ CAZORLA GONZÁLEZ / MANUELA GIOBBI / JERCA KRAMBERGER ŠKERL / LUCIA RUGGERI / SANDRA WINKLER, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, pp. 30-43.

²⁶³ STJUE 10 febrero 2022, C-522/20, *OE vs. VY*, [ECLI:EU:C:2022:87].

sición privilegia un punto de conexión unívoco y de fácil aplicación (...). no prevé ningún otro criterio relacionado con la nacionalidad, como puede ser, en particular, la efectividad de ésta”²⁶⁴.

No obstante lo anterior, el Parlamento Europeo (Resolución del Parlamento Europeo de 16 enero 2014, sobre la ciudadanía de la UE en venta (2013/2995 RSP - DOUE C 482 de 23 diciembre 2016) ha hecho notar que ciertos Estados miembros, como Malta, han introducido regímenes que, directa o indirectamente, constituyen una especie de “venta de la ciudadanía de la UE” a nacionales de terceros países, pues al realizar una notable inversión monetaria en un Estado miembro, éste les concede su nacionalidad²⁶⁵. La “venta” de la nacionalidad maltesa automáticamente implica la venta de la ciudadanía de la UE en su conjunto sin estar sometida a ningún requisito de residencia. Estos sistemas privilegiados de acceso a la nacionalidad de un Estado miembro podrían resultar contrarios al principio de cooperación leal entre la Unión y los Estados miembros. Ello puede hacer que la ciudadanía de la UE se convierta en una mercancía. No obstante, las medidas que la UE pueda adoptar al respecto deben ser escrupulosamente respetuosas con la competencia exclusiva de cada Estado miembro en materia de nacionalidad: cada Estado miembro determina de modo independiente quiénes son o dejan de ser nacionales de dicho Estado. La tendencia parece apuntar, observa con suma inteligencia É. PATAUT, en favor de un Derecho europeo que exige no que la nacionalidad sea efectiva, sino que ésta presente, al menos, un mínimo de realidad o de contacto auténtico efectividad para operar como punto de conexión en Derecho internacional privado²⁶⁶.

179. En segundo término, la conexión del régimen económico matrimonial con la ley nacional común de los cónyuges supone tener que aplicar constantemente leyes extranjeras al régimen económico matrimonial de ciudadanos extranjeros que están ya perfectamente integrados en el país donde residen habitualmente.

180. En tercer lugar, muchos emigrantes no regresan a sus países de origen. No están interesados en la aplicación de dicha ley y no conocen los términos de su ley de origen.

181. En cuarto lugar, la precisión de la nacionalidad de los cónyuges suele ser complicada, de modo que con frecuencia, la determinación de su nacionalidad constituye un “centro del litigio del régimen económico matrimonial”. Todo ello eleva el coste del litigio a la hora de ofrecer una solución relativa a un régimen económico matrimonial basada en la ley nacional común de los cónyuges.

182. Cuando el régimen económico matrimonial se rige por la ley de la nacionalidad común de los cónyuges, puede suceder que, con el paso del tiempo, los cónyuges estén plenamente integrados en la sociedad de otro país, como el correspondiente a su residencia habitual común. Sin embargo, no es posible escapar de la aplicación de la Ley nacional común. El art. 26.3 RREM contiene una cláusula de escape, efectivamente. Sin embargo, la aplicación de esta cláusula, -que es en todo caso, excepcional-, está diseñada, exclusivamente, para escapar de la aplicación de la Ley de la primera residencia habitual común de los cónyuges. No puede aplicarse para escapar de la aplicación de la Ley nacional común de los cónyuges. En estos supuestos en los que el régimen económico matrimonial está más estrechamente vinculado con el país de la residencia habitual común de los cónyuges que con el país de su nacionalidad común, queda siempre la posibilidad de que los cónyuges pacten la elección de la Ley de su residencia habitual común a través del art. 22 RREM.

²⁶⁴ STJUE 16 julio 2009, C-168/08, *Laszlo Hadadi (Hadady) vs. Csilla Marta Mesko* [ECLI:EU:C:2009:474].

²⁶⁵ Resolución del Parlamento Europeo de 16 enero 2014, sobre la ciudadanía de la UE en venta (2013/2995 RSP - DOUE C 482 de 23 diciembre 2016).

²⁶⁶ É. PATAUT, “L’extension du domaine du juge européen: contrôle de proportionnalité et double nationalité (CJUE, gde ch., 18 janvier 2022, aff. C-118/20, JY c/ Wiener Landesregierung) - Cour de justice de l’Union européenne, 18 janvier 2022, n° C-118/20”, *Revue critique de droit international privé*, 2022-II, pp. 331-349; É. PATAUT, “Contrôle de l’État ou protection de l’individu ? Remarques sur l’effectivité de la nationalité”, *Revue critique de droit international privé*, 2021-IV, pp. 747-771.

b) Momento de precisión de la nacionalidad

183. La precisión de la nacionalidad de los cónyuges debe realizarse “*en el momento de la celebración del matrimonio*”. Ello evita problemas de conflicto móvil, refuerza la seguridad jurídica y garantiza que esa Ley es la Ley de un Estado que, en el momento de la celebración del matrimonio, presenta una conexión real con la situación jurídica. Anteriores o posteriores nacionalidades de los cónyuges no son relevantes. Se toma en consideración la nacionalidad que ostenta un cónyuge cuando contrae matrimonio, no la nacionalidad que pueda adquirir como consecuencia del matrimonio. En el supuesto de cónyuges que han tenido una nacionalidad común en el pasado pero que ya no la tienen en el momento de celebración del matrimonio, la conexión prevista en el art. 26.1.b) RREM no opera.

c) Ley aplicable a la determinación de la nacionalidad

184. Para concretar la nacionalidad que ostenta *de jure* cada cónyuge debe ser consultado el Derecho del Estado cuya nacionalidad dice ostentar el cónyuge en cuestión. En efecto, el Derecho español no puede determinar la nacionalidad “francesa” de la esposa y si ésta dice ser francesa, deberá explorarse el Derecho francés para acreditar si, efectivamente, la esposa ostenta tal nacionalidad en el momento de presentación de la demanda.

En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia del TPJI y del TIJ en supuestos de Derecho Internacional Público (Dictamen TPJI 7 febrero 1923, *caso decretos de nacionalidad promulgados en Túnez y Marruecos*, Dictamen TPJI 15 septiembre 1923, *caso adquisición de la nacionalidad polaca*, y Sent. TIJ 6 abril 1955, *caso Nottebohm*), así como la jurisprudencia arbitral internacional (sent. Corte Permanente de Arbitraje de 3 mayo 1912, *Canevaro* [doble nacional italo-peruano])²⁶⁷.

En igual sentido, el TJUE señala que “*la determinación de los modos de adquisición y pérdida de la nacionalidad es, de conformidad con el Derecho internacional, competencia de cada Estado miembro*” (STJCE 7 julio 1992, *Micheletti*, FD 10-11 [doble nacional italo-argentino con residencia habitual en España], STJCE 2 octubre 1997, C-122/96, *Saldanha* [ciudadano norteamericano y del Reino Unido], STJCE 16 julio 2009, C-168/08, *Hadadi* [dobles nacionales franco-húngaros], STJUE 2 marzo 2010, C-135/08, *Rottmann* [sujeto austriaco que deviene alemán y pierde posteriormente la nacionalidad alemana y resulta apátrida], FD 39, 45; STJUE 12 marzo 2019, C-221/17, *Tjebbes*, FD 30; STJUE 14 diciembre 2021, C-490/20, *V.M.A. vs. Panharevo*, FD 38; STJUE 18 enero 2022, C118/20, *JY vs. Wiener Landesregierung*, FD 37)²⁶⁸.

d) Cónyuge con múltiple nacionalidad

i) Remisión al Derecho del Estado miembro del foro

185. Cuando el art. 26.1.b) RREM emplea la nacionalidad como punto de conexión, la cuestión de cómo considerar a una persona con múltiples nacionalidades es una cuestión previa que no entra en el ámbito de aplicación del Reglamento y que debe dejarse al arbitrio del Derecho nacional, incluidos,

²⁶⁷ Dictamen TPJI 7 febrero 1923, *caso decretos de nacionalidad promulgados en Túnez y Marruecos*, <http://www.dipublico.org/11844/opinion-sobre-decretos-de-nacionalidad-en-tunez-y-marruecos-1922-corte-permanente-de-Justicia,-internacional-serie-b-no-4/>. Dictamen TPJI 15 septiembre 1923, *caso adquisición de la nacionalidad polaca*, <http://www.dipublico.org/11856/opinion-sobre-la-adquisicion-de-la-nacionalidad-polaca-1923-corte-permanente-de-Justicia,-internacional-serie-b-no-7/>. Sent. TIJ 6 abril 1955, *Friedrich Nottebohm*, <http://www.dipublico.org/cij/doc/23.pdf>. Vid. también Sent. Corte Permanente de Arbitraje, caso *Canevaro* (Italia vs. Perú), de 3 mayo 1912, <https://pcacases.com/web/sendAttach/516>.

²⁶⁸ STJCE 7 julio 1992, *Micheletti*, ECLI:EU:C:1992:295; STJCE 2 octubre 1997, C-122/96, *Saldanha*, ECLI:EU:C:1997:458; STJCE 16 julio 2009, C-168/08, *Hadadi*, ECLI:EU:C:2009:474; STJUE 2 marzo 2010, C-135/08, *Rottmann*, ECLI:EU:C:2010:104; STJUE 12 marzo 2019, C-221/17, *Tjebbes*, ECLI:EU:C:2019:189; STJUE 14 diciembre 2021, C-490/20, *V.M.A. vs. Stoliczna obshchina, rayon «Panharevo»*, ECLI:EU:C:2021:1008; STJUE 18 enero 2022, C118/20, *JY vs. Wiener Landesregierung*, ECLI:EU:C:2022:34.

cuando proceda, los convenios internacionales, con pleno respeto de los principios generales de la Unión (Cons. 50 RREM). La precisión de la nacionalidad dominante de los sujetos que ostentan más de una nacionalidad es, pues, una cuestión previa a la aplicación del Reglamento 2016/1103 y se sujeta al Derecho nacional del foro.

El legislador europeo estima que, a los efectos del art. 61.b) RREM, un cónyuge sólo puede tener una nacionalidad aunque legalmente ostente varias nacionalidades. El Derecho que decide cuál es la nacionalidad dominante es el Derecho del foro, el Derecho del Estado miembro participante cuyas autoridades conocen del asunto.

El objetivo del legislador de la Unión Europea, con esta previsión, ha sido reforzar, de esta manera, la seguridad jurídica y la certeza de la Ley aplicable. En efecto, se trata de que los cónyuges multinacionales sólo puedan hacer valer como conexión una sola de las nacionalidades que pudieran ostentar para simplificar la tarea de identificar una nacionalidad común de los cónyuges que conduzca a aplicar al régimen económico matrimonial, precisamente, esa ley, la Ley nacional común de los cónyuges al tiempo de celebración del matrimonio²⁶⁹.

186. En caso de múltiple nacionalidad de un cónyuge, la Ley del Estado miembro participante en el Reglamento 2016/1103 cuyos tribunales o autoridades conocen del asunto, como se ha avanzado, determinará la nacionalidad dominante de dicho cónyuge a efectos del art. 26.1.b) RREM.

En el caso de España, ello conduce a aplicar los convenios internacionales firmados por España que regulan las situaciones de doble nacionalidad. Algunos de tales convenios internacionales bilaterales indican cuál es la nacionalidad que debe prevalecer a efectos de determinación de la Ley aplicable a las cuestiones de “estatuto personal”. En defecto de solución proporcionada por estos convenios internacionales o cuando los mismos no sean aplicables, se acudirá al art. 9.9 CC.

187. La razón de esta solución de remisión que efectúa el Reglamento en favor de las “normas nacionales” que resuelven los “conflictos de nacionalidades” en cada Estado miembro radica en que el legislador de la Unión Europea considera que esta cuestión afecta a la soberanía de cada Estado. Se trata, en el fondo, de precisar quiénes son los nacionales de un Estado miembro, aunque sea, exclusivamente, a efectos de la precisión del Derecho estatal aplicable al régimen económico matrimonial. El legislador europeo no ha querido imponer una solución europea a los casos de múltiples nacionalidades porque ello podría vulnerar la soberanía de cada Estado miembro.

188. Esta solución europea de remisión en favor del Derecho del foro puede comportar una diversidad de soluciones conflictuales a un mismo régimen económico matrimonial. En efecto, la Ley aplicable al régimen económico matrimonial puede ser distinta según cuál sea el Estado miembro participante cuyos tribunales conocen del asunto. En efecto, una mujer hispano-italiana puede ser considerada española en España e italiana en Italia. Si su marido es español, resultará que la Ley aplicable al régimen económico matrimonial en España será la española, -ley nacional común-, pero ante autoridades italianas, no existirá nacionalidad común de los cónyuges y la ley aplicable al régimen económico matrimonial será la establecida en la siguiente conexión (art. 26.1.c) RREM).

Es el precio a pagar por una solución que respeta la presunta competencia exclusiva del Estado a la hora de decidir la nacionalidad dominante a efectos de la determinación de la Ley aplicable a las situaciones privadas internacionales.

La solución es criticable, pues habría sido más adecuado utilizar criterios europeos, únicos para todos los Estados miembros participantes en el Reglamento 2016/1103. Ello habría traído seguridad jurídica, en todos los Estados miembros, a la precisión de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial de los sujetos dobles nacionales.

²⁶⁹ Todas las opciones interpretativas pueden verse en el excelente trabajo de L. GARCÍA ÁLVAREZ, “Plurinacionalidad y ley aplicable al régimen económico matrimonial”, en A. RODRÍGUEZ BENOT y C. HORNERO MÉNDEZ (dirs.), *Régimen económico matrimonial: cuestiones de Derecho interno, comparado e internacional*, Aranzadi, 2023, en prensa, consultado por gentileza de la autora.

ii) El límite europeo

189. Indica el Cons. 50 RREM que, aunque en los casos de nacionalidad múltiple son los Estados miembros participantes los que decidirán la “nacionalidad dominante” a efectos de este Reglamento, dicha decisión debe realizarse “*con pleno respeto de los principios generales de la Unión*”. Este Cons. 50 RREM recoge así la jurisprudencia del TJUE en la materia (STJCE 11 noviembre 1999, *Mesbah*, C-179/98, FD 29; STJCE 19 octubre 2004, *Zhu y Chen*, C-200/02; STJCE 24 noviembre 1998, *Bickel y Franz*, C-274/96, FD 17; STJCE 2 octubre 2003, *García Avello*, C-148/02, FD 25; STJUE 12 julio 2005, *Schempp*, C-403/03 FD 19; STJUE 12 septiembre 2006, *España y Reino Unido*, C-145/04, FD 78; STJUE 2 marzo 2010, C-135/08, *Rottmann*, FD 48, 51-57; STJUE 12 marzo 2019, C-221/17, *Tjebbes* [nacional holandesa que adquiere la nacionalidad iraní y pierde la holandesa], FD 30; STJUE 14 diciembre 2021, C-490/20, *V.M.A. vs. Pancharevo*, FD 38; STJUE 18 enero 2022, C118/20, *JY vs. Wiener Landesregierung*, FD 37)²⁷⁰. Como es natural, este límite sólo opera si la cuestión radica en saber si una persona ostenta o no ostenta la nacionalidad de un Estado miembro. Sólo en ese caso se debe respetar el Derecho europeo porque sólo en este supuesto la solución afecta a un ciudadano europeo. Si se trata, por ejemplo, de concretar la nacionalidad dominante de un sujeto argentino y peruano, este límite derivado del Derecho europeo no debe intervenir. La nacionalidad dominante la decidirá el Derecho español de modo autónomo.

190. Visto que la determinación de la nacionalidad dominante de un cónyuge puede afectar a un ciudadano de la Unión Europea y, en todo caso, afecta a la aplicación de un Reglamento de la Unión Europea, es preciso que dicha decisión se lleve a cabo en el marco del respeto al Derecho europeo. En tal sentido, la decisión del Estado miembro a la hora de concretar una “nacionalidad dominante” a efectos del Reglamento 2016/1103 debe respetar el principio del “no arbitrariedad”. La decisión del Estado miembro de preferir una nacionalidad u otra, en efecto, no debe ser arbitraria, sino que debe responder a un “motivo de interés general”, como, por ejemplo, prevenir y castigar el fraude y las falsificaciones. Debe también respetar el principio de “proporcionalidad” en cuanto a las consecuencias que implica para la situación de la persona afectada y de su familia.

En este sentido, el art. 9.9.II CC sí puede aplicarse si conduce a privilegiar la nacionalidad española de un cónyuge en perjuicio de la nacionalidad de otros Estados miembros que también ostenta dicho cónyuge, sólo por el mero hecho de que es la nacionalidad española es la que coincide con el Estado del foro. Desde el momento en el que España decide quiénes son sus nacionales existe una razón de peso para esta solución, que no es discriminatoria ni arbitraria: España puede decidir no considerar “extranjero”, -también a los efectos del Derecho internacional privado-, a un sujeto que forma parte de su población y que, por ello, ostenta la nacionalidad española como afirma P. MENGOZZI²⁷¹.

No obstante, también es posible sostener otro criterio más orientado a factores de Derecho privado y menos por factores de Derecho Público y soberanía como el anterior. Se puede, en efecto, pensar que la preferencia por la nacionalidad del foro es discriminatoria en perjuicio de las otras nacionalidades de otros Estados miembros. En este caso, el tenor legal del art. 9.9 CC podría resultar contrario al Derecho europeo. La laguna debería colmarse mediante la consideración, como dominante, de la nacionalidad de aquel Estado miembro con el que la persona manifieste una mayor proximidad. Así en la sentencia de la corte di cassazione (s.u.) [Italia] 9 enero 2001, el tribunal consideró que la menor, que era italiana y alemana, no podía ni debía estimarse como ciudadana nacional “italiana”, pues eso significaría una dis-

²⁷⁰ STJCE 24 noviembre 1998, *Bickel y Franz*, C-274/96, ECLI:EU:C:1998:563; STJCE 11 noviembre 1999, *Mesbah*, C-179/98, ECLI:EU:C:1999:549; STJCE 2 octubre 2003, *García Avello*, C-148/02, ECLI:EU:C:2003:539; STJCE 19 octubre 2004, *Zhu y Chen*, C-200/02, ECLI:EU:C:2004:639; STJUE 12 julio 2005, *Schempp*, C-403/03, ECLI:EU:C:2005:446; STJUE 12 septiembre 2006, *España y Reino Unido*, C-145/04, ECLI:EU:C:2006:543; STJUE 2 marzo 2010, C-135/08, *Rottmann*, ECLI:EU:C:2010:104; STJUE 14 diciembre 2021, C-490/20, *V.M.A. vs. Stolichna obshtina, rayon «Pancharevo»*, ECLI:EU:C:2021:1008; STJUE 18 enero 2022, C118/20, *JY vs. Wiener Landesregierung*, ECLI:EU:C:2022:34.

²⁷¹ P. MENGOZZI, *Diritto internazionale privato*, UTET Libreria, Torino, ristampa accresciuta, 1990, p. 48: “*quando ci sia in presenza di individui o persone giuridiche provviste di doppia nazionalità una delle quali italiana si deve si deve attribuire il quest’ultima non quest’ultima non essendo pensabile che l’ordinamento italiano consideri stranieri soggetti provvisti della propria nazionalità*”.

crimación en perjuicio de su nacionalidad alemana. El tribunal estimó que, a los efectos del Derecho internacional privado, debía considerarse como ciudadana alemana porque tenía su residencia habitual en dicho Estado, ya que era Alemana el país cuya nacionalidad ostentaba la menor con el que ésta presentaba una conexión más estrecha²⁷².

e) Cónyuges con varias nacionalidades comunes

191. El art. 26.2 RREM indica que, si los cónyuges tienen más de una nacionalidad común en el momento de la celebración del matrimonio, este punto de conexión basado en la “nacionalidad común de los cónyuges” no opera. Por ejemplo: dos cónyuges que ostentan, ambos, en el momento de la celebración del matrimonio, la nacionalidad española y francesa y que residen habitualmente uno en París y otro en Madrid. En tal hipótesis, el régimen económico matrimonial se regirá por la ley de la primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio. Visto que dicha conexión (art. 26.1.a) RREM) no se verifica, se debería aplicar, en su defecto, la Ley del país con el que ambos cónyuges tengan la conexión más estrecha en el momento de la celebración del matrimonio, porque no existe una sola nacionalidad común de los cónyuges.

192. Esta solución es sencilla y segura. Cuando los cónyuges tienen dos o más nacionalidades comunes, habría que hacer prevalecer una de esas “nacionalidades comunes”. El dilema no es sencillo, visto que no existen criterios ni en Derecho europeo ni en el Derecho de los Estados miembros para resolver conflictos de varias nacionalidades comunes de los cónyuges, precisan A. BONOMI/P. WAUTELET²⁷³.

Además, cuando existe más de una nacionalidad común de los cónyuges, el punto de conexión “nacionalidad común” pierde valor conflictual, decae su potencial localizador. En efecto, en estos casos, los cónyuges están igualmente vinculados con cada uno de los Estados cuya nacionalidad ostentan ambos. Por tanto, la vinculación con esos Estados es débil, mucho más leve y ligera de lo que es la vinculación de dos cónyuges que solo tienen una nacionalidad común. Por otro lado, la solución de este conflicto de múltiples nacionalidades sería incierta. Antes de surgir el litigio, sería difícil que los cónyuges que ostentan, ambos, más de una nacionalidad común, supieran cual es su nacionalidad común a efectos del art. 26.1.b) RREM. La solución a este cúmulo de dobles nacionalidades sería difícil de prever, razón por la que, afirma N. JOUBERT, en estos casos, el criterio de la nacionalidad común de los cónyuges deja de ser “*fiabile y previsible*”²⁷⁴.

²⁷² Sentencia corte di cassazione (s.u.) [Italia] 9 enero 2001, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2002, pp. 128-137: “*Nel caso di specie vi è, preliminarmente, da considerare che la minore possiede la cittadinanza italiana, oltre a quella tedesca, ed è residente in Germania. Non possono, quindi, applicarsi le regole dettate dall’art. 4 della convenzione, le quali stabiliscono la prevalenza delle misure adottate dalle autorità dello Stato di cui il minore è cittadino su quelle adottate dalle autorità dello Stato di residenza abituale. Neppure può farsi ricorso alla regola generale dettata dall’art. 19 comma 2 della legge n. 218/95, secondo cui, se la persona possiede più cittadinanze e tra queste vi è quella italiana, quest’ultima prevale. Tale disposizione, infatti, deve subire i necessari adattamenti derivanti dalle altre convenzioni internazionali vigenti, in forza della regola dettata dall’art. 2 della stessa legge n. 218 del 1995. Occorre, infatti, considerare che la convenzione in materia di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e di ristabilimento dell’affidamento, firmata a Lussemburgo il 20 maggio 1980 e ratificata e resa esecutiva in Italia con la l. 15 gennaio 1994 n. 64, non pone alcuna regola di priorità circa le decisioni giurisdizionali assunte in diversi Stati firmatari, prevedendo una possibilità di reciproco riconoscimento delle decisioni stesse (...). Vi è da aggiungere, inoltre, che, trattandosi di soggetti cittadini di Paesi membri dell’Unione europea, l’applicazione al caso di specie della regola di priorità stabilita dal citato art. 19 comma 2 si tradurrebbe, inevitabilmente, in una discriminazione fondata sulla nazionalità, vietata dall’art. 12 (ex art. 6) del trattato CE, norma considerata dalla costante giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee di diretta applicazione. Non resta, quindi, che ritenere l’appartenenza della giurisdizione allo Stato firmatario che abbia col minore un collegamento più stretto, e cioè, nel caso concreto, la Germania, di cui la minore è cittadina e nel cui territorio ha la residenza abituale”.* Vid. P. MENGOLZI, *Il diritto internazionale privato italiano*, Ed. Scientifica, Napoli, 2004, p. 46, que matiza, a la luz de este pronunciamiento, su propia opinión anterior, citada en la nota precedente.

²⁷³ A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des relations patrimoniales de couple: commentaire des règlements (UE) n° 2016-1103 et 2016-1104*, Bruxelles, Editions Bruylant, 2021 (avec la collaboration de I. PRETELLI, E. LEIN, G. KESSLER, E. MIGLIORINI et K. ROKAS), pp. 33-34.

²⁷⁴ N. JOUBERT, «Le dernière pierre [provisoire?] à l’édifice de droit international privé européen en matière familiale», *Revue critique de droit international privé*, 2017-1, pp. 1-26.

Así, por ejemplo, considérese el caso de una pareja compuesta por marido franco-español y esposa también franco-española, en el supuesto de que sea aplicable el art. 26.1.b) RREM, esto es, la ley de la nacionalidad común de los cónyuges. En este ejemplo, resulta que los cónyuges disponen de dos leyes nacionales comunes. La duda surge espontánea: debería hacerse prevalecer una de las dos nacionalidades comunes, la española o la francesa. Para evitar estos problemas técnicos de estos casos complicados es preferible, como hace el art. 26.2 RREM, descartar el punto de conexión “nacionalidad común de los cónyuges en el momento de celebración del matrimonio” cuando existen varias nacionalidades comunes de los cónyuges. Además, resulta difícil afirmar que el caso está más vinculado con Francia que con España o viceversa. Se puede afirmar que tanto España como Francia presentan el mismo nivel de conexión con el régimen económico matrimonial de esta pareja: la distancia conflictual es equivalente. El régimen económico matrimonial de esta pareja debe quedar sujeto a la ley del Estado con el que ambos cónyuges tengan la conexión más estrecha en el momento de la celebración del matrimonio, habida cuenta de todas las circunstancias de la situación jurídica matrimonial (art. 26.3 RREM).

f) Cónyuges apátridas

193. En caso de apatridia de uno o de los dos cónyuges, el Reglamento 2016/1103 guarda un total silencio. Dicho silencio debe ser interpretado en el sentido de que falla la conexión cultural, que se construye, precisamente, sobre la conexión “nacionalidad de ambos cónyuges”. Los cónyuges apátridas no tienen nacionalidad y por ello, esta conexión no puede operar en relación con dichos cónyuges. Los apátridas disponen de una Ley personal, -que regula las cuestiones relativas a su estatuto personal-, pero carecen de nacionalidad. El art. 26.1.b) RREM alude a la ley nacional común y no a la ley personal común de los cónyuges.

g) Cónyuges nacionales de Estados plurilegislativos

194. En el caso de resultar aplicable la Ley nacional común de los cónyuges con arreglo al art. 26.1.b) RREM, y de que el país de la nacionalidad común de los mismos sea un Estado en cuyo seno coexisten diferentes sistemas jurídicos de Derecho Privado, deben observarse los arts. 33 y 34 RREM. Tales preceptos señalarán que Derecho de entre los que coexisten en el país de la común nacionalidad de los cónyuges debe regir el régimen económico matrimonial²⁷⁵.

E) Ley del Estado con el que ambos cónyuges tienen la conexión más estrecha en el momento de la celebración del matrimonio.

a) Cláusula de cierre del sistema y principio de proximidad

195. A falta de elección de Ley por los cónyuges, y en defecto, también, a falta de residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio y de nacionalidad común de los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio, entonces se aplicará la ley del Estado con el que ambos cónyuges tengan la conexión más estrecha en el momento de la celebración del matrimonio, teniendo en cuenta todas las circunstancias (art. 26.1.c) RREM. Por tanto, la última conexión de las recogidas en el art. 26 RREM no es la aplicación directa de la *lex fori*, sino la aplicación de la ley del país más estrechamente vinculado con la situación jurídica, indican J.P. QUINZÁ REDONDO / J. GRAY²⁷⁶. Un brindis victorioso, pues, por el principio de proximidad, que ha vencido a la *lex fori* como solución de

²⁷⁵ B. CAMPUZANO DÍAZ, “El Reglamento (UE) 2016/1103 sobre regímenes económicos matrimoniales en el contexto plurilegislativo español”, *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 47, 2018; J.L. IGLESIAS BUHIGUES, “La remisión a la ley española en materia sucesoria y de régimen económico matrimonial”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 10, 1, 2018, pp. 233-247.

²⁷⁶ J.P. QUINZÁ REDONDO/J. GRAY, “La (des)coordinación entre la Propuesta de Reglamento de Régimen Económico Matrimonial y los Reglamentos en materia de divorcio y sucesiones”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIII, 2013, p. 532.

cierre del sistema en la arena del Derecho internacional privado europeo. Esta solución evita una opción radical entre conexiones rígidas como la nacionalidad y la residencia habitual y se abre a la justicia del caso concreto²⁷⁷. Aunque despliega un papel subsidiario, -está situado en el más bajo escalón de la pirámide conflictual-, el criterio está presente en todo el Reglamento, expone S. MARINO²⁷⁸.

b) La evaluación global de las circunstancias del caso concreto

196. La autoridad que conoce del asunto debe proceder a un examen de las circunstancias del caso concreto a fin de detectar el país con el que los cónyuges tienen una vinculación más estrecha. Debe tratarse de un examen global, un examen valorativo que comprende todos los elementos de la situación jurídica de los cónyuges, como puntualiza F. VISMARA²⁷⁹. Se sigue un método, escribe N. JOUBERT, de “*faisceau d’indices*”²⁸⁰.

Las partes pueden alegar y aducir elementos, datos, circunstancias y hechos que prueba la vinculación de la situación matrimonial con un concreto país. También el juez puede hacerlo de oficio. Con ello se trata de que la autoridad competente disponga de la paleta de circunstancias más completa y cabal para poder activar un proceso de detección de la vinculación más estrecha que resulte claro, profundo y concluyente.

Se deben examinar las circunstancias de los cónyuges presentes “*en el momento de la celebración del matrimonio*” y no en ningún otro momento (Cons. 49 RREM).

Por otro lado, no todas las circunstancias relacionadas con los cónyuges tienen el mismo valor localizador. Los datos y elementos relacionados con la economía matrimonial son los que presentan una mayor importancia en el proceso de detección de la país más vinculado con la situación. Otros datos y elementos, aunque sin duda están conectados con el matrimonio, no se hallan directamente relacionados con la economía del matrimonio. Por ello, presentan un menor valor conflictual en el determinación del país más vinculado con la situación jurídica.

197. Entre los elementos y datos con mayor valor conflictual para concretar cuál es el país con el que los cónyuges han tenido su conexión más estrecha en el momento de la celebración del matrimonio, se encuentran, apunta P. JIMÉNEZ BLANCO, los que siguen²⁸¹.

Primero. El país de situación de los bienes muebles e inmuebles de los cónyuges, así como el país donde se hallan las entidades bancarias o de inversión donde aquéllos disponen de bancarias o donde han realizado inversiones en acciones y otros bienes inmateriales.

Segundo. El país donde los cónyuges tienen la sede física de sus negocios, el país donde tienen su lugar de su trabajo y el país desde donde gestionan sus actividades profesionales y empresariales.

Tercero. El país de residencia habitual de cada cónyuge, pues se supone que una persona controla su economía desde el país donde reside habitualmente, que es el lugar donde se encuentra su centro de intereses principales.

Cuarto. El país donde cada cónyuge paga sus impuestos y país de residencia a efectos fiscales de cada cónyuge.

²⁷⁷ M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, “Los efectos del matrimonio”, en M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO Y OTROS, *Lecciones de Derecho civil internacional*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996, pp. 146-171, esp. p. 159.

²⁷⁸ S. MARINO, *I rapporti patrimoniali della famiglia nella cooperazione giudiziaria civile dell’Unione europea*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, pp. 181-183.

²⁷⁹ F. VISMARA, “Legge applicabile in mancanza di scelta e clausola di eccezione nel regolamento (UE) N. 2016/1103 in materia di regimi patrimoniali tra i coniugi”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2017, p. 363; H. PÉROZ/E. FONGARO, *Droit international privé patrimonial de la famille*, 2ª ed., Lexis Nexis, Paris, 2017, p. 198; D. COESTER-WALTJEN, “Connecting Factors to Determine the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes”, *Yearbook of private international law*, vol. XIX, 2017-2018, pp. 205-206.

²⁸⁰ N. JOUBERT, “Le dernière pierre [provisoire?] à l’édifice de droit international privé européen en matière familiale”, *Revue critique de droit international privé*, 2017-1, pp. 1-26, esp. p. 21.

²⁸¹ P. JIMÉNEZ BLANCO, *Regímenes económicos matrimoniales transfronterizos: Un estudio del Reglamento (UE) n° 2016/1103*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 92.

Quinto. El país donde el cónyuge obtiene sus ingresos económicos por actividades que bien desarrolla en dicho país o que dirige a ese país.

198. Entre los elementos y datos con valor conflictual reducido para concretar cuál es el país con el que los cónyuges han tenido su conexión más estrecha en el momento de la celebración del matrimonio, se hallan los que siguen.

Primero. El país donde se encuentra la residencia habitual de los menores y mayores que dependen de los cónyuges.

Segundo. El país de celebración del matrimonio.

Tercero. El país o países cuya nacionalidad ostenta cada uno de los cónyuges. Del mismo modo, también si es distinto al anterior, precisa D. COESTER-WALTJEN, debe tenerse presente el país de origen de cada cónyuge y que se corresponde con su cultura, religión y lengua materna²⁸². Este índice es importante, en especial, con las personas que son inmigrantes de segunda generación. Se trata de personas que ostentan nacionalidad francesa o española, por ejemplo, pero cuyo origen es marroquí o argelino y que siguen las costumbres, hábitos, pautas e incluso las normas jurídicas y religiosas propias de la sociedad marroquí o argelina.

199. El art. 26.1.c) RREM alude a la ley del Estado con el que ambos cónyuges tengan la conexión más estrecha en el momento de la celebración del matrimonio.

Puede, por tanto, darse el caso de que, como describe B. CAMPUZANO DÍAZ, en el momento en el que surge la disputa o controversia sobre el régimen económico matrimonial, hayan pasado largos años desde la celebración del matrimonio²⁸³. Sin embargo, el precepto es claro: la valoración de la conexión debe realizarse mediante un análisis de todas las circunstancias pero en el momento de la celebración del matrimonio. Ello, sin embargo, tiene una evidente razón de ser. El régimen económico matrimonial no es una situación jurídica que nace en el momento de la controversia. Todo lo contrario: es una realidad legal que surge cuando se celebra el matrimonio y que se prolonga en el tiempo. La intención del legislador europeo es que ese régimen económico matrimonial tenga siempre una Ley reguladora, desde su principio, desde que comienza a existir. El objetivo que busca el precepto, con ello, es que los cónyuges hayan podido ajustar su comportamiento jurídico a tal Ley. Por ello es preciso que la ley reguladora del régimen económico matrimonial quede fijada en el momento de la celebración del matrimonio. El art. 26.1.c) RREM arranca de la idea de que, sea cual fuere el momento en el que surgen las cuestiones relativas al régimen económico matrimonial, los cónyuges han conducido la economía matrimonial con arreglo a la Ley cuya aplicación era más previsible cuando nace el régimen económico matrimonial, esto es, cuando se celebró el matrimonio.

D) Cláusula de excepción para el caso de una primera residencia habitual de los cónyuges de corta duración

a) Razón de ser de la cláusula de excepción

200. En ocasiones, la primera residencia habitual común de los cónyuges inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio no revela una conexión real, auténtica y genuina entre los cónyuges porque dicha residencia ha sido breve y porque, además, los cónyuges han tenido su última residencia habitual en otro Estado y dicha residencia sí que pone de manifiesto una relación más estrecha con otro país, escribe A. BONOMI²⁸⁴.

²⁸² D. COESTER-WALTJEN, "Die objektive Anknüpfung des Ehegüterstatuts", en A. DUTTA/J. WEBER (HRSG.), *Die europäischen Güterrechtsverordnungen: Tagungsband zu einem wissenschaftlichen Symposium des Deutschen Notarinstituts und der Universität Regensburg am 10. Februar 2017 in Würzburg*, München, Beck, 2017, pp. 47-61.

²⁸³ B. CAMPUZANO DÍAZ, "The coordination of the EU Regulations on divorce and legal separation with the proposal on matrimonial property regimes", *Yearbook of Private International Law*, vol. 13, 2011, p. 252.

²⁸⁴ A. BONOMI, "The Proposal for a Regulation on matrimonial property: a critique of the proposed rule on the immutability

201. El factor “tiempo” es fundamental en esta norma: los cónyuges pueden haber tenido su primera residencia habitual común tras la celebración del matrimonio en un Estado A. Sin embargo, el tiempo pasa inexorablemente y, años después, los cónyuges pueden haber trasladado su residencia habitual a otro Estado B, donde han transcurrido muchos más años de los que pasaron en el Estado A. Por ello, la aplicación a su régimen económico matrimonial de la ley del Estado A carece de sentido porque en el momento en el que surge la controversia o la cuestión jurídica a resolver sobre el régimen económico matrimonial, los cónyuges no tienen ya contactos sustanciales con el Estado A, de modo que la aplicación de la Ley de ese Estado A puede resultarles imprevisible, como subrayan N. JOUBERT y C. CLARKSON / E. COOKE²⁸⁵.

202. Por lo anterior, el art. 26.3 RREM indica que, a modo de excepción y a instancia de cualquiera de los cónyuges, la autoridad judicial que tenga competencia para resolver sobre el régimen económico matrimonial podrá decidir que el régimen económico matrimonial quede sujeto a la ley de un Estado distinto al Estado de la primera residencia habitual común de los cónyuges tras el matrimonio. Se descarta, así esa *lex non conveniens* que es, en los casos contemplados por el art. 26.3 RREM, la ley de la primera residencia habitual común de los cónyuges tras el matrimonio, subraya S. MARINO²⁸⁶. Por ello, este precepto puede ser calificado como una verdadera cláusula de excepción, asegura N. JOUBERT²⁸⁷. Permite escapar de la ley de un Estado que no manifiesta una vinculación estrecha con el régimen económico matrimonial en beneficio de la Ley de otro Estado que sí muestra una conexión genuina con el supuesto.

b) Requisitos para activar la excepción del art. 26.3 RREM

203. Para que esta auténtica cláusula excepción pueda operar es preciso lo que sigue (Cons. 51 RREM).

204. a) Exigencia objetiva. Los cónyuges deben haber tenido su última residencia habitual común en ese otro Estado durante un período de tiempo considerablemente más largo que en el Estado donde tuvieron su primera residencia habitual común tras el matrimonio. Se trata de una exigencia objetiva: debe tratarse de la (i) última (ii) residencia habitual (iii) de ambos cónyuges y (iv) debe haberse prolongado durante un período de tiempo considerablemente más largo que en el Estado donde tuvieron su primera residencia habitual común tras el matrimonio.

El juez debe comparar la duración temporal de la primera residencia habitual común de los cónyuges con la duración de la última residencia habitual común de los mismos. Y debe acreditar que esta última ha durado considerablemente más que la primera²⁸⁸. Para garantizar que el régimen económico matrimonial está más vinculado con el país de la última residencia habitual común que con el país de la primera residencia habitual común el precepto exige que la duración de esta última sea considerablemente más larga. De es modo, queda asegurado que la aplicación de la ley de la última residencia habitual común de los cónyuges no será sorpresiva para éstos, ya que responderá al principio de proximidad. es la Ley que los cónyuges esperaban, intuitivamente, ver aplicada a su régimen económico matrimonial.

of the applicable law”, en K. BOELE-WOELKI/N. DETHLOFF/W. GEPHART (eds), *Family law and cultura in Europe*, Intersentia, Cambridge, Antwerp y Portland, 2014, pp. 240-241.

²⁸⁵ C. CLARKSON / E. COOKE, «Matrimonial Property: Harmony in Europe?», *Family Law*, 2007, pp. 920-923; N. JOUBERT, “Le dernière pierre [provisoire?] à l’édifice de droit international privé européen en matière familiale”, *Revue critique de droit international privé*, 2017-1, pp. 1-26.

²⁸⁶ S. MARINO, *I rapporti patrimoniali della famiglia nella cooperazione giudiziaria civile dell’Unione europea*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, pp. 186-193; S. MARINO, “Strengthening the European Civil Judicial Cooperation: the patrimonial effects of family relationships”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2017, pp. 265-284.

²⁸⁷ N. JOUBERT, “Le dernière pierre [provisoire?] à l’édifice de droit international privé européen en matière familiale”, *Revue critique de droit international privé*, 2017-1, pp. 1-26, esp. p. 24.

²⁸⁸ I. BARRIÈRE-BROUSSE, “Le patrimoine des couples internationaux dans l’espace judiciaire européen: les règlements européens du 24 juin 2016 relatifs aux régimes matrimoniaux et aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés”, *Journal de droit international Clunet*, 2017, pp. 485-514, esp. p. 498.

El art. 26.3 RREM no exige que los cónyuges tengan su residencia habitual común en el mismo país en el momento en el que se solicita la aplicación de esta disposición legal. Es decir, los cónyuges pueden residir uno en el país A y otro en el país, B pero haber tenido durante 30 años su última residencia habitual común, ambos, en el país C. En tal supuesto, pueden activar el art. 26.3 RREM y solicitar que se aplique a su régimen económico matrimonial la ley del país C.

205. b) Exigencia subjetiva. Ambos cónyuges deben haberse basado en la ley de ese otro Estado para organizar o planificar sus relaciones patrimoniales. Se trata, ahora, de una exigencia subjetiva, esto es, una circunstancia que depende de la voluntad de los cónyuges, ilustra I. BARRIÈRE-BROUSSE²⁸⁹.

Con esta previsión, el art. 26.3 RREM acoge una especie de elección tácita de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial, -en sentido figurado, naturalmente-, deducida del comportamiento fáctico y jurídico de los cónyuges. No es necesario que éstos declaren de modo expreso o implícito que desean que su régimen económico matrimonial quede sometido a la Ley de su última residencia habitual. Basta con examinar su comportamiento jurídico. Con ello queda garantizado que ambos cónyuges asumen la aplicación de la Ley de su última residencia habitual común. La aplicación de esta Ley a su régimen económico matrimonial no es, pues, en ningún caso, una sorpresa para los cónyuges, ya éstos han ajustado su economía matrimonial a dicha ley. Esta organización o planificación de la economía matrimonial con arreglo a la ley de la última residencia habitual común debe probarse por las partes. A tal efecto, pueden hacerse valer unas capitulaciones matrimoniales redactadas con arreglo a la Ley de la última residencia habitual común, explican S. MARINO y P. JIMÉNEZ BLANCO²⁹⁰. De igual modo, puede invocarse la existencia de donaciones entre los cónyuges realizadas con arreglo a la ley de la última residencia habitual común de los mismos, subrayan A. BONOMI/P. WAUTELET²⁹¹.

206. c) Instancia de parte. Al menos uno de los cónyuges debe haber instado a la autoridad competente la activación de esta excepción. Así lo expresa el precepto a pesar de las dudas que el texto ambiguo y poco preciso del Cons. 51 RREM pudiera suscitar al respecto.

Esta previsión resulta útil para los casos en los que ha fallecido un cónyuge. En dicho supuesto, el otro cónyuge, el superviviente, naturalmente, puede solicitar que se aplique al régimen económico matrimonial la ley de la última residencia habitual común de los cónyuges, explican L. RADEMACHER y H. PÉROZ²⁹².

Puede activarse este art. 26.3 RREM por ambos cónyuges o por uno solo de ellos. El precepto no exige que ambos esposos acuerden, ni expresa ni tácitamente, solicitar la activación de la cláusula de escape. De hecho, puede surgir una controversia al respecto entre ambos. El cónyuge A puede sostener que el régimen económico matrimonial se rige por la ley de la primera residencia habitual con tras el matrimonio y el cónyuge B puede solicitar al juez que cambie la ley aplicable al régimen económico matrimonial y declare que éste debe quedar sujeto a la ley de la última residencia habitual común porque los cónyuges, en la práctica, han conducido su economía matrimonial con arreglo a esta última ley.

207. d) Imposible activación en el caso de elección de Ley y de nacionalidad común de los cónyuges. Esta excepción prevista en el art. 26.3 RREM no opera en ningún caso para escapar de la aplicación de la Ley elegida por los cónyuges con arreglo al art. 22 RREM ni tampoco para escapar de la Ley de la nacionalidad común de los cónyuges establecida en el art. 26.1.b) RREM.

²⁸⁹ Vid. la obra citada en la nota anterior, esp. p. 499.

²⁹⁰ P. JIMÉNEZ BLANCO, *Regímenes económicos matrimoniales transfronterizos: Un estudio del Reglamento (UE) n° 2016/1103*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021; S. MARINO, "Strengthening the European Civil Judicial Cooperation: the patrimonial effects of family relationships", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2017, pp. 265-284.

²⁹¹ A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des relations patrimoniales de couple: commentaire des règlements (UE) n° 2016-1103 et 2016-1104*, Bruxelles, Editions Bruylant, 2021 (avec la collaboration de I. PRETELLI, E. LEIN, G. KESSLER, E. MIGLIORINI et K. ROKAS), pp. 99-101.

²⁹² L. RADEMACHER, "Changing the past: retroactive choice of law and the protection of third parties in the European regulations on patrimonial consequences of marriages and registered partnerships", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, pp. 7-18; H. PÉROZ, "Les lois applicables au régime primaire: incidences du règlement (UE) 2016/1103 sur le droit applicable au régime primaire en droit international privé français", *Journal de droit international Clunet*, 2017, pp. 813-829.

208. e) Preferencia por la Ley de la última residencia habitual común de los cónyuges. Esta excepción sólo se activa para hacer aplicable la ley de la última residencia habitual común de los cónyuges. No puede emplearse para provocar la aplicación de cualquier otra ley, como la Ley del país donde los cónyuges han residido habitualmente durante más tiempo, o la Ley nacional común, o la Ley del país de celebración del matrimonio o la Ley del país que rige el divorcio o la ley del país donde los cónyuges han solicitado el divorcio. En otras palabras, puede afirmarse, con J.P. QUINZÁ REDONDO, que no se trata de una cláusula de escape tradicional que conduce a la ley del país más conectado con la situación jurídica, sino de un mecanismo de reemplazo de la ley de la primera residencia habitual por la ley de la última residencia habitual cuando ésta última manifiesta una conexión más auténtica, genuina, clara y profunda que la que muestra la ley de la primera residencia habitual común de los cónyuges tras el matrimonio²⁹³.

209. f) Cláusula de aplicación opcional. Es ésta una cláusula de escape de aplicación potestativa por parte de la autoridad competente. Como explica O. FERACI, el texto legal es claro: la autoridad judicial que tenga competencia para resolver sobre el régimen económico matrimonial “*podrá decidir que la ley de un Estado distinto del Estado cuya ley sea aplicable en virtud del apartado 1, letra a), regirá el régimen económico matrimonial ...*”²⁹⁴. El juez, por lo tanto, debe llevar a cabo un juicio de oportunidad sobre la activación de esta cláusula de escape. A tal efecto podrá tener presentes todas las circunstancias de la situación jurídica concreta de los cónyuges.

210. Esta excepción no debe operar en el caso de que los cónyuges hayan otorgado unas válidas capitulaciones matrimoniales con anterioridad al establecimiento de su última residencia habitual común en ese otro Estado. En este caso, los cónyuges son conscientes de la existencia de sus capitulaciones matrimoniales regidas por otra ley, la Ley de su primera residencia habitual común. Es decir, en este caso, los cónyuges han buscado y han querido una estabilidad legal a través de sus capitulaciones matrimoniales y las han ajustado a la ley de su primera residencia habitual común tras el matrimonio. Han preferido fijar y asegurar en el tiempo la aplicación de la Ley de su primera residencia habitual tras el matrimonio. De ese modo, el art. 26.3 RREM no puede activarse en este caso. Ello supondría una alteración negativa de la seguridad jurídica y de la estabilidad legal del régimen jurídico de las capitulaciones matrimoniales.

d) Efectos de la excepción recogida en el art. 26.3 RREM

211. Primero. La Ley de ese otro Estado, esto es, la Ley del Estado de la última residencia habitual común de los cónyuges, solo se aplicará desde la celebración del matrimonio, a menos que uno de los cónyuges no esté de acuerdo. En este último caso, la ley de ese otro Estado surtirá efecto a partir del establecimiento de la última residencia habitual común en dicho Estado.

Por tanto, la regla general es que la ley del país de la última residencia habitual de los cónyuges se aplica retroactivamente al régimen económico matrimonial, esto es, desde el momento de su nacimiento, que es el momento de la celebración del matrimonio. Con ello se evita la aplicación de varias leyes al mismo régimen económico matrimonial.

212. Segundo. Si uno de los cónyuges se opone a la aplicación retroactiva de la ley de la última residencia habitual de los esposos, la regulación jurídica del régimen económico matrimonial queda partida en dos. La Ley de la primera residencia habitual de los cónyuges rige el régimen económico ma-

²⁹³ JACINTO PABLO QUINZÁ REDONDO, “La ‘cláusula de excepción’ del art. 26.3 del Reglamento 2016/1103 sobre régimen económico matrimonial”, en Mónica Guzmán Zapater (dir.) / Carlos Esplugues Mota (dir.) / Mónica Herranz Ballesteros (coord.), Marina Vargas Gómez-Urrutia (coord.), *Persona y familia en el nuevo modelo español de derecho internacional privado*, Tirant lo Blanch, València, 2017, pp. 301-312, esp p. 308.

²⁹⁴ O. FERACI, “L’incidenza del nuovo regime europeo in tema di rapporti patrimoniali tra coniugi e parti di unioni registrate sull’ordinamento giuridico italiano e le interazioni con le novità introdotte dal d.lgs. 7/2017 attuativo della cd. legge Cirinnà”, en *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2017 (<http://www.osservatoriosullefonti.it>).

trimonial desde la celebración del matrimonio hasta que se activa el art. 26.3 RREM. La Ley de la última residencia habitual común se aplica al régimen económico matrimonial hasta la disolución del mismo.

213. Tercero. La aplicación de la ley de ese otro Estado no afectará negativamente a los derechos de terceros derivados de la ley aplicable en virtud de la Ley de la primera residencia habitual común de los cónyuges tras el matrimonio.

IV. Reflexiones finales

214. Las normas de conflicto recogidas en el Capítulo II del Reglamento 2016/1103 forman un sistema autocontenido de soluciones para determinar la Ley aplicable al régimen económico matrimonial. Se trata de un conjunto de normas y de soluciones europeas que apuntan a cristalizar la ley aplicable mediante criterios eficientes de Derecho Privado. La búsqueda de los mejores puntos de conexión en este sector del Derecho constituye un relato histórico fascinante en la que la *famosissima quaestio* se presenta como un vértice en torno al cual se ha alcanzado un equilibrio jurídico incuestionable, adaptado al signo de los tiempos de este siglo XXI.

215. La crítica a las normas de conflicto del Reglamento 2016/1103 debe ser más técnica que valorativa. Puede haber defectos, que los hay, a la hora de fijar los mecanismos concretos utilizados para determinar la Ley aplicable al régimen económico matrimonial. Sin embargo, frente a ello, los valores de proximidad, eficiencia, igualdad entre los cónyuges y previsibilidad de la Ley aplicable, fundamentalmente, lucen con indudable y brillante claridad. La lucha contra el *forum shopping* y contra los movimientos especulativos de los cónyuges es también una doble clave del sistema de importancia evidente. Con todo ello, aumenta el *corpus* legislativo de un Derecho internacional privado europeo al servicio de la libre circulación de personas, lo que, incuestionablemente, da lugar a un hermoso paisaje jurídico por el que vale la pena combatir. Un paisaje de libertad individual.

216. La libertad individual de cada cónyuge es, sin duda, el valor de los valores. Producto típico y clásico del pensamiento propio de la sociedad europea, esta libertad individual se proyecta en todo el Reglamento 2016/1103. Tanto es así, que dicho texto legal es un monumento al derecho de los cónyuges a disponer de su propiedad privada particular y matrimonial como tienen por conveniente. Más allá de las fronteras de los Estados, más allá de los países en los que se encuentran los bienes del matrimonio, este Reglamento entrega el poder regulador a los cónyuges para que, del modo que estimen más adecuado a sus intereses, fijen la disciplina jurídica de los bienes integrados en la economía matrimonial. La escalera de puntos de conexión recoida en el Reglamento es una escalera de soluciones eficientes. Con ello, los cónyuges pueden prever cuál es la ley reguladora de sus bienes de un modo sencillo, transparente, casi intuitivo. Con ello, también, los cónyuges pueden circular libremente por la Unión Europea y gestionar fácilmente su economía matrimonial en el escenario líquido, global, cambiante, veloz y disperso que caracteriza la tercera década del siglo XXI. Sea pues, muy bienvenido, a la galaxia del Derecho internacional privado europeo, este nuevo sistema solar que, a través del Reglamento 2016/1103, se presenta como un instrumento legal de libertad para los ciudadanos y para las familias que viven y trabajan en la Unión Europea.

Aspectos jurídicos de la ecomoneda, la nueva moneda virtual amiga del medioambiente

Legal aspects of eco-coin, the new environmentally friendly virtual currency

ARMANDO ALVARES-GARCIA JÚNIOR

Profesor de Derecho Internacional

Facultad de Derecho. Universidad Internacional de La Rioja

ORCID ID: 0000-0002-5950-978X

ResearcherID: P-6924-2015

Recibido: 19.05.2023 / Aceptado: 19.06.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.8051

Resumen: La protección medioambiental, un asunto de notable seriedad y relevancia en diversas esferas, se encuentra en el epicentro de una revolución financiera. Recientemente, una novedosa criptomoneda, denominada “Ecomoneda”, ha surgido con el objetivo de fomentar el comercio y las inversiones de carácter sostenible, convirtiéndose en un fenómeno de gran interés en algunas naciones. Este fenómeno financiero plantea, sin embargo, una serie de desafíos jurídicos que merecen un análisis exhaustivo. En este sentido, nuestro estudio se propone examinar el entramado de cuestiones legales que rodean a la Ecomoneda, y se esfuerza por arrojar luz sobre su marco regulatorio, las implicaciones de su utilización y otras consideraciones normativas que emergen con relación a su implementación y funcionamiento.

Palabras clave: criptomonedas, ecomonedas, medioambiente, monedas virtuales, responsabilidad social corporativa.

Abstract: Environmental protection, a matter of considerable seriousness and relevance in various spheres, finds itself at the epicentre of a financial revolution. Recently, a novel cryptocurrency, dubbed “Eco-Coin”, has emerged with the aim of promoting sustainable trade and investment, becoming a phenomenon of great interest in some nations. However, this financial phenomenon poses a series of legal challenges that warrant thorough analysis. In this regard, our study proposes to examine the complex web of legal issues surrounding the Eco-Coin, and strives to shed light on its regulatory framework, the implications of its use, and other normative considerations that arise in relation to its implementation and operation.

Keywords: Cryptocurrencies, Eco-Coins, environment, virtual currencies, Corporate Social Responsibility.

Sumario: I. Introducción. II. La ecomoneda: aspectos generales. III. Regulación legal de la ecomoneda. 1. Armonización normativa. 2. Cumplimiento de las leyes de valores. 3. Prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo. 4. Contratos inteligentes y protección del consumidor. IV. Situación en el Reino de España. V. Ley aplicable a las ecomonedas. 1. Emisión. 2. Transacción. 3. Resolución de disputas. VI. Ecomoneda y responsabilidad corporativa. VII. Normativa de la UE y extranjera sobre las ecomonedas. 1. Normativa de la UE. A) Reglamento Roma I. B) Reglamento (UE) 1215/2012. C) Convenio sobre acuerdos de elección de foro (celebrado en

* armando.alvares@unir.net

La Haya, el 30 de junio de 2005). D) Convenio sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Resoluciones Judiciales Extranjeras en Materia Civil o Mercantil (celebrado en La Haya, el 2 de julio de 2019). E) Conflictos en materia de ecomonedas. 2. Normativa extranjera. VIII. Conclusiones.

I. Introducción

1. La protección medioambiental y la responsabilidad social corporativa constituyen temas interconectados que cada vez cobran mayor relevancia en el ámbito empresarial, social y jurídico¹. La sociedad es cada vez más consciente de la importancia de la preservación medioambiental, lo que se refleja en diversos movimientos contra el cambio climático. Este tema también se ha incorporado a las discusiones políticas (con mayor énfasis en algunos países que en otros), a la remodelación del proceso productivo (tanto por genuina preocupación por el planeta como por aproximación a un segmento creciente de consumidores sensibilizados con la problemática climática), y se está introduciendo con creciente intensidad en las discusiones jurídicas. Las recientes iniciativas para promover comportamientos proactivos respetuosos con el medioambiente² a través de monedas virtuales, conocidas como ecomonedas (*eco-coins*, *ecomoney* o *ecocurrency*)³, son novedosas y jurídicamente complejas. A nivel global, aún no se ha establecido un marco legal para las ecomonedas, y la legislación nacional no las ha incorporado de manera clara y unificada. Además, el análisis doctrinal de esta temática recién se encuentra en sus inicios⁴ y la jurisprudencia aún no la ha abordado. Para añadir una capa adicional de dificultad, la mayoría de los textos existentes, provenientes de otros campos del saber (v.g., finanzas), recurren directamente a la criptomoneda como punto de referencia. Pese a estos obstáculos, este estudio se propone examinar los distintos aspectos jurídicos de la ecomoneda.

II. La ecomoneda: aspectos generales

2. La ecomoneda es una moneda digital, también conocida como moneda virtual (MV), que se emite a cambio de fondos y se almacena en dispositivos electrónicos o magnéticos, permitiendo realizar transacciones de pago a terceros⁵. Su propósito es fomentar la sostenibilidad medioambiental promoviendo comportamientos y prácticas ecológicas, como la participación en programas de reciclaje.

¹ W. SIMMOU/K. GOVINDAN/I. SAMEER/ K. HUSSAINEY/S. SIMMOU, “Doing good to be green and live clean!”, *Journal of Cleaner Production*, n° 384, 2023, pp. 21-30.

² La relevancia social de este tipo particular de moneda radica en su enorme potencial para sensibilizar a diferentes actores y fomentar prácticas sostenibles y socialmente responsables, acordes con los principios de la Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) y congruentes, en este punto, con las recientes políticas y normativas desarrolladas en los ámbitos nacionales, regionales e internacional sobre protección medioambiental. *Vid* M. ZEESHAN/L. ZHU/A.U. FAKHRULLAH/S.N. KHAN, “The Green Supply Chain Model Implications for Economic and Environmental Sustainability Via Corporate Social Responsibility”, *Multicultural Education*, vol. 9, n° 1, 2023, pp. 43-67. Sin entrar en detalles técnicos de áreas no jurídicas, se podría considerar que uno de los grandes retos para la implementación ostensiva de la ecomoneda es el excesivo consumo eléctrico para su generación, especialmente si, en el futuro, por razones de seguridad, los emisores opten por el uso estandarizado del *blockchain*. A parte, claro está, existe el problema de la limitación de su uso y circulación ya que se desarrollaría en un entorno descentralizado y, por consiguiente, ajeno al marco institucional de los bancos centrales.

³ D. FOORD, “The Net-Negative Ethic: Rationalisation and National Carbon Footprint Programs”, en B. EDMONDSON (coord.), *Sustainability Transformations, Social Transitions and Environmental Accountabilities*, Cham, Springer International Publishing, 2023, pp. 39-77.

⁴ La literatura jurídica sobre las ecomonedas es prácticamente inexistente. En el ámbito de las criptomonedas, la bibliografía es extensa pero limitada por su enfoque en aspectos fiscales y delitos de fraude.

⁵ La MV es aquella que se puede almacenar digitalmente. A diferencia del dinero físico, no tiene una presencia tangible, sino que existe únicamente en formato virtual. De un modo general, este tipo de dinero se emite a cambio de fondos, lo que significa que los usuarios pagan al emisor (que puede ser un banco, una institución financiera o una empresa con tecnología financiera) una cierta cantidad de dinero tradicional a cambio de una cantidad equivalente de dinero electrónico, apto para realizar transacciones de pago, tanto *online* como *offline*, en cualquier lugar donde se acepte. Los usuarios pueden acceder a su dinero electrónico y realizar transacciones a través de tarjetas inteligentes o dispositivos móviles.

Aunque no existe un concepto jurídico para la ecomoneda⁶, se tiende a considerarla una variante de la criptomoneda, especialmente si se utiliza la criptografía para asegurar las transacciones y controlar la creación de nuevas unidades⁷. En principio, al ser una MV, la ecomoneda no está regulada y su control recae en sus desarrolladores y la comunidad que la acepta. Generalmente, no tienen curso legal en los países, entendiendo por curso legal aquel dinero aceptado por ley para liberar deudas y respaldado por un gobierno o una institución financiera central⁸. Su uso se presenta como una alternativa en sistemas de comercio local o comunitario y su aceptación depende de los acuerdos y de la confianza entre los participantes de la red⁹. El uso de una moneda alternativa y descentralizada para promover la sostenibilidad medioambiental¹⁰ y la equidad social¹¹ surge como respuesta social a los lentos avances de los Estados en materia climática¹². A pesar de la ausencia de un marco legal internacional, los Estados podrían prever su futura regulación y/o adoptar políticas gubernamentales más favorables o restrictivas hacia este tipo de moneda¹³, actualmente centradas en la economía circular¹⁴.

3. Los desafíos legales asociados a las ecomonedas, particularmente en el contexto del Derecho Internacional Privado (DIPriv), se intensifican conforme evolucionan dichas iniciativas. Determinar la

⁶ La propia MV tampoco lo tiene, ya que puede ser considerada como un activo digital, una forma de moneda o incluso una mercancía. *Vid* L. POOJA, “Currency and Payment Tech: Cryptocurrencies Transforming the Face of Finance”, en A.N. TURI (ed.), *Financial Technologies and DeFi: A Revisit to the Digital Finance Revolution*, Cham, Springer, 2023, pp. 57-66.

⁷ Las criptomonedas operan con una tecnología denominada “cadena de bloques” (*blockchain*), que es un tipo de libro compulsorio de contabilidad distribuido por un conjunto de nodos de computadora.

⁸ D. HELBING/C-I. HAUSLADEN, “Socio-economic implications of the digital revolution”, en P. CHEN/W. ELSNER/A. PYKA (coords.), *Handbook of Complexity Economics*, Londres/Nueva York, Routledge, 2022, pp. 347-376.

⁹ L. XIAO WEN/M. YOSOOGHIDZAJI/A. TAGHIPOUR, “Cryptocurrencies and Blockchain Applications”, en A. TAGHIPOUR (coord.), *Blockchain Applications in Cryptocurrency for Technological Evolution*, IGI Global, 2023, pp. 1-13.

¹⁰ I.E. SANCACK, “Change management in sustainability transformation: A model for business organizations”, *Journal of Environmental Management*, vol. 330, 2023, pp. 117-165.

¹¹ S. ARORA-JONSSON/J. GURUNG, “Changing business as usual in global climate and development action: Making space for social justice in carbon markets”, *World Development Perspectives*, n° 29, 2023, pp. 451-474.

¹² A. JOSHUA ADEYEMI/O. BLESSING UFUOMA, “Cryptocurrencies and central banks’ monetary policy roles”, *International Journal of Electronic Finance*, vol. 12, n° 2, 2023, pp. 97-116.

¹³ Algunas iniciativas notables incluyen: 1. *SolarCoin*, implementada en 2014, promueve la producción global de energía solar, asignando una unidad por cada MWh producido; 2. *WIR*, lanzada por el banco cooperativo suizo *WIR Bank*, se propone impulsar el comercio local y robustecer las pequeñas y medianas empresas, con uso restringido a sus miembros; 3. *ECO Coin*, proyecto neerlandés, recompensa comportamientos sustentables y permite ganar MVs canjeables por bienes y servicios igualmente sostenibles; 4. *Colu*, iniciativa israelí, favorece la creación de MVs en diversas ciudades para estimular el comercio local, la inversión en empresas responsables y sostenibles, así como la inclusión financiera y la participación ciudadana en la economía local; 5. *FairCoin*, utilizada por la red *FairCoop*, incentiva el comercio justo y las prácticas empresariales sostenibles a escala global; 6. *Palmas*, del Banco Palmas de Brasil, se usa en la ciudad de Fortaleza para fomentar el comercio local y la inclusión financiera; 7. *Crédito* (Córdoba), *Puma* (Mendoza) y *Quilmes* (Buenos Aires) son proyectos argentinos que promueven la sostenibilidad; 8. *BerkShare* (Massachusetts) e *Ithaca Hours* (Nueva York) en EE. UU.; 9. *Bristol Pound* (Bristol) y *Totnes Pound* (Totnes) en Reino Unido. Aunque el alcance de estas monedas es limitado, tanto en términos geográficos como de número de usuarios, han demostrado ser eficaces para potenciar la economía local y proteger el medio ambiente. Conforme crece la conciencia acerca de la importancia de la sostenibilidad y la equidad social, es de esperar que emerjan más iniciativas similares y que se expandan mediante operaciones transnacionales, al estilo de las criptomonedas.

¹⁴ La economía circular es un modelo económico que se opone al tradicional sistema lineal de “extraer, fabricar, usar y desechar”. En lugar de ello, se centra en la reutilización, el reciclaje y la regeneración. En una economía circular, los recursos se mantienen en uso durante el mayor tiempo posible, se extrae el máximo valor de ellos mientras están en uso, y luego se recuperan y regeneran los productos y materiales al final de su vida útil. El objetivo es minimizar el desperdicio y hacer un uso más eficiente de los recursos, creando un sistema que pueda funcionar a largo plazo. Una curiosidad: *FairCoop* es un sistema autoorganizado que pretende construir una economía mundial justa y abierta. Fue fundado en 2014 por Enric Duran, también conocido como el “Robin Hood de los bancos”, y otras personas. La iniciativa está abierta a todos y trabaja para fomentar la cooperación, la ética, la solidaridad y el equilibrio norte-sur en las relaciones económicas. Los aspectos clave del sistema incluyen: 1. *Faircoin*, la MVs que la entidad promueve como moneda principal para los intercambios económicos dentro de la red y que se basa en la tecnología *peer-to-peer*; 2. *FairMarket*, un mercado *online* donde se pueden comprar y vender bienes y servicios utilizando *Faircoin*; 3. *FairFunds*, que son los fondos destinados a apoyar proyectos que se alinean con sus valores (*Global South Fund*, *Technological Infrastructure Fund* y *Commons Fund*) y 4. *Open Coop Work*, una metodología de trabajo basada en la autogestión, la descentralización y el reparto de beneficios.

legislación pertinente en transacciones con ecomonedas (con cualquier MV) puede resultar intrincado, debido a la posibilidad de aplicación de la ley del país que la emite, la del lugar donde se efectúa la transacción, la acordada entre las partes respecto al contrato o incluso la que rige la resolución de conflictos. Considerando que el uso de ecomonedas favorece a la imagen de las empresas que reducen su huella de carbono, las operaciones internacionales que realicen conllevará presumiblemente a un mayor número de conflictos legales¹⁵.

4. La ecomoneda, fenómeno emergente, es una variante de la criptomoneda. Pese a que inicialmente no se fundamentaba en la criptografía, progresivamente ha adoptado este principio para garantizar su seguridad. Resulta oportuno enfatizar que, hasta la fecha, la normativa, doctrina y jurisprudencia vigentes en materia de MVs se han centrado en las criptomonedas. Dado que las ecomonedas se basan en la tecnología *blockchain* o en la del registro distribuido¹⁶, procedente directamente de las criptomo-

¹⁵ Numerosas disposiciones legales a nivel nacional, europeo e internacional son aplicables a las MVs y, por ende, a las ecomonedas. En España, por ejemplo, se pueden mencionar normativas como el Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre (BOE núm. 284, de 24 de noviembre de 2018), la Ley 10/2010, de 28 de abril (BOE núm. 103, de 29 de abril de 2010) y la Ley 7/2012, de 29 de octubre (BOE núm. 261, de 30 de octubre de 2012). Estas normativas abordan temas relacionados con los servicios de pago, la prevención del blanqueo de capitales/financiación del terrorismo (BC/FT) y la lucha contra el fraude fiscal, respectivamente. Por otro lado, en la Unión Europea (UE), entre otras normas, la Directiva 2015/849, de 20 de mayo de 2015 (4ª Directiva AML, DOUE L 141/73, de 5 de junio de 2015) y la Directiva (UE) 2018/843, de 30 de mayo de 2018 (5ª Directiva AML, DOUE L 156/43, de 19 de junio de 2018) abordan la prevención del uso del sistema financiero para el BC/FT, incluyendo las MVs. En otro apartado de este trabajo se analizarán el Reglamento (CE) 593/2008 (Roma I), el Reglamento (UE) 1215/2012 (Bruselas I Bis), el Convenio sobre acuerdos de elección de foro (celebrado en La Haya, el 30 de junio de 2005) y el Convenio sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Resoluciones Judiciales Extranjeras en Materia Civil o Mercantil (2022). A nivel internacional, entre otras iniciativas, las Recomendaciones del GAFI (Grupo de Acción Financiera Internacional) establecen estándares para combatir el BC/FT (incluyendo el uso de criptomonedas). Las partes pueden acordar la ley que rige el contrato que implica ecomonedas. En caso de omisión, habrá que examinar el complejo conjunto de reglas que podrían aplicarse para asegurar el cumplimiento de las obligaciones. De un modo general, para determinar la ley aplicable en transacciones con MVs, se pueden considerar diversos factores: la ubicación de las partes, la localización de los servidores de la MV, la ley del contrato subyacente, la ley del país donde se realiza la transacción y la ley del país de los bienes o servicios adquiridos. En algunos casos, diferentes leyes pueden aplicarse a distintos aspectos de la transacción, lo que puede complicar la determinación de la ley competente y la resolución de disputas relacionadas con ecomonedas. Finalmente, la ley aplicable podría depender de los hechos y circunstancias específicas de cada caso. *Vid* R.P. PRADHAN/M. ARVIN/M. SANGGARAN NAIR/S. BENNETT/J. H. HALL, “Interface between energy consumption, CO2 emissions, economic growth, and macroeconomic openness in financial action task force countries through the lens of a causality approach”, *Environmental Science and Pollution Research*, vol. 30, n° 9, 2023, pp. 256-283; W. HOLLAND, “Are Cryptocurrency Transactions Private in the European Union? Examining the Effects of Regulation (EU) 2015/847’s Amendment, Proposed Regulation (EU) 2021/0241, and the General Data Protection Regulation”, *Michigan State International Law Review*, vol. 31, n° 1, 2023, pp. 157-189; H. APPEL, *Quick Guide Crypto Assets: How they Classify within the Framework of Financial Market Law*, Wiesbaden, Springer, 2023, pp. 27-58; M. DYLAG/H. SMITH, “From cryptocurrencies to cryptocourts: blockchain and the financialization of dispute resolution platforms”, *Information, Communication & Society*, vol. 26, n° 2, 2023, pp. 372-387.

¹⁶ La tecnología *blockchain* y el registro distribuido (*DLT*, por sus siglas en inglés) son conceptos relacionados pero distintos. A continuación, se detallan sus diferencias: 1. *Blockchain*: esta tecnología es un tipo específico de registro distribuido que utiliza cadenas de bloques enlazadas criptográficamente para almacenar y registrar información. Cada bloque contiene un conjunto de transacciones, y cada nuevo bloque se enlaza al bloque anterior a través de una función criptográfica llamada “hash”. Esta tecnología constituye la base de varias criptomonedas, como Bitcoin y Ethereum; 2. Registros distribuidos (*DLT*): en general, son bases de datos que se almacenan y administran en múltiples nodos o computadoras en una red. Estos registros no dependen de una única autoridad central para validar y actualizar la información. En lugar de eso, los nodos de la red trabajan juntos para mantener y verificar los datos. La tecnología *blockchain* es un subconjunto de *DLT*, lo que significa que todas las *blockchains* son registros distribuidos, pero no todos los registros distribuidos son *blockchains*. Actualmente, no existe una legislación global única que regule las tecnologías *blockchain* o de registro distribuido. La mayoría de las leyes y regulaciones se centran en aspectos específicos relacionados con las criptomonedas o en aplicaciones de la tecnología en cuestión, como el cumplimiento de las leyes de valores, las regulaciones contra el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo y la protección del consumidor. Por ejemplo, en los Estados Unidos (EE. UU.), la Comisión de Bolsa y Valores (*SEC*) ha emitido una guía que sugiere que algunas criptomonedas y *tokens* basados en tecnología *blockchain* pueden ser considerados “valores” bajo la ley federal de valores. La UE, a su vez, propuso el Reglamento de Mercados de Criptoactivos (MiCA) en 2020, que busca establecer un marco regulatorio uniforme para los criptoactivos y las actividades relacionadas en la región, incluida la tecnología *blockchain*. Es importante señalar que las leyes y regulaciones varían en todo el mundo y continúan evolucionando a medida que las tecnologías de *blockchain* y registro distribuido se desarrollan y se adoptan ampliamente.

nedas, es plausible aplicar a las ecomonedas los principios y directrices previamente establecidos para las criptomonedas. Debe señalarse que existen MVs que emplean tecnologías alternativas a la cadena de bloques o *blockchain*. Es el caso de IOTA¹⁷, que utiliza una estructura conocida como *Tangle*, un tipo específico de Grafo Acíclico Dirigido (DAG). Esta tecnología se caracteriza por permitir transacciones libres de comisiones y ofrece una escalabilidad superior. En el mismo ámbito, Nano¹⁸ emplea un tipo de DAG denominado *Block-lattice*, en el que cada cuenta tiene su propio *blockchain* y logra la validación a través de un proceso de votación ponderada.

5. Las criptomonedas¹⁹, entre las que se incluyen Bitcoin y Ethereum, se caracterizan principalmente por ser un medio de intercambio digital descentralizado, sin necesidad de intermediarios financieros tales como bancos o gobiernos. Su emisión está controlada por algoritmos y sujetos a límites preestablecidos (por ejemplo, Bitcoin tiene un límite de 21 millones de unidades). Asimismo, se emplean para la adquisición de bienes y servicios tanto en línea como en algunas tiendas físicas. También se utilizan para inversiones y transacciones financieras, incluyendo préstamos y pagos *peer-to-peer*²⁰. Su valor, por su parte, es altamente volátil y depende de las fluctuaciones de oferta y demanda en el mercado. En paralelo, las ecomonedas buscan promover prácticas ecológicas y sostenibles. Su emisión se vincula a la realización de acciones o proyectos ecológicos, tales como la reducción de emisiones de carbono, la reforestación o la producción de energía renovable, sin establecer límites predefinidos. Estas monedas se emplean para adquirir bienes y servicios de empresas que siguen prácticas ecológicas y socialmente responsables, o para financiar proyectos que favorezcan la sostenibilidad ambiental. El valor de las ecomonedas se asocia directamente con el impacto ambiental y social que generan.

6. El terreno de las ecomonedas constituye un área novedosa para los tribunales (españoles, europeos y, en menor escala, internacionales). Los casos más relevantes hasta ahora (criptomonedas sin objetivos de promoción de la sostenibilidad) estuvieron centrados en el ámbito del derecho penal económico: 1. *SEC vs. Telegram Group Inc. & TON Issuer Inc.* (2020)²¹; 2. *SEC vs. Kik Interactive Inc.* (2020)²²; 3. *SEC*

¹⁷ T. ALSBOUI/H. MUHAMMAD/H. AL-AQRABI/R. HILL/M. HIJAWI, “A Scalable Decentralized and Lightweight Access Control Framework Using IOTA Tangle for the Internet of Things”, *8th International Conference on Internet of Things, Big Data and Security*, Science and Technology Publications, 2023, pp. 178-185.

¹⁸ Y. ASHOK KUMAR/K. SINGH/A. H. AMIN/L. ALMUTAIRI/T. R. ALSANANI/A. AHMADIAN, “A comparative study on consensus mechanism with security threats and future scopes: Blockchain”, *Computer Communications*, vol. 201, 2023, pp. 102-115.

¹⁹ A. COPESTAKE/D. FURCERI/P. GONZÁLEZ-DOMÍNGUEZ, “Crypto market responses to digital asset policies”, *Economics Letters*, n° 222, 2023, p. 110-149.

²⁰ Las transacciones *peer-to-peer*, también conocidas como P2P, se refieren a intercambios directos de bienes, servicios o información entre dos o más participantes sin la necesidad de intermediarios o una autoridad centralizada. En este tipo de transacciones, los participantes interactúan directamente entre sí utilizando tecnologías como la red de Internet y protocolos específicos para facilitar la comunicación, verificación y transferencia de activos. Este enfoque descentralizado permite una mayor eficiencia, reducción de costos y autonomía para los participantes, ya que no dependen de terceros para llevar a cabo sus intercambios. Ejemplos comunes de transacciones *peer-to-peer* son el intercambio de archivos, el comercio electrónico entre individuos o el uso de criptomonedas para transferir valor de persona a persona sin intermediarios bancarios.

²¹ U.S. Securities and Exchange Commission. Disponible en: <https://www.sec.gov/whistleblower/award-claim/award-claim-2020-089>. La Comisión de Bolsa y Valores de los EE. UU. (SEC) presentó una demanda contra ambas empresas relativa a una Oferta Inicial de Monedas (ICO) no registrada de la criptomoneda *Gram*. El resultado fue la cancelación de la ICO y la devolución de los fondos a los inversores.

²² U.S. Securities and Exchange Commission. Disponible en: <https://www.sec.gov/whistleblower/award-claim/award-claim-2020-149>. La SEC argumentó que *Kik* realizó una oferta de *tokens* no registrada, incumpliendo las leyes de valores estadounidenses. El fallo judicial impuso una multa de 5 millones de dólares a la empresa. Un *token* es un tipo de criptomoneda que representa un activo o una utilidad específica en una plataforma concreta. Se crean en una cadena de bloques existente, en lugar de tener su propia cadena de bloques. No se pueden minar. Se crean todos a la vez y luego se distribuyen a través de un evento de generación de *tokens* (ICO). Pueden representar una variedad de activos y utilidades habitualmente condensadas en dos categorías: 1. Representación de una participación de una empresa (*tokens* de seguridad) y 2. Método de pago en una plataforma (*tokens* de utilidad), aunque pueden representar activos físicos del mundo real. Se utilizan habitualmente en aplicaciones descentralizadas (dApps) constituidas en cadena de bloques como Ethereum. Vid B. COTLER, “Tokenized and Non-tokenized Assets: Legal Considerations”, en H. K. BAKER/H. BENEDETTI/E. NIKBAKHT/ S. S. SMITH (coords.), *The Emerald Handbook on Cryptoassets: Investment Opportunities and Challenges*, Bingley, Emerald, 2023, pp. 249-263.

vs. *Blockvest, LLC* (2019)²³; 4. *AA vs. Bitfinex et al.* (2019)²⁴; 5. *Eyal vs. Golan* (2018)²⁵; 6. *B2C2 Ltd. vs. Quoine Pte Ltd.* (2017)²⁶; 7. *United States vs. Murgio* (2017)²⁷; 8. *Mt. Gox* (2014)²⁸; 9. *Trendon T. Shavers Case* (2014)²⁹. La mayoría de los litigios relativos a las MVs se centran en estafas, lavado de dinero e ICOs fraudulentos. Aún no se han presentado casos sobre el uso de ecomonedas en transacciones civiles y comerciales internacionales (además de la novedad, es notorio que muchos conflictos son sometidos a arbitrajes sin mayores difusiones)³⁰. Pero los problemas siguen existiendo y, según nuestra perspectiva, están centrados en dos carencias fundamentales: 1. la falta de una regulación global clara y coherente para las MVs³¹ y 2. la falta de definición precisa sobre su estatus legal en diferentes jurisdicciones (moneda, valores)³², lo que conlleva a problemas de seguridad legal³³ y de protección de los inversores³⁴ y del propio mercado (como se sabe, las MVs son inherentemente volátiles y pueden experimentar fluctuaciones im-

²³ U.S. Securities and Exchange Commission. Disponible en: <https://www.sec.gov/litigation/litreleases/2019/lr24400.htm>. La SEC acusó a *Blockvest* de realizar una oferta de valores no registrada al vender *tokens* de una criptomoneda. A pesar de la defensa de la empresa, el tribunal concluyó que los *tokens* eran valores y que *Blockvest* había violado las leyes aplicables.

²⁴ High Court of Justice. Business & Property Courts of England and Wales. Commercial Court (QBD). Disponible en: <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2020/02/AA-v-Persons-Unknown-summary-case-note-SB-amended.pdf>. En este arbitraje, un inversor acusó a la plataforma de intercambio *Bitfinex* (criptomoneda *Tether*) de manipulación de mercado, generando pérdidas significativas a los inversores.

²⁵ JUSTIA US Law (Opinion). Disponible en: <https://law.justia.com/cases/pennsylvania/superior-court/2018/1672-wda-2017.html>. El tribunal israelí tuvo que determinar el estatus jurídico de una empresa conjunta para crear una criptomoneda destinada a financiar proyectos ambientales. El fallo consideró que era una sociedad según la ley israelí (como sociedad, sería aplicable la ley israelí a la transacción; como asociación -argumento de la defensa- sería aplicable la ley del país donde se realizó la transacción).

²⁶ Singapore International Commercial Court of the Republic of Singapore. Disponible en: <https://www.sicc.gov.sg/docs/default-source/modules-document/judgments/b2c2-ltd-v-quoine-pte-ltd.pdf>. B2C2 (una empresa de comercio electrónico) demandó a *Quoine* (una plataforma de intercambios de Mvs) por revertir siete transacciones de conversión de criptomonedas (de Ether a Bitcoin). El tribunal de Singapur falló a favor de B2C2 estableciendo que *Quoine* había violado el contrato y la confianza depositada en ellos.

²⁷ Case Text. Disponible en: <https://casetext.com/case/united-states-v-murgio>. El Tribunal del Distrito Sur de Nueva York examinó si las transacciones de una empresa de MVs constituían lavado de dinero y fraude bancario, siendo el fallo afirmativo, y condenó a los fundadores por su participación en los mismos. El caso *United States vs. Murgio* (2017) se centró en Anthony R. Murgio, quien operaba *Coin.mx*, un intercambio de bitcoins en línea (más de \$10 millones en transacciones ilegales). Fue acusado de conspirar para operar un negocio de transmisión de dinero sin licencia, conspirar para cometer fraude por cable y bancario, y conspirar para obstruir un examen de la Cooperativa de Crédito Federal *Helping Other People Excel* (HOPE FCU, una cooperativa de crédito federal en Nueva Jersey) por la Administración Nacional de Cooperativas de Crédito (NCUA) en favor del esquema ilegal de *Coin.mx*. Murgio se declaró culpable de estos cargos el 9 de enero de 2017 y fue sentenciado a 66 meses de prisión. <https://www.justice.gov/usao-sdny/pr/operator-unlawful-bitcoin-exchange-sentenced-more-5-years-prison-leading-multimillion>.

²⁸ Tokyo District Court 2014 (fu) n° 3830. Bankrupt Entity: *MtGox Co., Ltda.* Disponible en: https://www.mtgox.com/img/pdf/20140723_report_en.pdf. La quiebra de *Mt. Gox* derivó en una serie de demandas internacionales de compensación debido a la pérdida de criptomonedas de sus usuarios.

²⁹ U.S. Securities and Exchange Commission. Disponible en: <https://www.sec.gov/litigation/litreleases/2014/lr23090.htm>. La SEC acusó a *Shavers*, un hombre de Texas, de operar un esquema de inversión fraudulento mediante bitcoins (esquema Ponzi, violando las leyes de valores). El tribunal falló a favor de la SEC (*Shavers* argumentó que las inversiones realizadas a través de su empresa, *Bitcoin Savings and Trust -BTCST-* no constituían ni valor ni nota, y por lo tanto no estaban sujetas a la regulación de la SEC).

³⁰ E. RUSAKOVA/E. YOUNG, "The Impact of Digital Technologies on Arbitration Courts", en S. MAXIMONOVA/R. RAIKIN/A. CHIBILEV/M. SILANTYEVA (coords.), *Advances in Natural, Human-Made, and Coupled Human-Natural Systems Research*, vol. 2, Cham, Springer, 2023, pp. 445-457.

³¹ M. REIDER-GORDON, "Not a Game: The Need to Harmonize a Global Regulatory Approach to Combat Money Laundering via Virtual Assets in Massively Multiplayer Online Games" en N. REBE (coord.), *Cyber Laundering: International Policies and Practices*, Singapur, WSPC, 2023, pp. 105-143.

³² E. ZAINUTDINOVA, "Models of Legal Regulation of Digital Rights and Digital Currency Turnover", *Legal Issues in the Digital Age*, vol. 4, n° 1, 2023, pp. 93-122.

³³ T. NAVAMANI, "A review on cryptocurrencies security", *Journal of Applied Security Research*, vol. 18, n° 1, 2023, pp. 49-69; Otro trabajo interesante es el de Y. MEZQUITA/D. PÉREZ/A. GONZÁLEZ-BRIONES/J. PRIETO, "Cryptocurrencies, Survey on Legal Frameworks and Regulation Around the World", en J. PRIETO/F. LUIS BENITEZ MARTÍNEZ/S. FERRETI/D. ARROYO GUARDEÑO/P.T. NEVADO-BATALLA (coords.), *Blockchain and Applications. 4th International Congress*, Cham, Springer, 2023, pp. 58-66.

³⁴ B. SUNDARARAJAN/S. OKSANA/S. LIN, "Banking and Financial Markets Around the Globe", en B. SUNDARARAJAN/S. OKSANA/S. LIN (coords.), *Cross-Cultural Practices in Business and Finance: Frameworks and Skills*, Cham, Springer, 2023, pp. 109-120.

portantes en su valor en un corto período de tiempo³⁵, lo que contribuye a aumentar el riesgo de pérdidas para sus inversores). La falta de regulación y supervisión efectiva puede hacer que sea más fácil para los estafadores y delincuentes utilizar MVs para actividades ilícitas como el BC/FT utilizando como “anzuelo” para la captación de recursos (o como “tapadera”) la idea de protección medioambiental (en el caso específico de la ecomoneda).

III. Regulación legal de la ecomoneda

7. Hay cuatro cuestiones esenciales para la regulación legal de la ecomoneda: 1. Armonización internacional y normativas locales; 2. Cumplimiento de la legislación de valores; 3. Prevención del BC/FT; 4. Contratos inteligentes y protección al consumidor:

1. Armonización normativa

8. En este primer punto, es crucial la armonización entre las regulaciones (presentes y futuras) de diferentes países, pues la disparidad normativa global provoca incertidumbre jurídica (con relación a las criptomonedas, por ejemplo, se observa desde la prohibición total hasta su promoción activa)³⁶. Esta armonización, que requerirá la cooperación de organismos internacionales como el FMI, el Banco Mundial y la OCDE, y las autoridades nacionales, permitiría una mayor transparencia, eficiencia y seguridad en el comercio de ecomonedas. Para ello, sería útil formar grupos de trabajo e intercambiar información y buenas prácticas entre reguladores, así como establecer estándares y principios globales en cuanto a transparencia, responsabilidad, protección al consumidor y tratamiento fiscal.

9. Un marco regulador armonizado debe equilibrar la protección de los consumidores y la mitigación de riesgos financieros con el fomento de la innovación. Un enfoque regulatorio basado en principios³⁷ permitiría adaptarse a cambios en el ecosistema de MVs y fomentar un entorno innovador³⁸. A su vez, la creación de “sandbox” regulatorios³⁹ permitiría a las empresas experimentar con nuevas tecnologías y modelos de negocio en un entorno controlado y supervisado. Resulta imprescindible también mejorar la educación financiera y aumentar la concienciación pública sobre los riesgos y beneficios de estas monedas para poder tomar decisiones ponderadas y minimizar riesgos⁴⁰.

10. El establecimiento de un marco regulatorio global para las ecomonedas constituye un reto enorme. Las autoridades financieras como la Junta de Estabilidad Financiera, el Comité de Basilea sobre Supervisión Bancaria y el Grupo de Acción Financiera trabajan para proporcionar una respuesta adecuada a las expectativas del mercado⁴¹. A nivel europeo, el Reglamento (UE) 2023/1114 del Parla-

³⁵ A-P-N., NGUYEN/M. CRANE/M. BEZBRADICA, “Cryptocurrency Volatility Index: An Efficient Way to Predict the Future CVI”, en L. LONGO/R. O’REILLY (coords.), *Artificial Intelligence and Cognitive Science: 30th Irish Conference. Revised Selected Papers*, Cham, Springer, 2023, pp. 355-367.

³⁶ J. SCHARFMAN, *The Cryptocurrency and Digital Asset Fraud Casebook*, Cham, Springer, 2023, pp. 35-53; Y. MEZQUITA/D. PÉREZ/A. GONZÁLEZ-BRIONES/J. PRIETO, *op. cit.* En el trabajo se destaca lo mismo para con las criptomonedas.

³⁷ M. CHO/G.V. KRISHNAN, “Principles-based accounting standards and audit outcomes: empirical evidence”, *Review of Accounting Studies*, vol. 28, n° 1, 2023, pp. 164-200; D. OTTO BEERBAUM, “Underlying Philosophical Underpinnings of Normative and Positivist Accounting”, SSRN, Elsevier, 2023 (22 de marzo), disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4390093#:~:text=http%3A//dx.doi.org/10.2139/ssrn.4390093.

³⁸ F.I. LESSAMBO, *Fintech Regulation and Supervision Challenges within the Banking Industry: A Comparative Study within the G-20*, Londres, Palgrave Macmillan, 2023, pp. 1-26.

³⁹ E. ZAINUTDINOVA, “Models of Legal Regulation of Digital Rights and Digital Currency Turnover”, *Legal Issues in the Digital Age*, vol. 4, n° 1, 2023, pp. 93-122.

⁴⁰ C.F. ALVES, “A note on financial literacy among literate people and their participation in different securities market segments”, *Studies in Economics and Finance*, vol. 40, n° 2, 2023, pp. 286-301.

⁴¹ PwC Global Regulation Report 2023. Localizado en <https://www.pwc.com/gx/en/new-ventures/cryptocurrency-assets/pwc-global-crypto-regulation-report-2023.pdf>

mento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 2023, es un buen ejemplo de este esfuerzo. A su vez, a nivel nacional, países como el Reino Unido, Malasia, Panamá y Emiratos Árabes Unidos avanzan hacia una mejor regulación en este campo. El gobierno británico, por ejemplo, tiene la intención de convertir las monedas con base criptográfica en un instrumento financiero regulado⁴², mientras que los demás, más avanzados en este punto, ya iniciaron la implementación de sus zonas francas digitales: Malasia (2017), Panamá (2019) y Emiratos Árabes Unidos: 1. Emirato Ras Al Khaimah (marzo de 2023) y 2. Dubái (en proceso de implantación hasta el final de 2023)⁴³. En España, la normativa es cautelosa con las MVs, debido a la alta protección que brinda a los derechos de los inversores y consumidores. La Comisión Nacional de Valores Mobiliarios y el Banco de España están a favor de la regulación de estas monedas, pero consideran que esta solo puede hacerse a nivel de la UE y en consulta con terceros países como los EE.UU.⁴⁴.

2. Cumplimiento de las leyes de valores

11. Es esencial establecer un marco regulatorio coherente y efectivo para las operaciones con ecomonedas, garantizando así el cumplimiento de las normativas de valores en cada Estado. Los *tokens* y criptomonedas, debido a su estructura y forma de emisión, podrían ser clasificados como “valores”, aspecto que dependerá, en última instancia, de la jurisdicción y de las regulaciones específicas⁴⁵. En los EE. UU., la SEC utiliza el criterio del “test de Howey” para esta determinación⁴⁶. Según este, un activo se considera valor si: (1) supone una inversión monetaria; (2) se efectúa en una empresa común; (3) genera expectativas (razonables) de beneficio; y (4) estos beneficios proceden principalmente del esfuerzo de terceros. En la UE, no existe una clasificación específica para las ecomonedas. Sin embargo, la Directiva sobre Mercados de Instrumentos Financieros II (MiFID II), en vigor desde 2018⁴⁷, regula varios instrumentos financieros que podrían incluirse en la categoría de “valores”. Bajo esta directiva, se puede inferir que un activo es un valor si se categoriza como un instrumento financiero, como acciones, bonos o derivados⁴⁸. En esta línea, las ecomonedas podrían ser consideradas valores si otorgan ciertos derechos (propiedad, voto, dividendos) y cumplen los requisitos de negociabilidad establecidos en la legislación europea⁴⁹, los cuales engloban transparencia, negociabilidad, diseño de contratos de derivados, cumplimiento de obligaciones por parte del emisor y acceso a la información.

⁴² “Cripto podría convertirse en un instrumento financiero regulado en Reino Unido”, publicado el 26 de octubre de 2022 en Investing.com, <https://es.investing.com/news/cryptocurrency-news/cripto-podria-convertirse-en-un-instrumento-financiero-regulado-en-reino-unido-2310745>.

⁴³ “Zonas francas digitales en Malasia, Emiratos Árabes Unidos y Panamá”, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Asesoría Parlamentaria, abril de 2023. Localizado en https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/34121/1/Zonas_francas_digitales_en_Malasia_Emiratos_Arabes_Unidos_y_Panama.pdf.

⁴⁴ En España, las criptomonedas no son equiparadas ni tratadas como dinero de curso legal. De hecho, dependiendo de su naturaleza, podrían ser consideradas valores (en el caso de ofertas públicas), bienes o incluso *commodities* (cuando se negocian individualmente). “Blockchain & Cryptocurrency Laws and Regulations 2023. Spain”, GLI. Global Legal Insights. Localizado en <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/blockchain-laws-and-regulations/spain>.

⁴⁵ J. HUBER, *The Monetary Turning Point: From Bank Money to Central Bank Digital Currency (CBDC)*, Berlin, Palgrave Macmillan/Springer, 2023, pp. 9-32.

⁴⁶ F.I. LESSAMBO, *Fintech Regulation and Supervision Challenges within the Banking Industry: A Comparative Study within the G-20*, *op. cit.*; A. ESHRAGHI, “Approaches to Cryptocurrency Valuation”, en H. KENT BAKER/H. BENEDETTI/ E. NIKBAKHT/S. STEIN SMITH (coords.), *The Emerald Handbook on Cryptoassets: Investment Opportunities and Challenges*, Bingley, Emerald Publishing Limited, 2023, pp. 171-184; H. FADLALLAH, “Technical and legal framework of Initial coin offerings”, *International Review of Law*, vol. 12, n° 1, 2023, pp. 285-307.

⁴⁷ Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014. DOUE L 173/349, de 12 de junio de 2014.

⁴⁸ F.I. LESSAMBO, *Fintech Regulation and Supervision Challenges within the Banking Industry: A Comparative Study within the G-20*, *op. cit.*

⁴⁹ En el ámbito europeo, los criterios de negociabilidad de los valores están principalmente regulados por la MiFID II y por el Reglamento de Mercados de Instrumentos Financieros (MiFIR). A su vez, el artículo 51 de la Autoridad Europea de Valores y Mercados (ESMA) proporciona directrices adicionales.

12. Es relevante destacar que la *SEC* y las entidades reguladoras homólogas internacionales deben intensificar su comunicación y colaboración, garantizando que las empresas emisoras de ecomonedas se ajusten a las correspondientes leyes de valores. Este enfoque, a nuestro juicio, reforzaría la protección del inversor y disminuiría el riesgo de fraude y manipulación de mercado. Es apropiado que, mediante acuerdos entre entidades reguladoras, que faciliten el intercambio de información, y con la implicación de organismos como el GAFI⁵⁰ o el Foro de Estabilidad Financiera (FSB)⁵¹, se fomente la transparencia mediante normas unificadas de supervisión para el cumplimiento de las leyes de valores⁵². Este enfoque ayudaría a combatir el fraude y la manipulación de mercado, al restringir la explotación de vacíos legales o el ejercicio de actividades ilícitas en jurisdicciones de regímenes regulatorios laxos. Por último, dado el carácter internacional de las transacciones con MVs de base criptográfica, es fundamental tener en cuenta las diferencias entre las leyes nacionales respecto a si estos activos son considerados como valores. La adaptación continua del marco regulatorio a las innovaciones del sector resulta indispensable⁵³, así como la implementación de medidas de protección al inversor como requisitos de divulgación, limitaciones en la publicidad y sistemas de compensación para las pérdidas.

3. Prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo

13. Es indispensable establecer un marco jurídico que regule tanto las emisiones como las transacciones de MVs, particularmente las de base criptográfica. Dicha normativa podría prevenir el BC/FT, preocupaciones reconocidas por las autoridades competentes. Su regulación, similar a la aplicada a las entidades financieras tradicionales, coadyuvaría en la limitación de su empleo en prácticas fraudulentas. Nos parece también imperativo que las empresas dedicadas al intercambio de activos y los proveedores de servicios de monederos electrónicos implementen, de manera obligatoria, los protocolos “Conozca a su Cliente” (KYC)⁵⁴ y “Evaluaciones de Riesgos de Debida Diligencia” (EDD)⁵⁵ para combatir cualquier actividad ilícita. El KYC obligaría a las empresas a verificar la identidad de sus clientes (recopilación de datos personales como nombres, direcciones, fechas de nacimiento y números de identificación oficiales, añadiéndose una vigilancia continua de las transacciones para detectar eventuales comportamientos sospechosos), mientras que la EDD requeriría un análisis detallado de todas las transacciones y relaciones comerciales (se identifican beneficiarios finales, la naturaleza y el propósito de las transacciones y se evalúa la exposición al riesgo. Su enfoque de gestión de riesgo ayuda a calibrar la adopción de medidas acordes con el nivel de exposición identificado en cada caso)⁵⁶. No obstante, habría

⁵⁰ F.I. LESSAMBO, *Anti-Money Laundering, Counter Financing Terrorism and Cybersecurity in the Banking Industry: A Comparative Study within the G-20*, New Britain, Springer/Palgrave Macmillan, 2023; L. DE KOKER, “Towards meaningful action against proliferation financing”, *Journal of Money Laundering Control*, vol. 26, nº 2, 2023, pp. 213-214.

⁵¹ A.Q. HACHIM/F.A. SABAA, “International Framework of Financial Stability Reinsurance”, *Resmilitaris*, vol. 13, nº 1, 2023, pp. 963-979.

⁵² T. VAN DER LINDEN/T. SHIRAZI, “Markets in crypto-assets regulation: Does it provide legal certainty and increase adoption of crypto-assets?”, *Financial Innovation*, vol. 9, nº 1, 2023, pp. 22-48.

⁵³ Algunos expertos han propuesto, por ejemplo, la revisión de la regulación MiCA de la UE para incorporar las finanzas descentralizadas (DeFi), así como los depósitos y préstamos de este tipo de moneda. *Vid* “La UE aprueba la regulación sobre las criptomonedas y obliga a las plataformas a identificar a sus clientes”. Cinco Días, 21 de abril de 2023. Localizado en <https://cincodias.elpais.com/companias/2023-04-21/la-ue-aprueba-la-regulacion-sobre-las-criptos-y-obliga-a-las-plataformas-a-identificar-a-sus-clientes.html>.

⁵⁴ M.A. HANNAN/M.A. SHAHRIAR/M.S. FERDOUS/M.J.M. CHOWDHURY/M.S. RAHMAN, “A systematic literature review of blockchain-based e-KYC systems”, *Computing*, nº 168, 2023, pp. 1-30; B. VAN VLIET, “Cryptocurrency Anti-Money Laundering (AML) and Know-Your-Customer (KYC) Management System Standard—Requirements”, SSRN, Elsevier, 2023 (21 de abril), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4403529#:~:text=http%3A//dx.doi.org/10.2139/ssrn.4403529; A. THOMMANDRU/B. CHAKKA, “Recalibrating the Banking Sector with Blockchain Technology for Effective Anti-Money Laundering Compliances by Banks”, *Sustainable Futures*, nº 5, 2023, p. 100-107.

⁵⁵ T. GIBBS, “Evolution of Legal and Regulatory Responses to Money Laundering Risks Related to Virtual Assets: The Examples of the European Union and the US”, en N. REBE (coord.), *Cyber Laundering: International Policies and Practices*, Singapur, WSPC, 2023, pp. 197-233; D. KUMAR/M.E. LOKANAN, “Money laundering influence on financial institutions and ways to retaliate”, *Journal of Money Laundering Control*, vol. 26, nº 1, 2023, pp. 133-147.

⁵⁶ T. GIBBS, *op. cit.*

que comentar que esos protocolos suscitan controversias en el ámbito digital, donde la privacidad y la descentralización son claves (actualmente, se exploran métodos novedosos para el cumplimiento de esas reglas preservando la protección de datos (en el ámbito europeo, el Reglamento General de Protección de Datos: RGPD⁵⁷, como la encriptación homomórfica y el cálculo seguro multipartito, que mejoran la privacidad del cliente manteniendo el acceso a la información necesaria⁵⁸).

14. El acatamiento de leyes y regulaciones de servicios monetarios, tales como, en los EE. UU., la Ley de Secreto Bancario⁵⁹ y, en el ámbito de la UE, la Directiva AMLD⁶⁰ (Directiva 2015/849 de 20 de mayo de 2015, sobre la prevención del uso del sistema financiero para el BC/FT) se aplican a las empresas emisoras de criptomonedas y, por extensión, a las ecomonedas emitidas con base criptográfica: deberán registrarse como Instituciones de Servicios Monetarios (MSB) o Instituciones de Moneda Electrónica (EMI), cumpliendo con requisitos específicos (capital mínimo, controles internos, políticas de prevención de BC/FT y presentación de informes a las autoridades competentes). Resulta fundamental promover la cooperación internacional y el intercambio de información entre autoridades nacionales e internacionales, y potenciarlos a través de entidades como el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) o el Grupo Egmont⁶¹ para garantizar la eficacia de las medidas de prevención⁶². A parte de la colaboración en el ámbito de las investigaciones relacionadas con las MVs (emisión fraudulenta, etc.) sería conveniente, en nuestro modo de ver, el reforzamiento de los tratados de asistencia judicial mutua y los convenios de intercambio de información tributaria⁶³. A final, todos ellos juntos sirven como puntos de impulsión para una interrelación más estrecha entre las diferentes autoridades nacionales e internacionales.

15. La percepción mayoritariamente negativa de los gobiernos respecto a la alabada desregulación y descentralización de las MVs (alabadas por las empresas del sector: emisoras, intercambiadoras, proveedoras de monederos, etc.) sugiere un incremento de la cooperación en los próximos años. Sin embargo, la necesidad de minimizar los riesgos de mal uso y la delincuencia incrementa la presión para la imposición de regulaciones análogas a las de las instituciones financieras tradicionales⁶⁴. Caso se verifique la armonización (y, con suerte, la unificación) de las normativas, se impulsaría la colaboración entre las distintas autoridades a nivel nacional e internacional, favoreciendo el intercambio estandarizado de información y la supervisión uniforme de transacciones para prevenir actividades ilegales.

4. Contratos inteligentes y protección del consumidor

16. Los Contratos Inteligentes (*Smart Contracts*)⁶⁵ son vitales en el ecosistema de las MVs y, por ende, requieren inclusión en cualquier marco regulatorio eficiente. Deberían abordarse de manera

⁵⁷ S. WAGMAN, "Cryptocurrencies and National Security: The Case of Money Laundering and Terrorism Financing", *Harvard Security Journal*, vol. 14, n° 87, 2022 (28 de diciembre), pp. 87-99.

⁵⁸ Panther Team, Panther Protocol, "KYC/AML: How crypto change TradFi Forever", 27 de julio de 2022, <https://blog.pantherprotocol.io/kyc-aml-how-crypto-might-change-a-traditional-finance-standard-forever/>.

⁵⁹ Bank Secrecy Act, 31 U.S.C. § 5311 et seq.

⁶⁰ DOUE L 141/73, de 5 de junio de 2015.

⁶¹ W. WANG/M. HSIEH, "Cryptocurrency is new vogue: a reflection on money laundering prevention", *Security Journal*, n° 135, 2023, pp. 1-22; Y. SONG/B. CHEN/X-Y. WANG, "Cryptocurrency technology revolution: are Bitcoin prices and terrorist attacks related?", *Financial Innovation*, vol. 9, n° 1, 2023, pp. 1-20.

⁶² T. GIBBS, *op. cit.*

⁶³ J. SCHARFMAN, *op. cit.*

⁶⁴ T. VAN DER LINDEN/T. SHIRAZI, *op. cit.*

⁶⁵ La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH) comenzó a debatir las cuestiones jurídicas relacionadas con los contratos inteligentes y la tecnología *blockchain* en 2018. Temas como la caracterización jurídica de los contratos inteligentes, jurisdicción competente, normas de elección de la ley y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales pertinentes a esos contratos fueron abordados sin que se adoptase cualquier convención específica. *Vid* L.L., PINHEIRO, "Laws Applicable to International Smart Contracts and Decentralized Autonomous Organizations (DAOS)", SSRN, Elsevier, 2023 (5 de junio), disponible en su número 4467408: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4467408. No obstante, el Convenio sobre Acuerdos de Elección de Foro, de 30 de junio de 2005 (aprobado por la UE el 4 de diciembre

robusta cuestiones como transparencia, responsabilidad y resolución de disputas, además de adoptar normativas internacionales para asegurar su interoperabilidad y confianza en transacciones que involucren MVs en escenarios transnacionales⁶⁶. Estos contratos, en su naturaleza autoejecutiva y descentralizada⁶⁷, plantean desafíos en términos de protección del consumidor y responsabilidad de las partes⁶⁸. En la UE, por ejemplo, el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo (Reglamento General de Protección de Datos: RGPD)⁶⁹ establece requisitos sobre privacidad y protección de datos⁷⁰, aspectos susceptibles de ser afectados por la transparencia e inmutabilidad de los contratos inteligentes⁷¹. Simultáneamente, la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (Directiva sobre los Derechos de los Consumidores⁷² y sus posteriores modificaciones⁷³) garantiza ciertos derechos (como el derecho de desistimiento en contratos a distancia⁷⁴), cuya implementación en contratos inteligentes podría resultar compleja. A parte, encontramos el desafío de determinar la responsabilidad en casos de errores de programación o los ataques maliciosos. Por tanto, insistimos en la necesidad de que los reguladores y legisladores adecuen las normativas existentes o formulen nuevas disposiciones que afronten estos desafíos, incluyendo nuevos mecanismos de resolución de disputas en línea (ODR)⁷⁵, más

de 2014: DOUE L 2014-83649, de 10 de diciembre de 2014) y el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia civil o mercantil, de 2019 (aprobado por la UE el 12 de julio de 2022: DOUE L 2022-81055, de 14 de julio de 2022) podrían ser eventualmente considerados. El panorama jurídico en torno a los contratos inteligentes es complejo y evoluciona rápidamente. Si bien la Conferencia de la Haya aún no ha creado una convención específica que los aborde, es posible que las futuras convenciones cubran al menos parcialmente esta área, o que las convenciones existentes se interpreten para abarcarlas.

⁶⁶ Organizaciones como la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) o la Organización Internacional de Normalización (ISO) podrían desempeñar un papel fundamental en el desarrollo de estos estándares. El ideal sería que estas iniciativas tengan en cuenta las diversas disposiciones legales aplicables en las distintas jurisdicciones, así como las necesidades y expectativas de los usuarios y las partes interesadas en el ecosistema de las criptomonedas. La ISO tiene varios estándares relacionados con las criptomonedas, incluyendo el estándar ISO 4217 (que establece los códigos utilizados por Bitcoin y Litecoin) y el estándar ISO 3166 (códigos de países), utilizado por algunas plataformas de intercambio de criptomonedas para cumplir con los requisitos regulatorios. *Vid* L. REVENKO/N. REVENKO, "Digital Transformation of National Economies", en A. BAYKOV/T. SHAKLEINA (coords.), *Polycentric World Order in the Making*, Londres, Palgrave Macmillan, 2023, pp. 251-277; R. WANDHÖFER/D. NAKIB HAZEM, *Redecentralisation: Building the Digital Financial Ecosystem*, Cham, Springer, 2023, pp. 103-136.

⁶⁷ R. KAUR/A. ALI/M. FAISAL, "Smart Contracts: The Self-Executing Contracts", en R. CHAKRABORTY/A. GHOSH/V. EMILIA BALAS/A.A. ELNGAR (coords.), *Blockchain*, Nueva York, Taylor & Francis, 2022, pp. 35-49.

⁶⁸ A. STAZI, "Protection of Weaker Parties in Smart Contracts: The EU Approach", en F. DI PORTO/O. POLLICINO (coords.), *NFTs and Metaverses versus Law*, Nueva York, Springer, 2023, pp.198-232; M. BLASZCZYK, "Smart Contracts, Lex Cryptographia, and Transnational Contract Theory", SSRN, Elsevier, 2023, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4319654; J. ELLUL/I. REVOLIDIS, "Non-Fungible Tokens (NFTs), Smart Contracts and Contracts: The Need for Legal and Technology Assurances", SSRN, Elsevier, 2023 (18 de enero), disponible en <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4325415>, pp. 1-24; M. GIANCASPRO, "Is a 'smart contract' really a smart idea? Insights from a legal perspective", *Computer Law & Security Review*, vol. 33, n° 6, 2017, pp. 825-835.

⁶⁹ DOUE L 119/1, de 4 de mayo de 2016.

⁷⁰ C.J. HOOFNAGLE/B. VAN DER SLOOT/F.Z. BORGESIU, "The European Union general data protection regulation: what it is and what it means", *Information & Communications Technology Law*, vol. 28, n° 1, 2019, pp. 65-98; P. SCHÜTZ, "Data protection authorities under the EU General Data Protection Regulation-a new global benchmark", en M. MAGGETTI/F. DI MASCIO/A. NATALINI (coords.), *Handbook of Regulatory Authorities*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2022, pp. 128-145; S. ABELA, "Data Protection and Freedom of Information", en N. GOPEE/J. GALLOWAY (coords.), *Leadership and Management in Healthcare* (tercera edición), Londres, Springer, pp. 103-107; M. MĂGUREANU, "Data Privacy Considerations: An International Viewpoint", en V. A. SUVEIU (coord.), *Routledge Handbook of Risk Management and the Law*, Abingdon-on-Thames, Routledge, 2023, pp. 351-364.

⁷¹ M. MAUGERI, "Smart Contracts, Consumer Protection, and Competing European Narratives of Private Law", *German Law Journal*, vol. 23, Special Issue, n° 6: New Private Law Theory: Problems and Perspectives, Cambridge University Press, 2022 (25 de julio), pp. 900-909.

⁷² DOUE L 304/64, de 22 de noviembre de 2011.

⁷³ Por ejemplo, la Directiva (UE) 2019/2161 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019. DOUE L 328/7, de 18 de diciembre de 2019.

⁷⁴ G. HOWELLS, "Pacta sunt servanda and the consumer's right of withdrawal", en N. WITZLEB (coord.), *Contract Law in Changing Times*, Abingdon-on-Thames, Routledge, 2023, pp. 156-169; O. HENRRY SOSA/J.M. MARENCO JUÁREZ/J.A. GALLEGOS OJEDA, "El derecho de desistimiento del consumidor en los contratos a distancia en el ordenamiento europeo y español", en O. HENRRY SOSA (coord.), *Tópicos jurídicos relevantes de derecho público y derecho privado en el ordenamiento jurídico mexicano y el derecho comparado*, Salamanca, Ratio Legis, 2023, pp. 93-106.

⁷⁵ M. DYLAG/H. SMITH, "From cryptocurrencies to cryptocourts: blockchain and the financialization of dispute resolution

rápidos, eficientes y acordes con un mundo donde casi todo ocurre a velocidad de la luz⁷⁶ (en el caso de transacciones realizadas con criptomonedas, la dificultad de su valor fluctuante añade complejidad a los tradicionales métodos de resolución de disputas, incluyendo sistemas de mediación, a pesar de su agilidad en comparación con los procedimientos judiciales ordinarios)⁷⁷.

IV. Situación en el Reino de España

17. En España actualmente no existe una regulación específica para las ecomonedas. Las disposiciones existentes -sobre MVs en general- están dispersas en diferentes normas jurídicas (v.g., Ley 35/2006, de 28 de noviembre⁷⁸, Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio⁷⁹, Ley 10/2010, de 28 de abril⁸⁰, Real Decreto Ley 7/2021, de 27 de abril⁸¹, Real Decreto 249/2023, de 4 de abril⁸², etc.). Sin embargo, algunas iniciativas legislativas podrían eventualmente repercutir sobre esas monedas:

- Propuesta de Ley de fomento y reconocimiento del mecenazgo, el micromecenazgo y el voluntariado (622/000061)⁸³: En 2017, el Grupo Parlamentario Ciudadanos presentó una propuesta de ley que buscaba fomentar el *crowdfunding* y las finanzas participativas en España. Entre otras cosas, la propuesta incluía una sección dedicada a las criptomonedas (regulación de su uso y emisión).
- Proyecto de Ley de Medidas de Fomento de la Financiación Empresarial⁸⁴: En 2018, el Gobierno español (Ministerio de Economía y Competitividad) presentó un proyecto de ley que buscaba fomentarla, sin excluir expresamente las MVS y las ICOs.

18. Estas iniciativas demuestran un interés creciente en regular cuestiones relacionadas con la digitalización, en consonancia con otros países de nuestro entorno y con el impulso de la propia UE. El avance de las MVs plantea numerosos desafíos también en el ámbito del Derecho Civil⁸⁵, donde los algunos de los conflictos clave suelen ubicarse en áreas como la clasificación jurídica y la aplicación de normas contractuales. Con relación a la primera, la norma civil no contempla una categoría específica para las MVs, lo que genera incertidumbre en cuanto a su tratamiento legal (bien mueble, moneda extranjera, activo intangible, etc.). Respecto a la segunda, las transacciones con MVs no cuentan con

platforms”, *Information, Communication & Society*, vol. 26, nº 2, 2023, pp. 372-387; E. RUBINA, “Are Cryptocurrency Assets a Protected Investment Under Investment Treaties?”, *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, vol. 89, nº 1, 2023, pp. 117-147. Reglamento (UE) 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013 (Reglamento sobre la resolución de litigios en línea en materia de consumo: ODR), *Vid* DOUE L 165/1, de 18 de junio de 2013.

⁷⁶ M. DYLAG/H. SMITH, *op. cit.*

⁷⁷ M. DYLAG/H. SMITH, *op. cit.*

⁷⁸ BOE núm. 285, de 29 de noviembre de 2006, con los cambios introducidos en la disposición adicional decimotercera (apartados 6 y 7 añadidos por el art. 3.6 de la Ley 11/2021, de 9 de julio). BOE núm. 164, de 10 de julio de 2021.

⁷⁹ BOE núm. 213, de 05 de septiembre de 2007, con los cambios introducidos por el art. 3.7 del Real Decreto 249/2023, de 4 de abril (BOE núm. 81, de 05 de abril de 2023).

⁸⁰ El art. 1 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo (BOE núm. 103, de 29 de abril de 2010) ha tenido sus apartados 6 y 7 añadidos por el art. 3.1 del Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril (BOE núm. 101, de 28 de abril de 2021).

⁸¹ BOE núm. 101, de 28 de abril de 2021.

⁸² BOE núm. 81, de 5 de abril de 2023.

⁸³ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado. XIV legislatura, núm. 167, de 8 de abril de 2021. Disponible en https://www.senado.es/legis14/publicaciones/pdf/senado/bocg/BOCG_D_14_167_1706.PDF. *Vid* también Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. XIV Legislatura, núm. 143-4, de 30 de marzo de 2022, Serie B: proposiciones de ley.

⁸⁴ Ministerio de Economía y Competitividad. Proyecto de ley de fomento de la financiación empresarial. Disponible en: https://portal.mineco.gob.es/RecursosNoticia/mineco/prensa/noticias/2014/proyecto_de_ley_de_fomento_de_la_financiacion_empresarial.pdf.

⁸⁵ Gaceta de Madrid núm. 206, de 25 de julio de 1889.

la misma regulación y garantías que las realizadas con monedas “tradicionales”, lo que puede dejar a sus usuarios más expuestos a fraudes, estafas y pérdidas de fondos (su naturaleza descentralizada y anónima dificulta la identificación de los responsables y la recuperación de los fondos en caso de actividades ilícitas, lo cual podría afectar el principio de buena fe consagrado en el art. 7 del Código Civil). En nuestro modo de ver, el uso de MVs también presenta retos respecto a la habilidad de las partes para formalizar contratos. La validez y eficacia de estos acuerdos, así como la determinación de las obligaciones y responsabilidades de los contratantes se ven ofuscadas por la ausencia de regulación y la falta de claridad en el tratamiento de las criptomonedas. Los desafíos mencionados, entre otros, exigen una profunda reflexión y adaptación por parte de los legisladores, con el fin de proporcionar un marco legal claro y adecuado que permita el desarrollo sostenible de las MVs en España, particularmente de las ecomonedas, garantizando al mismo tiempo la seguridad y protección de los usuarios y consumidores. La actualización de las disposiciones legales y la creación de normativas específicas para las ecomonedas son medidas necesarias para enfrentar futuros conflictos y garantizar un entorno jurídico seguro y eficiente en ese ámbito.

19. Persisten los problemas con el Código de Comercio actualmente vigente, establecido por el Real Decreto del 22 de agosto de 1885. Aunque la Ley 5/2015, promulgada el 27 de abril, se propuso incentivar la financiación empresarial⁸⁶, empezando a abordar ciertos aspectos relacionados con formas de financiación alternativa como el *crowdfunding* y el *crowdlending*, todavía no ha logrado una integración plena en la legislación española con relación a las particularidades y las complejidades inherentes a las criptomonedas⁸⁷. Un conflicto esencial radica, como se ha señalado previamente, en la definición de las criptomonedas como medio de pago. El Código de Comercio admite la existencia de monedas de curso legal, pero no reconoce en sus disposiciones la utilización de MVs como forma válida de pago en operaciones comerciales. Esta situación genera una ambigüedad legal y puede propiciar conflictos entre las partes al momento de pactar y cumplir obligaciones en operaciones que involucren este tipo de moneda. Otro problema emergente, desde nuestra perspectiva, tiene que ver con la responsabilidad y el registro de las transacciones efectuadas con criptomonedas. El Código de Comercio, en su Título III, art. 25, estipula que las operaciones comerciales deben registrarse en libros contables. Sin embargo, dada la naturaleza descentralizada y anónima de estas monedas, es complicado determinar quién debería asumir la responsabilidad de registrar las operaciones y cómo deberían contabilizarse de forma adecuada. Esto suele generar discrepancias y potenciales conflictos de índole fiscal.

20. La nebulosidad regulatoria de las MVs conlleva conflictos tangibles en términos de prevención BC/FT. A pesar de que la Ley 10/2010⁸⁸, del 28 de abril, toma en consideración estos aspectos, el Código de Comercio español, en contraste, no lo hace de manera explícita respecto a las criptomonedas. Este hecho complica notablemente la implementación de medidas de control y supervisión efectivas por parte de las entidades reguladoras pertinentes. En consecuencia, se suscitan preocupaciones en torno a la potencial utilización de las MVs con base criptográfica (y, en el futuro, de las ecomonedas, en virtud del tirón ecológico en la sociedad) para actividades ilícitas. La incongruencia entre las criptomonedas y el Código de Comercio español, así como otras normativas comerciales relevantes, evidencia la imperiosa necesidad de una revisión y actualización de las legislaciones y regulaciones vigentes para crear un marco legal claro y eficaz que propicie un crecimiento y desarrollo adecuado del ecosistema criptográfico en España. No obstante, dada la creciente tensión y crispación política que impera en el país, parece difícil concebir una solución rápida y eficiente para esta cuestión de gran trascendencia.

⁸⁶ BOE núm. 101, de 28 de abril de 2015.

⁸⁷ J.C. LAGUNA PAZ, “Regulación y supervisión financiera en la nueva economía digital global”, *Revista de Administración Pública*, nº 220, 2023, pp. 271-294.

⁸⁸ BOE núm. 103, de 29 de abril de 2010.

21. Desde enero de 2014, se han registrado 140 decisiones judiciales en España donde las MVs han jugado algún papel. Estas se dividen de la siguiente manera: 125 pertenecen a la jurisdicción penal, 9 a la civil, 4 al ámbito social y 2 al contencioso-administrativo. Cabe destacar que, debido a su novedad, ninguna de las decisiones señaladas ha abordado específicamente las ecomonedas⁸⁹. En términos de distribución, el Tribunal Supremo ha emitido 16 decisiones, la Audiencia Nacional 34, los Tribunales Superiores de Justicia 9, las Audiencias Provinciales 78 y los Juzgados han emitido 3 (desde 2014 se ha registrado un notable incremento en las demandas relacionadas con las MVs. Mientras que en 2014 solo se produjo 1 caso, los números han ido aumentando paulatinamente cada año hasta alcanzar 69 en 2022. En lo que llevamos de 2023, ya se han registrado 9 casos). En lo que respecta a la jurisdicción penal, 16 decisiones provienen del Tribunal Supremo, 34 de la Audiencia Nacional, 5 de los Tribunales Superiores de Justicia, 69 de las Audiencias Provinciales y 1 de los Juzgados. En la jurisdicción civil, las 9 decisiones registradas provienen exclusivamente de las Audiencias Provinciales. En el ámbito social, tanto los Tribunales Superiores de Justicia como los Juzgados han emitido 2 decisiones cada uno. Por último, en la jurisdicción contencioso-administrativa, los 2 casos registrados corresponden a los Tribunales Superiores de Justicia. En el ámbito de la jurisdicción penal, se han dictado resoluciones relacionadas con delitos de diversa índole tales como la suplantación de identidad⁹⁰, estafas⁹¹, blanqueo de capitales⁹², cuestiones de competencia

⁸⁹ Hasta la fecha, no se han dictado resoluciones judiciales en relación con las ecomonedas, dada su novedosa incorporación como MV. Los casos examinados comprenden la práctica totalidad de dictámenes que involucran criptomonedas, pero ninguno de ellos tiene correlación con la protección medioambiental. Tampoco evidencian la promoción de conductas respetuosas con el medio ambiente o de lucha contra problemas globales como el cambio climático por parte de sus actores. El resumen de estos casos tiene carácter ilustrativo.

⁹⁰ AAP Barcelona 20 de junio 2022, *Procedimiento Abreviado contra Luis Pablo*, C-466/2022 (ROJ: AAP B 8082/2022), ECLI:ES:APB:2022:8082A, apartado segundo. En este caso, se desestima el recurso de apelación presentado por Luis Pablo contra el auto de acomodación en el procedimiento abreviado. Este auto se basa en indicios incriminatorios relacionados con un presunto delito de estafa vinculado a criptomonedas. Aunque la defensa alega suplantación de identidad, los indicios de cargo, como el uso de la cuenta y el número de teléfono del investigado, se consideran relevantes. La resolución destaca que el auto cumple con las exigencias legales y jurisprudenciales, por lo que se confirman las decisiones anteriores. No se imponen costas al recurso de apelación.

⁹¹ AAN 30 noviembre 2022, *Asociación de Afectados por Inversiones en Criptomonedas vs. Héctor, Marí Luz y Narciso*, C-618/2022 (ROJ: AAN 10348/2022), Rec. 603/2022, ECLI: ES:AN:2022:10348A. En este caso, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional ha desestimado los recursos de apelación presentados por la Asociación de Afectados por Inversiones en Criptomonedas y otros demandantes en un caso de presunta estafa relacionada con criptomonedas, en particular con Bitcoin. El auto ratifica la decisión del Juzgado Central de Instrucción de nombrar un perito judicial experto en criptomonedas para determinar el valor de cotización de Bitcoin en la fecha de vencimiento de los contratos en cuestión y realizar una valoración del lucro cesante. La indemnización por daños se basaría en el valor de Bitcoin en la fecha de expiración de cada contrato, no en expectativas futuras e inciertas. La decisión se centra en el concepto de Bitcoin como una divisa virtual y medio de pago directo entre operadores; STS 20 de junio 2019, *Cloud Trading & DEVS Ltd.*, C-326/2019 (ROJ: STS 2109/2019), Rec. 998/2018, ECLI: ES:TS:2019:2109. En este caso, el Tribunal Supremo confirmó la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid que condenó por delito continuado de estafa a los acusados. Se les ordenó devolver a los perjudicados el importe de la aportación dineraria realizada entre el momento de la inversión y la fecha de vencimiento de sus respectivos contratos. La responsabilidad civil se refiere al dinero en euros entregado por los inversores, no a los bitcoins. El bitcoin no ha sido considerado susceptible de retorno ya que no era un objeto material ni tenía la consideración legal de dinero.

⁹² AAN 15 de febrero 2023, *Inversores en criptomonedas vs Mercantil Kuailian*, C-93/2023 (ROJ: AAN 1193/2023), Rec. 66/2023, ECLI:ES:AN:2023:1193A. En este caso, el Juzgado Central de Instrucción nº 6 está investigando una presunta organización criminal, estafa y blanqueo de capitales relacionados con inversiones en criptomonedas. Lázaro es uno de los investigados y se encuentra en prisión. El juzgado ha solicitado su extradición desde Emiratos Árabes Unidos, donde fue detenido. La defensa de Lázaro ha apelado la decisión, argumentando que no existen pruebas suficientes de su participación en delitos y que se han cometido irregularidades en el proceso judicial. Sin embargo, el tribunal de apelación ha confirmado la resolución, destacando que hay indicios de estafa y suficientes pruebas para justificar la extradición. El recurso de apelación ha sido desestimado y se mantiene la prisión preventiva de Lázaro.

judicial⁹³, tráfico de drogas⁹⁴, apropiación indebida⁹⁵, defraudación de energía eléctrica⁹⁶, falsificación de

⁹³ ATS 28 septiembre 2021, *GRANDEFEX*, ROJ: ATS 12752/2021, Rec. 20566/2021, ECLI:ES:TS:2021:12752A. En este caso, se plantea una cuestión de competencia entre el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 1 de Navalcarnero y el Juzgado de Instrucción nº 6 de Barcelona con relación a una presunta estafa. El denunciante, residente en Villamanta (Madrid), fue contactado telefónicamente por una persona que se presentó como gestor del Bróker GRANDEFEX, ubicado en Moll de la Fusta (Barcelona). Bajo engaño, convenció al denunciante para que invirtiera dinero en criptomonedas a través de transferencias a cuentas en el extranjero. El denunciante sospechó de una posible estafa. El Ministerio Fiscal argumenta que la competencia corresponde al Juzgado de Navalcarnero, ya que considera que el engaño y las transferencias patrimoniales se realizaron en Madrid. Sin embargo, el tribunal decide atribuir la competencia al Juzgado de Instrucción nº 6 de Barcelona, ya que la consumación del delito de estafa se produce en el lugar donde el agente delictivo obtuvo efectivamente el dinero transferido, que es Moll de la Fusta, donde está ubicado Grandefex. Además, se menciona la eficacia de la investigación en delitos informáticos y la centralización de los elementos del delito en el lugar de actuación del agente; ATS 16 de febrero 2022, *GRANDEFEX*, C-20114/2022 (ROJ: ATS 3239/2022), Rec. 20771/2021, ECLI: ES:TS:2022:3239A. En el caso, se plantea una disputa de competencia entre el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 7 de Ciudad Real y el Juzgado de Instrucción nº 31 de Madrid. Ambos juzgados estaban investigando denuncias relacionadas con estafas en inversiones de criptomonedas a través de la página web “grandefex.com”. El Ministerio Fiscal sugiere que la competencia recaiga en el Juzgado de Madrid. Sin embargo, se resuelve otorgar la competencia al Juzgado de Ciudad Real, quedando sin efecto la atribución al Juzgado de Madrid. No cabía recurso contra esta decisión; ATS 19 enero 2023, *2GETHER MONEY MANAGEMENT S.L.*, C-20034/2023 (ROJ: ATS 740/2023), Rec. 20635/2022, ECLI:ES:TS:2023:740A. Este caso se refiere a una denuncia presentada por la empresa “2GETHER MONEY MANAGEMENT S.L.” en agosto de 2020, en la cual se alega una estafa agravada relacionada con criptomonedas. Se reportaron transferencias ilícitas de criptomonedas a diferentes monederos digitales controlados por los presuntos autores del delito. La suma total de criptomonedas sustraídas ascendía a 114 BTC y 27.33 ETH, con un equivalente en FIAT de aproximadamente 1.180.000 euros. Tras una cuestión de competencia, se resolvió que el Juzgado Central de Instrucción nº 3 de la Audiencia Nacional era competente para investigar los hechos.

⁹⁴ AAP Álava 02 de junio 2022, *D. Santos*, C-286/2022 (ROJ: AAPVI 338/2022), Rec. 157/2022, ECLI: ES:APVI:2022:338A. En este caso, el Juzgado de Instrucción autorizó la entrada y registro en el domicilio del acusado, D. Santos, con el objetivo de incautarse de objetos relacionados con delitos de tráfico de drogas y blanqueo de capitales. También se autorizó el acceso y registro de dispositivos electrónicos en busca de información relacionada con el tráfico de drogas, blanqueo de capitales y criptomonedas. El acusado impugnó el auto alegando falta de notificación adecuada y falta de motivación suficiente. Sin embargo, el tribunal desestimó el recurso, argumentando que el secreto de las actuaciones era necesario para preservar la diligencia y evitar comprometer la investigación. Además, se concluyó que no se produjo indefensión y que la resolución estaba suficientemente motivada según lo establecido en la ley; STS 03 de mayo 2016, C-378/2016 (ROJ: STS 1912/2016), Rec. 1767/2015, Rec. 1767/2015, ECLI: ES:TS:2016:1912. En este caso de tráfico de drogas y pertenencia a un grupo criminal, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo emitió una sentencia parcial de absolución y reducción de condena. Los acusados utilizaron la plataforma “Sheep Marketplace” y criptomonedas para vender marihuana por internet. La investigación reveló el envío de paquetes de drogas a diferentes países de Europa, utilizando criptomonedas y otros elementos relacionados con la actividad delictiva. Las criptomonedas habrían sido utilizadas como medio de intercambio seguro en las transacciones de drogas a través de la plataforma en línea. El fallo destaca la diferencia entre la codelinuencia y el grupo criminal, requiriendo la existencia de más de dos personas para este último. Como resultado, la condena por tráfico de drogas se redujo para los acusados, pero no se les absuelve de ese delito.

⁹⁵ SAP Burgos, 23 de marzo 2021, *Penélope vs. Donato*, C-96/2021 (ROJ: BU 343/2021), Rec. 35/2021, ECLI: ES:APBU: 2021:343. En este caso, Donato recibió una transferencia de 285 euros en su cuenta bancaria, realizada por Penélope, bajo la creencia de que era el pago por la compra de un gato que nunca recibió. Donato se anunció en una página web para vender bitcoins y acordó recibir las cantidades en su cuenta bancaria con la condición de abonarlas posteriormente en bitcoins. Sin embargo, Rita interpuso una denuncia por suplantación de identidad, alegando que Donato se había prestado a recibir cantidades procedentes de una estafa. En la sentencia de primera instancia, Donato fue condenado por un delito leve de apropiación indebida y se le ordenó indemnizar a Penélope con la cantidad de 285 euros. En el recurso de apelación, Donato alegó que no tenía conocimiento de que las cantidades ingresadas en su cuenta eran fruto de un error y que solo había recibido una comisión por sus servicios en la venta de bitcoins. Sin embargo, la Sala desestimó el recurso y confirmó la sentencia, argumentando que Donato tenía conocimiento de que había recibido un pago por error y se había apropiado indebidamente de la cantidad, enriqueciéndose en perjuicio de Penélope. La sentencia destaca la participación de Donato como una “mula financiera” en el contexto de las criptomonedas; STSJ País Vasco 30 abril 2021, *Guardian Global Services vs. Jabitrades S.L.U.*, C-38/2021 (ROJ: STSJ PV 1044/2021), Rec. 39/2021, ECLI: ES:TSJPV:2021:1044. En abril de 2018, el acusado Esteban, socio y administrador de la empresa “Jabitrades S.L.U.”, recibió el encargo de vender 8 bitcoins de la empresa “Guardian Global Services, S.L.”. En lugar de cumplir con la venta, Esteban se apropió de los bitcoins y comenzó a operar con ellos en otras plataformas. A pesar de los requerimientos de la empresa para cumplir el contrato, Esteban solo devolvió 1 bitcoin y se quedó con los otros 7. El valor de 1 bitcoin en ese momento oscilaba entre 6.676 y 8.311,4 euros, y en el momento del delito, la valoración total de los bitcoins era de aproximadamente 47.065 euros. La Audiencia Provincial de Álava condenó a Esteban por un delito de apropiación indebida y lo sentenció a 21 meses de prisión, además de ordenarle pagar a la empresa perjudicada 52.948 euros. La empresa “Jabitrades S.L.U.” fue absuelta de los cargos.

⁹⁶ SAP Barcelona, 01 de febrero 2022, *ENDESA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA S.A. vs. Dº Luz y D. Carlos Daniel*, C-61/2022 (ROJ: SAP B 1845/2022), Rec. 3/2022, ECLI: ES:APB:2022:1845. En este caso, la sentencia de instancia condena a Dº Luz y a D. Carlos Daniel por un delito leve de defraudación de fluido eléctrico, con relación al cual se establece que se

moneda⁹⁷, entre otros. También se han abordado delitos contra la Hacienda Pública, decomisos, aplicaciones de prisiones provisionales, delitos fiscales, corrupción de menores y robos. Por otra parte, en la esfera de la jurisdicción civil, el volumen de casos es notablemente inferior y se centran en una variedad de temas que incluyen contratos⁹⁸, préstamos mercantiles⁹⁹, y asuntos de banca ligados a la responsabilidad civil¹⁰⁰. Dado que estas actividades continúan ganando popularidad, es probable que se genere un mayor número de casos y decisiones judiciales que ciertamente contribuirán a definir el marco legal aplicable y proporcionarán claridad sobre las cuestiones legales asociadas a dichas actividades.

V. Ley aplicable a las ecomonedas

22. El análisis de conflictos de ley en el ámbito de las ecomonedas es una cuestión compleja y multifacética, dada la naturaleza global, descentralizada y escasamente regulada de estas MVs. Estos conflictos tienden a englobar áreas claves como: la emisión (1), las transacciones (2) y la resolución de disputas (3)¹⁰¹. En lo que respecta a la emisión, la elección contractual de la ley aplicable por las partes puede ser una opción. De no existir acuerdo, regiría la ley del país en que se haya emitido la moneda. Aquí emergen diversas problemáticas, por ejemplo, la variabilidad en las clasificaciones que los Estados pueden atribuir a la ecomoneda (activo, mercancía, tipo de moneda, etc.), que influirán en la legislación aplicable. El hecho de que las transacciones involucren a partes localizadas en diferentes Estados ya es indicativo de posibles conflictos normativos. En este contexto, puede existir un choque entre la ley del país donde se realiza la

han aprovechado de una instalación irregular para obtener consumo eléctrico sin abonar el correspondiente suministro. Durante la entrada y registro en el inmueble, se encontraron dispositivos electrónicos e informáticos relacionados con la minería de criptomonedas, los cuales pertenecían al Sr. Carlos Daniel. Se establece que la valoración de la energía defraudada ascendió a 3583.46 euros, conforme a los criterios establecidos en el RD 1955/2000. Los recursos de apelación presentados por los denunciados son desestimados, y se confirma la sentencia de instancia.

⁹⁷ SAP Zaragoza, 11 de mayo 2021, Ministerio Fiscal contra D. Fernando, C-188/2021 (ROJ: SAP Z 739/2021), Rec. 227/2020. ECLI: ES:APZ:2021:739. En este caso, Fernando ha sido condenado por un delito de introducción de moneda falsa. Se determinó que adquirió billetes falsos a través de la *Dark Web* utilizando criptomonedas como forma de pago. Durante el registro en su domicilio, se encontraron billetes falsos, un soporte de criptomonedas y equipos informáticos utilizados para acceder a la *Dark Web*. La sentencia condenatoria incluye una pena de prisión por dos años, multa y, curiosamente, la suspensión condicional de la pena (a que el penado no vuelva a delinquir en el plazo de tres años). El uso de criptomonedas y la *Dark Web* se destacan como elementos relevantes en el caso.

⁹⁸ SAP Girona, 09 de julio 2019, *Sociedad INVERSIÓN HYPARION S.L y ATMs BITCOIN EXCHANGE S.L.*, C-295/2019 (ROJ: SAP GI 1006/2019), Rec. 358/2019, ECLI: ES:APGI:2019:1006. Este caso trata de un recurso de apelación interpuesto contra una sentencia desestimatoria en un procedimiento ordinario. La demanda original se refería al incumplimiento contractual en contratos de inversión relacionados con criptomonedas. El tribunal de primera instancia consideró que no se demostró adecuadamente el valor de liquidación de las participaciones reclamadas, lo que llevó a la desestimación de la demanda. En el recurso de apelación, se alegó error en la valoración de la prueba, pero el tribunal de apelación confirmó la sentencia original, argumentando que la parte actora no proporcionó la información necesaria para realizar la liquidación. Además, se sostuvo que no había incongruencia omisiva en la sentencia original. La parte apelante también impugnó la condena en costas, argumentando que la parte demandada permaneció en rebeldía. Sin embargo, el tribunal consideró que la condena en costas era procedente según el principio del vencimiento objetivo. En conclusión, el recurso de apelación fue desestimado y se impusieron las costas a la parte apelante.

⁹⁹ SAP Ourense, 22 de marzo 2022, *Reyes vs. Banco Cetelem SA*, C-192/2022 (ROJ: SAP OU 308/2022), Rec. 399/2021. ECLI: ES:APOU:2022:308. En este caso, la Audiencia Provincial de Ourense desestimó el recurso de apelación interpuesto por la demandada en un contrato de préstamo celebrado electrónicamente. Se alegó la suplantación de identidad debido a la actividad profesional de la demandada en plataformas relacionadas con criptomonedas, pero no se presentaron pruebas al respecto. La certificación emitida por una entidad de servicios de confianza acreditó la firma electrónica del contrato y la prestamista proporcionó la documentación necesaria para la formalización del contrato. La falta de prueba de la suplantación de identidad llevó a la confirmación de la sentencia de instancia que condenaba a la demandada al pago del saldo deudor.

¹⁰⁰ SAP Zaragoza, 29 de junio 2020, *Banco Santander vs. Gregorio*, C-175/2020 (ROJ: SAP Z 1032/2020), Rec. 416/2019, ECLI: ES:APZ:2020:1032. En este caso, el tribunal confirmó la sentencia de primera instancia que condenó al Banco Santander por bloquear la cuenta corriente del demandante sin justificación. Se resaltó la falta de proporcionalidad en la medida adoptada y se mencionó que las operaciones de compra de criptomonedas no justificaban el bloqueo. Además, se estableció que el banco no podía mantener el pacto de domiciliación de pagos en una cuenta alterada unilateralmente por su propio comportamiento. En consecuencia, se impuso al banco el pago de una indemnización y la obligación de permitir los pagos mensuales de los créditos hipotecarios, mientras se desestimó el reclamo de intereses moratorios.

¹⁰¹ J. SCHARFMAN, *op. cit.*

transacción y la ley del país donde se ubican los bienes o servicios adquiridos. La localización de los servidores que respaldan la MV puede ser otro factor relevante, al influir en la determinación de la ley aplicable. En ausencia de un contrato que establezca la ley pertinente, la elección de esta podría basarse en variados criterios como, por ejemplo, el lugar de constitución de la entidad emisora, la ubicación de los servidores que soportan la ecomoneda o el lugar donde se llevan a cabo las principales actividades económicas relacionadas con la emisión¹⁰². Finalmente, en lo que concierne a la resolución de disputas, la ley aplicable podría determinarse en función de la ley del contrato entre las partes, la ley que rige la transacción, o la jurisdicción en la que se presenta la disputa. Las partes también pueden acordar la jurisdicción competente para resolver sus eventuales controversias mediante una cláusula de elección de foro en su contrato (o una cláusula compromisoria o acuerdo de sumisión para los arbitrajes). No obstante, en ausencia de un pacto, normalmente se aplican las reglas de conflicto de leyes del país en el que se presenta la disputa para determinar la jurisdicción competente. Organizaciones como la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado (HCCH) podrían desempeñar un papel crucial en la armonización de las normas y principios del derecho internacional privado en este campo¹⁰³. Veamos la cuestión de las leyes aplicables.

1. Emisión

23. Uno de los retos legislativos clave que pueden surgir es la ley aplicable a la emisión de ecomonedas (1). Su emisión puede implicar varias jurisdicciones, incluyendo el país de emisión y la ubicación de la empresa emisora (ni siempre coincidentes). A veces, el contrato entre las partes determina la ley aplicable; en otras, su identificación es más compleja¹⁰⁴. Se deben considerar las jurisdicciones involucradas, así como la clasificación de la ecomoneda en cada una, pues puede variar significativamente (v.g., Japón considera a las ecomonedas como una MV¹⁰⁵, mientras que en EE. UU. las considera como valores¹⁰⁶). En el caso de ecomonedas, normalmente se acuerda la ley aplicable en el contrato de emisión (mediante cláusulas de elección de ley). Si no existe un acuerdo en este sentido, la ley aplicable dependería de un conjunto de factores que debe ser apreciado por la autoridad jurisdiccional: lugar de constitución de la entidad emisora, ubicación de los servidores o donde se realizan las principales actividades económicas relacionadas, etc.¹⁰⁷. Para las MVs eventualmente emitidas por gobiernos, la legislación nacional del país emisor es la aplicable¹⁰⁸.

¹⁰² M. DYLAGE/H. SMITH, *op. cit.*

¹⁰³ M. MAUGERI, *op. cit.*

¹⁰⁴ U. W. CHOCHAN, "Assessing the differences in bitcoin & other cryptocurrency legality across national jurisdictions", SSRN, Elsevier, 2022 (26 de febrero), disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3042248; M. BŁASZCZYK, "Smart Contracts, Lex Cryptographia, and Transnational Contract Theory", SSRN, Elsevier, 2023 (14 de abril); W.A. KAAL/C. CALCATERRA, "Crypto transaction dispute resolution", *The Business Lawyer*, vol. 73, n° 1, 2017, pp. 109-152; B.D. FEINSTEIN/K. WERBACH, "The impact of cryptocurrency regulation on trading markets", *Journal of Financial Regulation*, vol. 7, n° 1, 2021, pp. 48-99.

¹⁰⁵ M. HECKEL/F. WALDENBERGER, *The Future of Financial Systems in the Digital Age: Perspectives from Europe and Japan*, Nueva York, Springer, 2022; T.E. GORCHAKOVA, "On the development of Crypto Industry of Japan", *East Asia: Facts and Analytics*, n° 3, 2022, pp. 73-83.

¹⁰⁶ J. SCHARFMAN, *op. cit.*, pp. 111-124; A. ESHRAGHI, "Approaches to Cryptocurrency Valuation", *op. cit.*

¹⁰⁷ I. TSINDELIANI, M. EGOROVA, "Cryptocurrency as object of regulation by public and private law", *Journal of Advanced Research in Law and Economics*, vol. 11, n° 3, 2020, pp. 1060-1071; L. FANTACCI, "Cryptocurrencies and the Denationalization of Money", *International Journal of Political Economy*, vol. 48, n° 2, 2019, pp. 105-126; W. SROKOSZ/T. KOPCIASKI, "Legal and economic analysis of the cryptocurrencies impact on the financial system stability", *Journal of Teaching and Education*, vol. 4, n° 2, 2015, pp. 619-627; S. JAFARI/T. VO-HUU/B. JABIYEV/A. MERA/R. MIRZAZADE FARKHANI, "Cryptocurrency: A challenge to legal system", SSRN, Elsevier, 2018 (10 de mayo), disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3172489; S. BLOCK, "Legal Requirements in the Field of Virtual Currencies", en M. UZIK/C. SCHMITZ/S. BLOCK (coords.), *Financial Innovation and Value Creation: The Impact of Disruptive Technologies on the Digital World*, Cham, Springer, 2023, pp. 75-86; V. POLATAY/A. OVCHARENKO/I. BONDARENKO/N. GAVKALOVA, "Crypto currencies in the system of international private monetary law. Some issues of virtual assets taxation and accounting in Ukraine", *Revista Espacios*, vol. 41, n° 8, 2020, pp. 78-134; O. ANATOLY YU/N. ROUILLER/I. A. STRELNIKOV, "Crypto Currencies: Current Realities, Philosophical Principles and Legal Mechanisms", en E. G. POPKOVA/B. S. SERGI (coords.), *Smart Technologies for Society, State and Economy*, Nueva York, Springer, 2021, pp. 28-39.

¹⁰⁸ Las MVs emitidas por gobiernos son conocidas como "MV de banco central" (CBDC, por sus siglas en inglés). No son una nueva moneda, sino una versión digital de la moneda existente del país y, en principio, no necesitan ningún tipo de libro

24. Aunque no existe un marco legal unificado a nivel internacional, organismos como el G20, el FMI y el GAFI han propuesto directrices para la regulación de criptomonedas y ecomonedas, incluyendo la ley aplicable y las pautas para combatir la BC/FT. Los dos primeros han instado a la adopción de marcos legales sólidos y coherentes, en línea con las normas internacionales de organismos como el Comité de Basilea para la Supervisión Bancaria y la Organización Internacional de Comisiones de Valores (IOSCO)¹⁰⁹. Han enfatizado la necesidad de políticas fiscales responsables, la cooperación en intercambio de información tributaria, la adopción de medidas contra la corrupción y el BC, la inclusión financiera y la promoción de marcos regulatorios que fomenten la innovación y el acceso a servicios financieros para todos. Por su parte, el GAFI introdujo en 2019 cambios en sus estándares para enfrentar los riesgos de financiación ilícita utilizando activos virtuales. Sus directrices señalan la necesidad de que los gobiernos comprendan los riesgos asociados con las MVs de base criptográfica y apliquen medidas reguladoras adecuadas. Destaca la aplicación de la “Regla de Viaje” (*Travel Rule*)¹¹⁰ a las transacciones de criptomonedas, que requiere que las instituciones financieras y proveedores de servicios de activos virtuales (*VASP*, por sus siglas en inglés)¹¹¹ recojan y compartan información sobre los participantes en dichas transacciones. Adicionalmente, el GAFI recomienda sistemas de licencia o registro para dichos proveedores y supervisa su cumplimiento de las obligaciones de KYC y EDDs (además de fomentar la cooperación internacional en la investigación e intercambio de información).

2. Transacción

25. La normativa que rige las transacciones de ecomonedas presenta una complejidad relevante, variando en función de la ubicación de las partes, de los servidores y del marco legal contractual. En la UE, se aplica la Quinta Directiva contra el Blanqueo de Capitales (5ª AMLD), mientras que en EE. UU., la supervisión recae en la Comisión de Comercio de Futuros de Mercancías (CFTC) y la SEC¹¹². Cabe destacar la importancia de la ubicación de los servidores, que podría suponer la aplicabilidad de las normativas locales en materia de protección de datos y ciberseguridad (a pesar del alcance presuntamente global del RGPD de la UE)¹¹³. Asimismo, el marco legal contractual, acordado entre las partes, puede regular la transacción criptográfica. La posibilidad de recurrir a los Principios UNIDROIT para

de contabilidad distribuido, como una cadena de bloques (*blockchain*) para existir. Actualmente existen los siguientes CBDCs: *Sand Dollar* (emitido por el Banco Central de Las Bahamas), *DCash* (Banco Central del Caribe Oriental), *e-Naira* (Banco Central de Nigeria), *JamDex* (Banco de Jamaica), *renminbi digital* (Banco Popular de China) y Rupia digital (Banco de la Reserva de India). Venezuela e Islas Marshall han planteado emitir las (Petro y Soberano, respectivamente). Reino Unido (Tesoro del Reino Unido y el Banco de Inglaterra) también planea emitir la libra digital después de 2025. Al todo, sesenta y cinco países están en la etapa avanzada de desarrollo, y más de veinte bancos centrales han lanzado sus pilotos, incluyendo Brasil, Japón y Rusia. Algunos otros países que están experimentando con CBDC o están en etapas avanzadas de planificación incluyen Australia, Canadá, Jordania, Kazajstán, Laos, Montenegro, Filipinas, Arabia Saudita, Turquía, Emiratos Árabes Unidos y Ucrania. Vid <https://www.atlanticcouncil.org/blogs/econographics/which-countries-have-made-the-most-progress-in-cbdc-so-far-in-2023/>; S. LI/S. WEI, “Cryptocurrencies, Money and Law”, *Journal of International Banking Law and Regulation*, vol. 38, n° 2, 2023, pp. 57-67; J.A. AFOLABI/B.U. OLANREWAJU, “Cryptocurrencies and central banks’ monetary policy roles”, *International Journal of Electronic Finance*, vol. 12, n° 2, 2023, pp. 97-116.

¹⁰⁹ F.I. LESSAMBO, *Fintech Regulation and Supervision Challenges within the Banking Industry: A Comparative Study within the G-20*, op. cit., pp. 27-42.

¹¹⁰ T. GIBBS, “Evolution of Legal and Regulatory Responses to Money Laundering Risks Related to Virtual Assets: The Examples of the European Union and the US”, op. cit.; A. HOLLAND, “Are Cryptocurrency Transactions Private in the European Union? Examining the Effects of Regulation (EU) 2015/847’s Amendment, Proposed Regulation (EU) 2021/0241, and the General Data Protection Regulation”, *Michigan State International Law Review*, vol. 31, n° 1, 2023, pp. 157-189.

¹¹¹ T. VAN DER LINDEN/T. SHIRAZI, “Markets in crypto-assets regulation: Does it provide legal certainty and increase adoption of crypto-assets?”, *Financial Innovation*, vol. 9, n° 1, 2023, pp. 22-45.

¹¹² F.I. LESSAMBO, *Fintech Regulation and Supervision Challenges within the Banking Industry: A Comparative Study within the G-20*, op. cit., pp. 43-71; T. A. MOFFETT, “CFTC & SEC: The Wild West of Cryptocurrency Regulation”, *University of Richmond Law Review*, vol. 57, n° 2, 2023, pp. 713-762.

¹¹³ M. DHALI/S. HASSAN/S.M. MEHAR/K. SHAHZAD/F. ZAMAN, “Cryptocurrency in the Darknet: sustainability of the current national legislation”, *International Journal of Law and Management*, 2023, pp. 244-254.

Contratos Comerciales Internacionales ofrece una alternativa para unificar criterios¹¹⁴. La legislación del país en el que se efectúa la transacción o donde radican los bienes adquiridos también puede resultar pertinente, como sucede en transacciones inmobiliarias, en las cuales prevalece la normativa del país donde se ubica la propiedad. Finalmente, ciertos países disponen de legislación específica para transacciones transfronterizas de criptomonedas, abarcando controles de cambio y regulaciones de inversiones extranjeras, lo que podría incidir en la operación¹¹⁵.

3. Resolución de disputas

26. Para dirimir conflictos vinculados a transacciones de ecomonedas, la ley contractual imperante y la jurisdicción son factores primordiales. Si el contrato carece de una cláusula específica, las normativas sobre conflicto de leyes del foro definirán la ley aplicable. Esta puede incidir notablemente en resoluciones, particularmente en asuntos de bienes inmuebles, fraudes o propiedad intelectual¹¹⁶. La jurisdicción puede preestablecerse contractualmente mediante una cláusula de elección de foro; si no se ha hecho, las normativas del país en cuestión determinarán la jurisdicción competente. Es relevante destacar la posibilidad de acudir a métodos alternativos para resolución de disputas, como la mediación o el arbitraje, opciones más eficientes y económicas avaladas por la Convención de Nueva York de 1958.

27. Las transacciones internacionales pueden verse influenciadas por tratados bilaterales o multilaterales en cuanto a la ley aplicable y la resolución de conflictos (v.g., tratados de libre comercio con disposiciones específicas sobre el tema y acuerdos internacionales que procuran uniformar las reglas de conflictos de leyes). Las controversias en transacciones de MVs surgen de múltiples situaciones como inversiones, operaciones financieras, servicios, venta de bienes, fraudes, deudas e infracciones a la propiedad intelectual¹¹⁷. Muchos de estos conflictos pueden presentar problemáticas legales innovadoras, como la determinación de la ley aplicable a transacciones en *blockchain* en ausencia de una cláusula pertinente (o si se puede incluir una cláusula de resolución de disputas en un contrato inteligente)¹¹⁸.

28. A menudo, los negocios criptográficos incluyen acuerdos de arbitraje en sus contratos por su alineación con la descentralización, la autonomía de las partes y la flexibilidad procesal, neutralidad, confidencialidad y experiencia relevante de los árbitros¹¹⁹. No obstante, ciertos desafíos son propios del arbitraje en criptomonedas, dadas las prohibiciones o fuertes regulaciones en Estados como China, Rusia y Qatar¹²⁰ (posibilidad de denegación de la ejecución de los laudos por razones de política pública)¹²¹. Las empresas criptográficas a veces operan de manera opaca, creando dificultades para identificar a las partes y su rol en la disputa. Adicionalmente, la volatilidad de la criptomoneda puede complicar la cuantificación de daños, haciendo esencial la adopción de medidas provisionales.

VI. Ecomoneda y responsabilidad corporativa

29. La creciente relevancia de las ecomonedas se asocia estrechamente a la responsabilidad corporativa¹²². Su función radica en promover la sostenibilidad y la protección medioambiental, alentando

¹¹⁴ B. HAYWARD, "Submission to the UNIDROIT Digital Assets and Private Law Online Consultation", SSRN, Elsevier, 2023 (13 de enero), disponible en <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4323290>; R. AMALIA/F.Z.Z. HAMDAN, "The Limitation in Choice of Law and Choice of Forum Within International Business Contract", *International Journal of Social Science Research and Review*, vol. 6, n° 3, 2023, pp. 147-157.

¹¹⁵ PwC Global Crypto Regulation Report 2023, <https://www.pwc.com/gx/en/new-ventures/cryptocurrency-assets/pwc-global-crypto-regulation-report-2023.pdf>.

¹¹⁶ J. SCHARFMAN, *op. cit.*

¹¹⁷ J. SCHARFMAN, *op. cit.*

¹¹⁸ <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/09/29/crypto-arbitration-a-survival-guide/>

¹¹⁹ <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/09/29/crypto-arbitration-a-survival-guide/>

¹²⁰ M. DYLAG/H. SMITH, *op. cit.*

¹²¹ <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/09/29/crypto-arbitration-a-survival-guide/>

¹²² S. DESH DEEPAK/RAVINDER KUMAR, "Blockchain-enabled energy sector management", en S. PADMANABAN/R. KUMAR

a las empresas a financiar proyectos en línea con los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de las Naciones Unidas¹²³. Estos objetivos son variados, abarcando desde la preservación de especies en peligro hasta la mitigación de las emisiones de gases de efecto invernadero¹²⁴.

30. La emisión de ecomonedas otorga a las empresas un reconocimiento por su compromiso medioambiental, potenciando su reputación y fidelizando a clientes y empleados. Este fenómeno se enmarca en los Principios de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, que brindan directrices para la responsabilidad corporativa en relación con derechos humanos y medioambientales¹²⁵. Por otro lado, conviene mencionar que la relación entre las ecomonedas y la responsabilidad corporativa se ve afectada por normativas medioambientales internacionales. Estos tratados incluyen el Convenio de Basilea sobre el Control de Movimientos Transfronterizos de Desechos Peligrosos y su Eliminación¹²⁶ (que podría afectar a empresas que financian proyectos de reducción o manejo de residuos peligrosos), el Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes¹²⁷ (relevante para iniciativas que reduzcan la liberación de esos contaminantes) y el Convenio de Rotterdam para la aplicación del procedimiento de consentimiento fundamentado previo a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional¹²⁸ (que afectan a las empresas que promueven el uso seguro de esos productos).

31. Las ecomonedas pueden financiar proyectos que favorecen estas normativas, contribuyendo a la protección medioambiental y de la salud humana. No obstante, su emisión no constituye una solución global al problema medioambiental. Las empresas deben integrar prácticas sostenibles en todas sus actividades, siguiendo, por ejemplo, las directrices de la ISO 14000¹²⁹. Por otro lado, es fundamental una regulación clara para prevenir el *greenwashing*¹³⁰, o la publicidad engañosa basada en sostenibilidad. Para legitimar el uso de ecomonedas, las empresas deben respetar las leyes y regulaciones aplicables en protección al consumidor, publicidad y divulgación de información financiera y ambiental.

VII. Normativa de la UE y extranjera sobre las ecomonedas

1. Normativa de la UE

32. Las normativas regionales y nacionales respecto a las MVs y la responsabilidad medioambiental de las empresas varían significativamente. En la UE, el Reglamento (UE) 2019/2088¹³¹ exige

DHANARAJ/J.-BO HOLM-NIELSEN/S. KRISHNAMOORTHY/B. BALUSAMY (coords.), *Blockchain-Based Systems for the Modern Energy Grid*, Academic Press/Elsevier, 2023, pp. 285-310; M. CAMPBELL-VERDUYN, “Conjuring a cooler world? Imaginaries of Improvement in Blockchain Climate Finance Experiments”, *Environment and Planning C: Politics and Space* (SAGE), 2023, disponible en <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/23996544231162858#:~:text=https%3A//doi.org/10.1177/23996544231162858>; M. ANDA, “Business and technology”, en M. BRUECKNER/R. SPENCER/M. PAULL (coords.), *Disciplining the Undisciplined? Perspectives from Business, Society and Politics on Responsible Citizenship, Corporate Social Responsibility and Sustainability*, Nueva York, Springer, 2018, pp. 157-176.

¹²³ Q. YANG/M. ZHENG/Y. WANG, “The Role of CBDC in Green Finance and Sustainable Development”, *Emerging Markets Finance and Trade*, 2023, pp. 1-16; L. LISHA/S. MOUSA/G. ARNONE/I. MUDA/R. HUERTA-SOTO/S. ZHAI, “Natural resources, green innovation, fintech, and sustainability: A fresh insight from BRICS”, *Resources Policy*, vol. 80, 2023, pp. 103-119.

¹²⁴ P. JORGE/H. FELIX/S.M. GUILLERMO/R. DIEGO/A. MARIA TERESA, “Analysing associations between digitalization and the accomplishment of the Sustainable Development Goals”, *Science of The Total Environment*, n° 857, 2023, pp. 159-170.

¹²⁵ M. KALTENBORN/W. VANDENHOLE, “The SDG agenda and human rights”, en B. A. ANDREASSEN (coord.), *Research Handbook on the Politics of Human Rights Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2023, pp. 215-236; B. CHOUDHURY, “The UN Guiding Principles on Business and Human Rights and Principles for Responsible Contracts: An Introduction”, en B. CHOUDHURY (coord.), *The UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2023, pp. 1-10.

¹²⁶ BOE núm. 227, de 22 de septiembre de 1994.

¹²⁷ BOE núm. 151, de 23 de junio de 2004.

¹²⁸ BOE núm. 73, de 25 de marzo de 2004.

¹²⁹ L. WANG/Y. SHANG/C. LI, “How to improve the initiative and effectiveness of enterprises to implement environmental management system certification?”, *Journal of Cleaner Production*, 2023, pp. 137-213.

¹³⁰ C. DONG/Q. HUANG/Y. PAN/C. TO NG/R. LIU, “Logistics outsourcing: Effects of greenwashing and blockchain technology”, *Transportation Research Part E: Logistics and Transportation Review*, vol. 170, 2023, pp. 103-115.

¹³¹ DOUE L 317/1, de 9 de diciembre de 2019.

a las empresas de servicios financieros reportar sus impactos ambientales, sociales y de gobernanza (ASG). La Directiva (UE) 2014/95/UE¹³² y la Directiva 2022/2464¹³³ dan pautas sobre cómo reportar información relacionada con la sostenibilidad, incluso con relación a proyectos con ecomonedas¹³⁴. El Reglamento sobre Mercados de Criptoactivos (MiCA) propuesto por la Comisión Europea (24 de septiembre de 2020) forma parte de la Estrategia de Finanzas Digitales de la UE y se espera que entre en vigor entre 2024 y 2025¹³⁵. Aunque no se aplica a la tecnología *blockchain* ni a las MVs de bancos centrales, sí incluye todas las demás criptomonedas no clasificadas como instrumentos financieros (como los *tokens* de utilidad y de pago) y pone foco en las *stablecoins* (criptomonedas vinculadas a otro activo, como dinero fiat, oro u otra criptomoneda) que deben cumplir con estándares rigurosos de transparencia, operación y gobernanza y recibir autorización para su comercio en la UE¹³⁶. La propuesta también impone barreras elevadas para nuevos participantes en el mercado¹³⁷.

33. Otras normativas que afectan a las empresas que manejan MVs¹³⁸ son la Directiva (UE) 2015/849¹³⁹ contra el BC/FT; el RGPD, y la Directiva 2005/29/CE¹⁴⁰ contra prácticas comerciales desleales (incluyendo el *greenwashing*). Estas normativas pueden generar conflictos de jurisdicción, protección de datos y prácticas comerciales desleales, que deberán resolverse en base a los convenios y reglamentos existentes en la UE: 1. Conflictos de jurisdicción en casos de blanqueo de capitales (si una empresa que transacciona ecomonedas en un país de la UE es acusada de incumplir la Directiva 2015/849 en otro Estado miembro, habría que resolver la disputa basándose en el Convenio de Bruselas I bis. En general, se manejaría en función del país donde la empresa tiene su domicilio principal. Sin embargo, si la actividad ilícita ocurrió mayormente en otro Estado de la UE, este último podría ostentar la jurisdicción); 2. Conflictos sobre la protección de datos (si una empresa relacionada con ecomonedas viola el RGPD al gestionar datos personales de sus usuarios, se aplicaría el RRI, art. 6. Este reglamento estipula que el contrato entre la empresa y el usuario estaría sujeto a la ley del país donde el usuario tiene su residencia habitual, lo cual podría afectar incluso a la interpretación de su cumplimiento con el RGPD) y 3. Conflictos sobre prácticas comerciales desleales y *greenwashing*. En estos casos también se podría aplicar el RRI (art. 6), que establece que la ley aplicable sería la del país donde reside el consumidor. Sin embargo, si la empresa sostiene que ha cumplido con las normas de publicidad de su propio país, podría generarse una disputa sobre qué normativa debería prevalecer.

34. La normativa de la UE provee un marco legal para abordar asuntos vinculados a las MVs, tanto criptográficas como no criptográficas. Diversos acuerdos y reglamentos son aplicables para resol-

¹³² DOUE L 330/1, de 15 de noviembre de 2014.

¹³³ DOUE L 322/15, de 16 de diciembre de 2022.

¹³⁴ University of Turku: https://www.utupub.fi/bitstream/handle/10024/175368/aapohakkinen_progradu.pdf?sequence=1&isAllowed=y

¹³⁵ La propuesta contempla que los proyectos de criptomonedas presenten un documento de descripción *-white paper-* a las autoridades reguladoras. Aunque este proceso es sólo declarativo y las autoridades no pueden autorizar o rechazar proyectos (con excepción de las *stablecoins*), este requerimiento constituye un obstáculo legal y regulatorio para los nuevos proyectos, ya que implica la necesidad de establecerse como una entidad legal en uno de los países miembros de la UE. La MiCA no menciona específicamente a las ecomonedas, pero ellas están cubiertas por el futuro Reglamento si cumplen con los criterios que regula, como es el caso de las *stablecoins*. Creemos que el reglamento plantea conflictos legales importantes. La exclusión de la tecnología *blockchain* y MVs emitidas por bancos centrales es cuestionable desde un punto de vista de igualdad de trato. A su vez, la exigencia de establecerse como entidad legal en un país de la UE constituye un obstáculo desproporcionado para los nuevos proyectos, en contraposición al principio de libertad de empresa. Por último, el criterio de “inversor cualificado” es conflictivo en términos de igualdad de oportunidades. La resolución de estos conflictos requeriría una revisión y posiblemente una modificación del reglamento para garantizar su conformidad con los principios fundamentales del Derecho de la UE.

¹³⁶ <https://blogs.lse.ac.uk/europpblog/2021/07/05/what-the-eus-new-mica-regulation-could-mean-for-cryptocurrencies/>

¹³⁷ La MiCA establece el criterio de “inversor cualificado” para la liberación de criptomonedas, incluyendo las *stablecoins*, lo que significa que los individuos con una cantidad significativa de riqueza tendrán un acceso más temprano a las criptomonedas y se enfrentarán a menos obstáculos regulatorios que los ciudadanos ordinarios.

¹³⁸ J.J.N. BLANQUEZ, “El embargo y decomiso de criptomonedas en el Espacio Judicial Europeo”, *Revista de Estudios Europeos* (Extraordinario monográfico nº 1), 2023, pp. 349-383.

¹³⁹ DOUE L 141/73, de 5 de junio de 2025.

¹⁴⁰ DOUE L 149/22, de 11 de junio de 2005.

ver disputas, seleccionar las leyes pertinentes y establecer jurisdicciones, siendo el RRI uno de los más relevantes.

A) Reglamento Roma I¹⁴¹

35. El art. 4 del RRI especifica la ley a aplicar en caso de que no exista una elección previa. Esta se determina en función del tipo de contrato y de la residencia de las partes implicadas. Con relación a las MVs, como Bitcoin o Ethereum, su naturaleza descentralizada y global complica la definición de la ley aplicable, especialmente en transacciones entre pares (*peer-to-peer*)¹⁴². Podría considerarse que los contratos vinculados a las MVs (intercambio, custodia, etc.) se rijan por la ley del país donde reside habitualmente el proveedor del servicio, en concordancia con la cláusula 1b. Sin embargo, debido a la singularidad y complejidad de las MVs, estos casos también podrían ampararse en las cláusulas 2 y 3, siendo regidos por la ley del país donde resida la parte que deba prestar el servicio característico del contrato, o donde el contrato tenga vínculos más estrechos, respectivamente. La solución jurídica final dependerá de la interpretación y aplicación específica de la ley por parte de los jueces encargados del caso, quienes deberán considerar todas las circunstancias, como la naturaleza y características de las MVs, la ubicación de las partes, el lugar de ejecución del contrato y otros factores relevantes.

36. Por otro lado, el art. 19 establece directrices para determinar la “residencia habitual” de entidades legales y personas físicas. En el contexto de las MVs, su aplicación puede ser compleja debido a la descentralización y globalización de estas tecnologías. La “residencia habitual” de una entidad que opera con criptomonedas, por ejemplo, podría considerarse en el lugar de su administración central, pero monedas como el Bitcoin carecen de una administración central definida (en el caso de entidades que ofrecen servicios de intercambios, la “residencia habitual” es el lugar donde se encuentra su establecimiento principal o la administración central). Por tanto, en nuestra opinión, es evidente la necesidad de desarrollar nuevas normativas que consideren las particularidades de estas monedas y de la tecnología *blockchain* (dicha regulación deberá tener en cuenta la naturaleza global y descentralizada de estas monedas para establecer criterios adicionales o alternativos para determinar su “residencia habitual” como la ubicación de los servidores principales, el lugar de registro de la empresa o el domicilio de los propietarios o administradores principales). La clave será encontrar un equilibrio entre la necesidad de regulación y el deseo de fomentar la innovación en este campo en rápido desarrollo.

37. El art. 20 se refiere a la exclusión del reenvío, estableciendo que, si un caso involucra la ley de un país en particular, se aplicarán sus leyes materiales, excluyendo las normas de Derecho Internacional Privado. Esto tiene implicaciones importantes para las MVs, ya que las leyes que las rigen varían entre los países (v.g., si la jurisdicción pertinente reconoce las criptomonedas como medio legal de cambio, el manejo de la controversia difiere respecto a aquel en el que se les desconoce o prohíbe). Por su parte, el art. 21 habla sobre el orden público del foro. Este se aplica a las ecomonedas en situaciones donde las leyes de un país extranjero están en conflicto directo con los principios fundamentales de justicia y moralidad del país del foro (v.g., si el país A permite el uso irrestricto de ecomonedas pero en el país B, donde se está juzgando un caso, éstas son consideradas ilegales o incluso inmorales, el juez de este país podría excluir la aplicación de la ley del país A sobre las ecomonedas, alegando que es manifiestamente incompatible con el orden público del foro).

¹⁴¹ O. LANDO/P. ARNT NIELSEN, “The Rome I Regulation”, *Common Market Law Review*, vol. 45, n° 6, 2008; F. FERRARI/S. LEIBLE, *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Munich, Sellier. European Law Publishers, 2009; J.J.N. BLANQUEZ, *op. cit.*

¹⁴² Las transacciones *peer-to-peer* (P2P), se refieren a la transferencia directa de datos, servicios o bienes entre dos partes sin la necesidad de un intermediario centralizado. En este tipo de transacciones, los participantes se conectan directamente a través de una red descentralizada, permitiendo intercambios seguros y eficientes sin la intervención de terceros. Esto puede aplicarse a diferentes áreas, como pagos digitales, compartición de archivos, préstamos entre particulares, entre otros, y se basa en la confianza y la tecnología de encriptación para garantizar la integridad y la seguridad de las operaciones.

38. Por último, el art. 22 establece que cada unidad territorial con sus propias normas jurídicas en materia de obligaciones contractuales se considerará como un país a efectos de determinar la ley aplicable. Este punto es especialmente relevante en el contexto de las MVs en países con varios sistemas jurídicos, como Canadá o Suiza. En el caso de las ecomonedas, si una unidad territorial tiene una ley específica que regula su uso, esta ley sería la aplicable para las obligaciones contractuales relacionadas con las mismas dentro de esa unidad territorial (si una región permite el uso de una ecomoneda particular para ciertas transacciones y otra región no, estas diferencias serían respetadas bajo el RRI). La solución jurídica, por tanto, residiría en el respeto a la diversidad legal de cada unidad territorial en lo que respecta a la utilización de las ecomonedas, lo que permitiría una adaptación más fluida y flexible de las regulaciones financieras y contractuales al dinamismo y diversidad del mundo criptográfico. Ante estos desafíos, se propone aclarar las normas de aplicación de leyes para abordar específicamente las MVs y otras tecnologías descentralizadas. Adicionalmente, se sugiere trabajar hacia la armonización de las leyes y regulaciones sobre MVs (particularmente las criptomonedas, por su mayor magnitud) para reducir conflictos. Finalmente, se plantea la utilización de contratos inteligentes para codificar automáticamente la ley aplicable en las transacciones de MVs y reducir así la incertidumbre.

B) Reglamento (UE) 1215/2012¹⁴³

39. El Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012 (Reglamento Bruselas I Bis), relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil no se refiere de forma explícita a las MVs, pero su articulado puede ser relevante para regularlas y gestionar litigios relacionados. Su art. 25 establece las bases para la competencia judicial en casos de disputas comerciales internacionales. En lo que respecta a las MVs, este artículo tiene implicaciones importantes, dado que ese tipo de transacción a menudo implica diferentes jurisdicciones. Según esta disposición legal, las partes pueden acordar en un contrato, incluso de forma electrónica, qué jurisdicción será competente para resolver cualquier disputa (en el caso de las transacciones en línea, la forma escrita puede cumplirse a través de medios electrónicos, como correos electrónicos o contratos inteligentes en *blockchain*). Este acuerdo será vinculante a menos que sea nulo según la ley del Estado miembro¹⁴⁴. Este principio se aplica a los contratos de ecomonedas siempre que las partes conozcan -o deban conocer- las normas de comercio internacional aplicables y las sigan habitualmente. Naturalmente, estos acuerdos de competencia no deben ser contrarios a otras disposiciones del Reglamento, como las que protegen a los consumidores o los empleados.

40. El art. 26 también es aplicable en los litigios que se originen entre las partes involucradas en las transacciones de ecomonedas. Si se presenta un caso en el que un usuario de MVs es demandado en un Estado miembro de la UE por un incumplimiento de contrato o una disputa comercial, el órgano jurisdiccional de ese Estado miembro sería competente para resolver el litigio, a menos que él impugne dicha competencia o exista otra jurisdicción exclusivamente competente en virtud del art. 24 (ahora, si la disputa involucra a un consumidor de MVs, antes de asumir la competencia, el tribunal debe asegurarse de que se ha informado al demandado de su derecho a impugnar su competencia y de las consecuencias de su comparecencia o no).

41. La litispendencia y la conexidad, tal como se expresan en el art. 29, presentan una relevancia considerable en el contexto de las MVs, dada su naturaleza transfronteriza y la diversidad de jurisdic-

¹⁴³ B. STRILETS, “Current state and prospects for the legal regulation of cryptocurrencies in the European Union”, *Actual problems of law*, n° 2, 2022, pp. 70-76; A. APOSTOLOS, “Brussels I Bis. A Commentary on Regulation (EU) n° 1215/2012”, *Elgar Commentaries in Private International Law Series*, n° 15, 2023; M. REQUEJO ISIDRO, *Brussels I bis: a commentary on Regulation (EU) n° 1215/2012*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2022; N. KANSU OKYAY, “The Applicability of the Brussels I bis Regulation to Hybrid Dispute Resolution Clauses”, *The Italian Review of International and Comparative Law*, vol. 3, n° 1, 2023, pp. 61-86.

¹⁴⁴ M. DYLAGE/H. SMITH, *op. cit.*

ciones que pueden verse implicadas. Imaginemos un caso en el que dos partes, A y B, inician litigios en España y Francia respectivamente, con la misma causa y objeto: una disputa sobre la titularidad de una cierta cantidad de ecomonedas. Según este artículo, el órgano jurisdiccional donde se presentó la segunda demanda (v.g., en Francia) debería suspender el procedimiento hasta que el tribunal donde se presentó la primera demanda (v.g., en España) se declare competente. De esta manera, se evita la posibilidad de que existan sentencias contradictorias en jurisdicciones diferentes respecto al mismo asunto. Declarada la competencia del primer tribunal, el segundo debe abstenerse, proporcionando así una solución jurídica coherente y evitando posibles conflictos de resoluciones judiciales.

42. El art. 30, establece un marco jurisdiccional en casos de demandas conexas en distintos Estados miembros, y su aplicación potencial en el ámbito de las ecomonedas puede ser crucial en tanto que su naturaleza transnacional y descentralizada origina disputas legales que pueden extenderse a múltiples jurisdicciones. Imaginemos un caso en el que una empresa con sede en un país europeo A, lanza una ICO que es adquirida por inversores de diferentes Estados miembros, y se produce una presunta violación de las leyes de protección al inversor, lo que da lugar a demandas en distintos Estados. En tal escenario, el órgano jurisdiccional ante el que se haya presentado la demanda posterior puede optar por suspender el procedimiento para evitar posibles contradicciones en las resoluciones. Igualmente, si la demanda se presenta en primer lugar en el Estado A, cualquier otro órgano jurisdiccional puede declinar su competencia, siempre y cuando el órgano jurisdiccional del Estado A sea competente y su legislación permita la acumulación de las demandas. De este modo, se asegura una solución jurídica más coherente y eficiente para las partes implicadas, evitando potenciales resoluciones contradictorias que podrían surgir de juicios independientes.

43. El art. 31 también se aplica a los conflictos transnacionales relacionados con ecomonedas. En primer lugar, este artículo asegura que, en caso de litigios sobre la misma cuestión entre los tribunales de diferentes Estados miembros, se priorizará la competencia del tribunal donde se presentó la primera demanda, otorgándole la primacía para resolver la controversia (esto tiene una aplicación directa en casos de fraude, robo o conflictos contractuales donde las partes se encuentren en distintos Estados miembros). Por otro lado, el apartado 2 establece que, si existe un acuerdo de jurisdicción exclusiva entre las partes, reconocido bajo el artículo 25, cualquier tribunal de otro Estado miembro deberá suspender el procedimiento hasta que el tribunal con competencia exclusiva resuelva sobre su competencia. Esto refuerza la autonomía de las partes al elegir un foro específico para resolver sus disputas, aunque siempre sujetos a ciertas restricciones en materia de seguros, contratos de consumo o de trabajo, como se estipula en los apartados 4, 3 y 2. En el contexto de las MVs, estos acuerdos podrían encontrarse en los términos y condiciones de los intercambios de criptomonedas o en contratos inteligentes.

44. Los arts. 32 a 34 tratan sobre el reconocimiento de las resoluciones judiciales de otros Estados miembros, lo cual puede ser crucial si una resolución judicial en un Estado afecta a una entidad que opera ecomonedas en otro Estado miembro. En el contexto del art. 32, la consideración de “órgano jurisdiccional” es relevante cuando, por ejemplo, un demandante presente una demanda relacionada con una transacción de ecomonedas en una jurisdicción específica, siendo esencial determinar el momento exacto en que se inicia el procedimiento. Por otro lado, los artículos 33 y 34 son aplicables en circunstancias donde haya un litigio pendiente relacionado con ecomonedas en un tercer país, y exista un caso relacionado en un Estado miembro de la UE. En tal caso, el tribunal de la UE podría optar por suspender el procedimiento, evitando posibles resoluciones contradictorias y buscando la buena administración de justicia. De este modo, este Reglamento ayuda a definir una solución jurídica que garantice la eficiencia y efectividad de los litigios relacionados con MVs a nivel transnacional, encajando la naturaleza descentralizada y global de las mismas en el marco jurídico europeo.

45. Los arts. 35 a 37 versan sobre la ejecución de resoluciones judiciales. En el entorno de las MVs se permite a los ciudadanos y empresas de los Estados miembros solicitar medidas provisionales o cautelares en su jurisdicción local, incluso si el fondo del asunto es competencia de otro Estado miembro

(art. 35). Este mecanismo es útil en los litigios relacionados con las MVs (v.g., violación de términos contractuales en transacciones con ecomonedas). Por otro lado, las reglas sobre el reconocimiento de resoluciones (arts. 36 y 37) promueven la eficiencia jurídica al reconocer las decisiones judiciales de cualquier Estado miembro en toda la UE, eliminando la necesidad de procedimientos adicionales (esto resulta particularmente relevante en casos de fraude o estafa relacionados con criptomonedas, donde el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales garantizaría que los responsables no puedan eludir la justicia simplemente cambiando de jurisdicción dentro de la Unión).

46. Los arts. 38 a 44 tratan procedimientos específicos para el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales (pertinentes si existen procedimientos específicos para la ejecución de resoluciones que involucran ecomonedas). El Reglamento es fundamental para establecer el marco jurídico en el ámbito de las transacciones transfronterizas con MVs, dada su naturaleza inherentemente global. Si un tribunal de un Estado miembro emite una resolución que afecta a un intercambio de ecomonedas, dicha resolución podría invocarse en otro Estado miembro en virtud del art. 38. Los artículos 39 a 44, que regulan la ejecución de las resoluciones, resultan también relevantes. Si una parte solicita la ejecución de una resolución relacionada con ecomonedas (como puede ser la restitución de fondos de un monedero digital), el procedimiento se registrará por el derecho del Estado miembro requerido (art. 41). La capacidad de aplicar medidas cautelares es esencial para prevenir movimientos de activos virtuales mientras se lleva a cabo el procedimiento (art. 44). Así, el marco jurídico permite, dentro de la UE, la aplicación transfronteriza de decisiones judiciales en cuestiones relacionadas con las MVs, lo cual se alinea con el espíritu descentralizado y global de estos activos también.

47. Finalmente, los arts. 45 a 60 tratan diversas cuestiones relacionadas con el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales, incluyendo las apelaciones, la revisión de resoluciones y cuestiones de derecho internacional privado (importantes si se dan disputas sobre la interpretación de las leyes que rigen las MVs). La Sección 3 del Reglamento establece las bases para la denegación del reconocimiento y ejecución de resoluciones. Al ser las MVs criptográficas un fenómeno cada vez más transnacional, los litigios tienden a surgir en distintos Estados (incluso en el ámbito de la UE), siendo necesario reconocer y ejecutar las decisiones de los tribunales de un Estado miembro en otro. Según el art. 45, el reconocimiento de estas decisiones puede ser denegado por varios motivos (v.g., el reconocimiento es manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido). En el contexto de las ecomonedas, podría darse el caso de que una resolución sobre una transacción en un Estado miembro sea considerada contraria al orden público en otro, debido a las diferencias en la regulación y percepción de esas monedas en la UE (al menos hasta que exista una normativa clara y unificada). A su vez, el art. 46 permite a una parte implicada en la ejecución de una resolución relacionada con MVs solicitar la denegación de dicha ejecución en base a los motivos del artículo 45. La aplicabilidad de ese marco depende en gran medida de las circunstancias específicas de cada caso y de cómo se interpreten y apliquen las disposiciones pertinentes.

C) Convenio sobre acuerdos de elección de foro (celebrado en La Haya, el 30 de junio de 2005)¹⁴⁵

48. El Convenio sobre acuerdos de elección de foro, firmado en La Haya el 30 de junio de 2005 (Decisión del Consejo de 26 de febrero de 2009)¹⁴⁶, ofrece a las partes en una transacción un marco legal que facilita la selección de un foro específico para dirimir sus controversias. Varios artículos de este

¹⁴⁵ A. SCHULZ, “The Hague convention of 30 June 2005 on choice of court agreements”, *Journal of Private International Law*, vol. 2, n° 2, 2006, pp. 243-286; M. PERTEGÁS, “The Brussels I regulation and the Hague convention on choice of court agreements”, *ERA Forum*, vol. 11, n° 1, 2010, pp. 19-27; M. LEHMANN, “Incremental international law-making: The Hague Jurisdiction Project in context”, *Journal of Private International Law*, vol. 19, n° 1, 2023, pp. 25-41; P. Beaumont, “Hague Choice of Court Agreements Convention 2005: background, negotiations, analysis and current status”, *Journal of Private International Law*, vol. 5, n° 1, 2009, pp. 125-159.

¹⁴⁶ DOUE L 133/1, de 29 de mayo de 2009. Decisión relativa a la firma en nombre de la Comunidad Europea del Convenio sobre acuerdos de elección de foro, celebrado en La Haya el 30 de junio de 2005.

instrumento son aplicables a las ecomonedas. El art. 2 delinea las exclusiones de su aplicabilidad. Dado que no se excluyen explícitamente las operaciones con activos digitales, se puede inferir que cualquier conflicto surgido de estas puede estar amparado por el Convenio, salvo que se encuentren en categorías expresamente excluidas. Por su parte, el art. 3 estipula los términos de los “acuerdos exclusivos de elección de foro”. Esta disposición resulta aplicable a aquellos acuerdos que designen un foro específico para la resolución de litigios relacionados con operaciones digitales. Los arts. 5 y 6 tratan la competencia de los tribunales respecto a los acuerdos de elección de foro y resultan cruciales cuando es necesario determinar la jurisdicción competente para resolver un litigio surgido de una operación con MVs. El art. 8, apartado 3, establece las pautas para el reconocimiento y la ejecución de las sentencias, aspecto de especial importancia cuando un fallo legal relacionado con una transacción de MV debe ser reconocido y ejecutado en distintas jurisdicciones. En paralelo, el artículo 9 c) i) aborda la protección del demandado y la adecuada notificación en caso de procedimientos legales iniciados.

49. El art. 10 regula las cuestiones preliminares, especificando que las decisiones sobre materias excluidas no serán reconocidas o ejecutadas bajo el Convenio (este aspecto repercute en conflictos que impliquen cuestiones excluidas de su ámbito de aplicación). El art. 11 postula que el reconocimiento o la ejecución de un fallo puede ser denegado si la resolución otorga indemnizaciones que no compensan a una parte por la pérdida o el perjuicio real sufrido (algo habitual en las relaciones con MVs). Este aspecto es especialmente relevante en litigios que involucren reclamaciones de daños y perjuicios relacionados con activos digitales. El art. 12 establece que las transacciones judiciales aprobadas por un tribunal de un Estado contratante tendrán el mismo efecto ejecutorio que una resolución, algo también relevante en conflictos resueltos sobre transacciones digitales. El art. 13 (documentos a presentar) se aplica en los casos que requieran el reconocimiento o la ejecución de una resolución mientras el art. 17 es relevante si se considera la posibilidad de asegurar estos activos o si se plantean operaciones de reaseguro¹⁴⁷.

D) Convenio sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Resoluciones Judiciales Extranjeras en Materia Civil o Mercantil (celebrado en La Haya, el 2 de julio de 2019)¹⁴⁸

50. El Convenio¹⁴⁹ proporciona un marco para el reconocimiento y la ejecución de sentencias judiciales en conflictos comerciales y civiles, aplicable a las ecomonedas. Aunque este instrumento no menciona explícitamente las MVs, su aplicación se extiende a este ámbito, ya que las ecomonedas pueden estar involucradas en transacciones de esta naturaleza (art. 1). El art. 2 excluye ciertas materias de su ámbito de aplicación. Dado que las MVs no están explícitamente excluidas, se deduce que las sentencias relativas a las ecomonedas podrían ser reconocidas y ejecutadas en virtud de este Convenio.

51. El art. 7 especifica las condiciones en las que puede negarse el reconocimiento o la ejecución de una sentencia (lo que incluye las relacionadas con MVs, en particular, si la decisión es contraria al

¹⁴⁷ La UE ha establecido ciertas exclusiones y excepciones para la aplicación del Convenio de la Haya de 2005 sobre acuerdos de elección de foro en contratos de seguros, buscando proteger a asegurados y beneficiarios que reciben protección especial bajo su normativa; esto se extiende a ciertos contratos de reaseguro, acuerdos hechos después del inicio de una disputa, contratos que especifican jurisdicción en el Estado donde ambos participantes están domiciliados, y contratos que cubren grandes riesgos en áreas como el transporte y el comercio. Adicionalmente, la UE se reserva el derecho a reevaluar la necesidad de mantener su declaración en función de la experiencia adquirida aplicando el Convenio. Declaración de la UE formulada en el momento de la aprobación del Convenio de la Haya de 30 de junio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro (“el Convenio”) de conformidad con su art. 21 (DOUE L 353/5, de 10 de diciembre de 2014. Decisión relativa a la aprobación, en nombre de la UE, de Convenio). *Vid* M. LEHMANN, *op. cit.*

¹⁴⁸ A. STEIN/L. VYSOKA, “European Union”, en M. WELLER/J. RIBEIRO-BIDAOU/M. BRINKMANN/N. DETHLOFF (coords.), *The HCCH 2019 Judgments Convention. Cornerstones, Prospects, Outlook*, Londres, Hart Publishing, 2023, pp. 145-162; S. GENEVIEVE, “Submission as a jurisdictional basis and the HCCH 2019 Judgments Convention”, *Netherlands International Law Review*, n° 67, 2020, pp. 49-65; N. DE ARAUJO/M. DE NARDI, “Consumer Protection Under the HCCH 2019 Judgments Convention”, *Netherlands International Law Review*, n° 67, 2020, pp. 67-79.

¹⁴⁹ DOUE L 187/4, de 14 de julio de 2022.

orden público del Estado requerido). También podría denegarse si no se notificó adecuadamente a la parte demandada del procedimiento. El art. 11 estipula que las transacciones judiciales aprobadas por un tribunal de un Estado contratante o celebradas ante ese tribunal durante un procedimiento tendrán la misma fuerza ejecutiva que una resolución. Esto es relevante en casos en los que se llegue a un acuerdo en un procedimiento judicial relacionado con la propiedad de la ecomoneda, ya que tendría la misma fuerza ejecutiva que una resolución judicial.

52. A su vez, el art. 12 establece los documentos que deben presentarse para solicitar el reconocimiento o la ejecución de una resolución. En el contexto de las ecomonedas, estos documentos incluirían las pruebas de las transacciones realizadas y/o cualquier otro documento relevante para el caso. El art. 13 establece que el procedimiento para el reconocimiento y la ejecución de una resolución se regirá por la ley del Estado requerido, lo que también repercute en las resoluciones relacionadas con ecomonedas (las leyes que regulan las MVs varían de un Estado a otro). Finalmente, el art. 14 establece que no se puede exigir ninguna garantía, caución o depósito a la parte que solicite el reconocimiento o la ejecución de una resolución (relevante en casos en los que una parte esté buscando el reconocimiento o la ejecución de una resolución relacionada con ecomonedas).

E) Conflictos en materia de ecomonedas

53. La jurisdicción en los conflictos relacionados con la emisión de ecomonedas se determina según el acuerdo de las partes implicadas. Si estas han pactado una jurisdicción específica en el contrato, ésta será la competente. En ausencia de dicho acuerdo, se recurrirá a las normativas aplicables al contrato en cuestión tal y como establece el RRI (derecho aplicable al contrato subyacente). En relación con las transacciones de ecomonedas, según el RRI, la ley aplicable a un contrato se determina por elección de las partes, y en caso de no existir una elección válida, el contrato se rige por la ley del país más estrechamente relacionado. A su vez, según el Reglamento de Bruselas I Bis, la jurisdicción para dirimir una disputa en una transacción de ecomonedas se determinaría por el lugar de residencia del demandado o por el lugar de cumplimiento de la obligación relevante. Si las partes han pactado una jurisdicción específica en el contrato, ésta será la competente. En cuanto a los tribunales, si las partes han acordado una jurisdicción exclusiva, reconocida en el artículo 25 de ese Reglamento, cualquier tribunal de otro Estado miembro deberá suspender el procedimiento hasta que el tribunal con jurisdicción exclusiva decida sobre su competencia. Este acuerdo otorga autonomía a las partes para elegir un foro para resolver sus disputas, aunque siempre sujeto a ciertas limitaciones en asuntos de seguros, contratos de consumo o de trabajo. Por último, el Convenio sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Resoluciones Judiciales Extranjeras en Materia Civil o Mercantil, de 2022, es particularmente relevante en casos de fraude o estafa relacionados con ecomonedas, donde el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales garantizaría que los responsables no puedan eludir la justicia simplemente cambiando de jurisdicción dentro de la Unión.

2. Normativa extranjera

54. En lo que respecta a la normativa extranjera, cabe destacar la legislación de varios países como, por ejemplo, EE. UU., China, Japón, Rusia, India, Australia, Singapur, Suiza y Brasil. Concretamente en los EE. UU., las operaciones con MVs están sujetas a una serie de regulaciones tanto a nivel federal como estatal¹⁵⁰ (el estado de Nueva York ha establecido el BitLicense¹⁵¹, un marco regulatorio

¹⁵⁰ M. W. CALAFOS/G. DIMITOGLOU, “Cyber Laundering: Money Laundering from Fiat Money to Cryptocurrency”, en K. DAIMI/I. DIONYSIOU/N. EL MADHOUN (coords.), *Principles and Practice of Blockchains*, Cham, Springer, 2023, pp. 271-300.

¹⁵¹ S. DRAGANIDIS, “Jurisdictional arbitrage: combatting an inevitable by-product of cryptoasset regulation”, *Journal of Financial Regulation and Compliance*, vol. 31, n° 2, 2023, pp. 170-185; B. COTLER, “Tokenized and Non-tokenized Assets: Legal

específico para las empresas que llevan a cabo actividades relacionadas con MVs en su territorio, incluyendo emisiones). A nivel federal¹⁵², la *Bank Secrecy Act* impone a las instituciones financieras, incluyendo a las que operan con MVs, una serie de requisitos destinados a detectar y prevenir actividades ilícitas, así como la obligación de reportar transacciones en efectivo que excedan ciertos límites establecidos. Por otro lado, la *Securities Act* establece requisitos para la venta y distribución de valores, incluidos aquellos emitidos en el marco de las MVs. En este sentido, las empresas que emiten dichas monedas están sujetas a requisitos de registro y divulgación de información, siempre y cuando su emisión sea considerada una oferta de valores según la definición de la norma.

55. El Banco Popular de China promulgó en septiembre de 2017 regulaciones que prohíben la emisión y utilización de MVs como medio de pago en el país¹⁵³. Esta prohibición -reflejada en la Circular del Banco Popular de China sobre la emisión de fichas y financiación mediante la emisión de MVs- también veta la emisión y venta de *tokens* o fichas, y su negociación en el mercado secundario. Sin embargo, a pesar de estas restricciones, algunas empresas chinas continúan emitiendo ecomonedas para financiar proyectos de protección medioambiental y sostenibilidad. No está claro cómo logran evadir la normativa del Banco Popular de China, aunque es plausible que hayan encontrado vías para esquivar las regulaciones o que operen fuera de su alcance. En Japón, la Ley de Servicios de Pago de 2016 (modificada en 2019)¹⁵⁴ define la MV como “propiedad de valor que se puede utilizar para el pago o la inversión”. La norma establece requisitos específicos para las empresas involucradas con la emisión, intercambio y custodia de MVs: obligación de registrarse ante la Agencia de Servicios Financieros del país, mantener un capital mínimo, implementar medidas de seguridad para proteger los activos de los usuarios y cumplir con los requisitos de seguridad y prevención de BC/FT (Japón es considerado un país líder en esta materia).

56. En Rusia, las operaciones con MVs no están prohibidas, aunque sí sujetas a una serie de restricciones y regulaciones definidas por la legislación local. Específicamente, en 2019 se promulgó una ley que establece ciertos requisitos para las compañías que brindan servicios relacionados con estos activos digitales¹⁵⁵. Esta ley exige que tales empresas se inscriban en el registro de proveedores de servicios de MVs del Banco de Rusia y cumplan con distintos requisitos de transparencia y seguridad. Dichos requerimientos abarcan la identificación de los usuarios, la adopción de medidas de seguridad para resguardar los datos personales y financieros de estos y la implementación de estrategias para prevenir el BC/FT. También se establece que las MVs no pueden ser usadas como medio de pago en el territorio ruso, restringiéndose su uso a la inversión o como activos de valor. En caso de incumplimiento de estas normativas, se prevén sanciones que incluyen multas y la posible suspensión o revocación de la licencia para ofrecer servicios relacionados con MVs. Por otra parte, en India, el Banco de Reserva ha instaurado regulaciones que prohíben la utilización de MVs como forma de pago. En abril de 2018¹⁵⁶, el organismo

Considerations”, en H. KENT BAKER/H. BENEDETTI/E. NIKBAKHT/S. STEIN SMITH (coords.), *The Emerald Handbook on Cryptoassets: Investment Opportunities and Challenges*, Bingley, Emerald Publishing Limited, 2023, pp. 249-263.

¹⁵² S. PATEL/K. KASZTELNIK/M. ZELIHC, “Modern Offense Typologies to Reduce the Risk of Money Laundering and Increase Financial Stability and Sustainability in the United States Banking System”, *The Journal of Applied Business and Economics*, vol. 25, n° 2, 2023, pp. 204-224.

¹⁵³ L., POOJA, “Currency and Payment Tech: Cryptocurrencies Transforming the Face of Finance”, en A.N. TURI (coord.), *Financial Technologies and DeFi: A Revisit to the Digital Finance Revolution*, Cham, Springer, 2023, pp. 57-66; A.F. AYSAN/F.N. KAYANI, “China’s transition to a digital currency does it threaten dollarization?”, *Asia and the Global Economy*, vol. 2, n° 1, 2022, p. 100-123.

¹⁵⁴ G. ARORA, “Cryptoasset Regulatory Framework in Japan”, SSRN, Elsevier, 2020 (19 de noviembre), disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3720230#:~:text=http%3A//dx.doi.org/10.2139/ssrn.3720230.

¹⁵⁵ I. APPIAH-OTOO, “The Impact of the Russia-Ukraine War on the Cryptocurrency Market”, *Asian Economics Letters*, vol. 4, 2023, pp. 62-101; R. KHALFAOUI/G. GOZGOR/J.W. GOODELL, “Impact of Russia-Ukraine war attention on cryptocurrency: Evidence from quantile dependence analysis”, *Finance Research Letters*, vol. 52, 2023, p. 103-165.

¹⁵⁶ A. STALIN/S. ANNIE/A. KUMAR, “Risk and Return Analysis of Crypto Currencies in India”, en B. ALAREENI/A. HAMDAN/R. KHAMIS/R. EL KHOURY (coords.), *Digitalisation: Opportunities and Challenges for Business: Volume 2*, Cham, Springer, 2023, pp. 570-580; R. KAMATH/M. HABEED, “Cryptocurrency and the Indian Monetary System”, en M. IRFAN/M. ELHOSENY/S. KASSIM/N. METAWA (coords.), *Advanced Machine Learning Algorithms for Complex Financial Applications*, Pennsylvania, IGI Global, 2023, pp. 31-42.

emitió una circular que prohibía a las entidades supervisadas por el Banco, como las instituciones financieras y compañías de pago, ofrecer servicios a cualquier persona o entidad que participase en transacciones de MVs (también instaba a estas entidades a cesar la prestación de servicios a las empresas que proporcionan servicios vinculados a las MVs).

57. En Australia, las transacciones con MVs se encuentran reguladas por la Ley de Lucha contra el Lavado de Dinero y la Financiación del Terrorismo¹⁵⁷. Bajo esta normativa, las empresas de servicios financieros, incluyendo las que emiten o transaccionan con ecomonedas, deben cumplir con obligaciones de KYC y EDD para prevenir actividades ilícitas. Respecto a las ICOs, la Comisión Australiana de Valores e Inversiones ha implementado regulaciones para su supervisión y la protección del consumidor. Establece un marco que incluye requisitos de divulgación y transparencia para sus emisores y proporciona directrices para los inversores que desean participar en dichas ofertas (la entidad es muy activa en la lucha contra las ICOs fraudulentas, emprendiendo investigaciones y acciones legales contra aquellos emisores que han incumplido las leyes de valores).

58. En Singapur, las transacciones con MVs son legales y están supervisadas por la Ley de Servicios de Pago y la Ley de Activos Digitales¹⁵⁸. La primera proporciona un marco regulatorio que abarca a los proveedores de servicios de pago, incluyendo a aquellos que tratan con MVs (según esta ley, dichas empresas deben registrarse, obtener una licencia y establecer políticas para la prevención del BC/FT) mientras la segunda proporciona un marco específico para las MVs (bajo esta norma, las empresas que emiten o comercializan ecomonedas deben cumplir con obligaciones de registro y licencia, además de mantener una transparencia informativa hacia los usuarios).

59. En Suiza, las transacciones con MVs se rigen por dos leyes principales: la Ley de Mercados Financieros y la Ley de Prevención del Lavado de Dinero¹⁵⁹. La primera clasifica las MVs como “representaciones digitales de valor que no son emitidas ni respaldadas por ningún banco central o autoridad pública y que no necesariamente están ligadas a una moneda oficial”. Esta ley establece obligaciones para los proveedores de servicios financieros que trabajan con MVs. Por otro lado, la segunda fija la KYC y la EDD como medidas para prevenir actividades delitivas (son aplicables a todos los proveedores de servicios financieros del país). Adicionalmente, en 2019, el Gobierno suizo adoptó una estrategia para impulsar la innovación y el desarrollo de la tecnología *blockchain*, promoviendo un marco regulatorio claro y predecible para las empresas que operan con MVs de base criptográfica.

60. En Brasil, las transacciones con ecomonedas están permitidas, pero sujetas a regulaciones y restricciones específicas. En 2019, se implementó una normativa¹⁶⁰ que establece requisitos para las empresas que prestan servicios relacionados con MVs. Entre las obligaciones dictadas por esta ley se incluyen las de registro y cumplimiento de las normas de prevención de BC/FT. De acuerdo con esta normativa, las empresas que ofrezcan servicios vinculados a ecomonedas deben registrarse ante la Comisión de Valores Mobiliarios (CVM) de Brasil y acatar las normas pertinentes impuestas por el Consejo de Control de Actividades Financieras (COAF). Adicionalmente, la ley estipula que las empresas que operan con MVs deben proporcionar información detallada sobre las condiciones de emisión, los derechos y obligaciones de los titulares de *tokens* y las medidas de seguridad implementadas para la protección de los activos de los titulares.

¹⁵⁷ F.I. LESSAMBO, *Fintech Regulation and Supervision Challenges within the Banking Industry: A Comparative Study within the G-20*, pp. 187-198; M.B. HOSSAIN, “Acquiring an awareness of the latest regulatory developments concerning digital assets and anti-money laundering”, *Journal of Money Laundering Control*, 2023, pp. 124-167.

¹⁵⁸ Y. MEZQUITA/D. PÉREZ/A. GONZÁLEZ-BRIONES/J. PRIETO, *op. cit.*

¹⁵⁹ H.B. MEIER/J.E. MARTHINSEN/P.A. GANTENBEIN/S.S. WEBER, “Swiss Finance Market Regulators & Laws”, en H.B. MEIER/J.E. MARTHINSEN/P.A. GANTENBEIN/S.S. WEBER (coords.), *Swiss Finance: Banking, Finance, and Digitalization*, Cham, Palgrave Macmillan, 2023, pp. 251-296.

¹⁶⁰ V. COSTA MAGALHÃES, “Criptomercado e lavagem de ativos: um esboço estratégico para a prevenção e repressão de uma união perigosa”, *Revista Científica do CPJM*, vol. 2, nº 06, 2023, pp. 113-139.

VIII. Conclusiones

61. Los principales resultados obtenidos con esta investigación son los siguientes: Las ecomonedas pueden fomentar comportamientos respetuosos para con el medioambiente y potenciar la responsabilidad social corporativa, a pesar del riesgo de *greenwashing*. A pesar de su novedad y de su alcance aún limitado, existen varias iniciativas en el mundo (*SolarCoin, WIR, ECO Coin, Colu, FairCoin, etc.*) que buscan, a través de esa MV de base criptográfica, impulsar el comercio local y la inversión en empresas sostenibles. Sin embargo, su uso en transacciones comerciales plantea retos legales importantes (clasificación jurídica, protección del consumidor y aplicación de normas contractuales) debido a su descentralización, naturaleza transfronteriza y desregulación (paralelamente, la ausencia de jurisprudencia y de doctrina específicas complican su análisis legal).

62. La armonización normativa, el cumplimiento de las leyes de valores, la prevención del BC/FT (minimizadas por la adopción de los protocolos KYC y EDD) y la utilización de contratos inteligentes/protección del consumidor son cuestiones que tomarán aún mucho tiempo para solucionarse. Las recomendaciones y directrices del G20, FMI y GAFI buscan abordar varios temas relacionados con conflictos generados por la falta de regulación armonizada de las MVs y promover, dentro de su ámbito, la estabilidad e inclusión financiera, la equidad y la transparencia. No obstante, la ley aplicable sigue presentando contornos imprecisos, debido a la variedad de criterios aplicables (ubicación de las partes y de los servidores que respaldan las MVs, ley aplicable al contrato subyacente, jurisdicción del lugar de la disputa, etc.) derivados de reglas nacionales o, incluso, de tratados bilaterales y multilaterales.

63. La normativa europea (Reglamento de Divulgación de Sostenibilidad Corporativa y Directrices sobre Información No Financiera, RGPD, etc.) no menciona explícitamente las ecomonedas en lo que concierne a la presentación de informes sobre impactos y proyectos medioambientales. No obstante, las reglas pertinentes a las criptomonedas le son aplicables. También se puede contemplar un marco legal potencialmente aplicable constituido por el Reglamento Roma I, el Reglamento 1215/2012, el Convenio sobre acuerdos de elección de foro (La Haya, 2005) y el Convenio sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Resoluciones Judiciales Extranjeras en Materia Civil o Mercantil, de 2022. Fuera del ámbito europeo, EE. UU., China, Japón, Rusia, India, Australia, Singapur, Brasil, entre otros países, se pronunciaron de una forma u otra sobre el asunto. Las preocupaciones por establecer una regulación clara y coherente, incrementar la seguridad jurídica, la protección de los inversores y la integridad del mercado son prioritarias en los gobiernos. Por último, el arbitraje gana cada vez más peso en este campo, aunque los laudos arbitrales pueden enfrentar problemas de orden público en el foro de ejecución.

64. Tomando en cuenta la investigación, se proponen 10 recomendaciones para estimular la emisión y uso de las ecomonedas en el ámbito de la UE:

1. Fomentar la colaboración y armonización internacional en la regulación de ecomonedas, facilitando un marco legal coherente y eficiente a nivel global.
2. Desarrollar y actualizar las regulaciones nacionales para abordar específicamente las ecomonedas, aclarando su clasificación jurídica y protegiendo a los consumidores e inversores.
3. Establecer medidas de prevención de BC/FT en transacciones con ecomonedas, incluyendo la adopción, por parte de las empresas involucradas con MVs, los protocolos KYC y EDD.
4. Reglamentar los contratos inteligentes utilizados en transacciones de ecomonedas, garantizando la transparencia, seguridad y protección de los derechos de los consumidores.
5. Implementar requisitos de divulgación para las empresas que emiten o utilizan ecomonedas, incluyendo información sobre sus contribuciones a la sostenibilidad ambiental y el desarrollo local.
6. Incentivar la investigación y desarrollo de jurisprudencia en el ámbito de las ecomonedas, facilitando un marco legal más sólido y estable para su uso.

7. Promover la responsabilidad social corporativa y la sostenibilidad en empresas que emiten o utilizan ecomonedas, evitando el *greenwashing* y garantizando prácticas genuinamente sostenibles.
8. Fomentar la adopción de ecomonedas a nivel local y regional, incentivando el comercio local y la inversión en empresas sostenibles y responsables.
9. Facilitar la resolución de conflictos relacionados con ecomonedas mediante la utilización de métodos alternativos de resolución de disputas, siempre que se respeten las leyes y regulaciones aplicables en cada jurisdicción.
10. Monitorear y evaluar continuamente el impacto de las ecomonedas en la protección del medio ambiente y la equidad social, adaptando las políticas y regulaciones según sea necesario para garantizar resultados positivos y sostenibles.

Limitaciones y alcance de la responsabilidad de las empresas proveedoras de servicios en el discurso de odio *online*. El caso de Meta en la incitación al genocidio rohingya

Limitations and scope of the responsibility of internet service provider companies. Meta and incitement to genocide of Rohingya case

LIBIA ARENAL LORA
Profesora ayudante doctor
Universidad de Sevilla

Recibido: 29.03.2023 / Aceptado: 08.05.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.8053

Resumen: Este trabajo pretende analizar la relación entre el discurso de odio y la incitación al genocidio, así como el alcance de la responsabilidad legal de las empresas por estos crímenes, a partir de un caso de estudio: la contribución de la empresa Facebook (Meta) a la violencia contra la etnia *rohingya* en Myanmar. En primer lugar, se lleva a cabo una revisión de los acontecimientos sucedidos a partir de los informes elaborados por la Misión Internacional Independiente de Investigación de la ONU, desplazada al terreno desde 2017, de los que se desprenden la posible existencia de una intención genocida del Estado. En segundo lugar, explora las características y las limitaciones que tiene el discurso online para su calificación como un discurso de odio punible, no amparado por la libertad de expresión. Finalmente, explora cómo estos elementos operan para el surgimiento y la atribución de responsabilidad legal de las empresas proveedoras de servicios de internet a través del estudio los casos *Gambia c. Meta* y *Doe c. Meta* ante diferentes tribunales federales de los Estados Unidos.

Palabras clave: discurso de odio online; incitación al genocidio; responsabilidad de las empresas.

Abstract: This paper aims to analyze the relationship between online hate speech and incitement to genocide, beside the legal responsibility of companies for those crimes, based on a case study: the contribution of the company Facebook (Meta) to violence against Rohingya ethnic group in Myanmar. On the first place, a review of the events that occurred against Rohingya is carried out based on the reports prepared by the UN Independent International Investigation Mission, deployed on the ground since 2017, from which the possible existence of a genocidal intent of State was recognized. Secondly, it explores the characteristics and limitations of online speech for its classification as a hate speech crime, not protected by freedom of expression. Finally, it explores how these specific elements, characterizing online hate speech, operate for the emergence and attribution of legal responsibility of the companies that provide internet services through the study of the *Gambia v. Meta* and *Doe v. Meta* before different federal courts in United States.

Keywords: online hate speech; incitement to genocide; corporate responsibility.

Sumario: I. Introducción. II. Aproximación histórica al discurso del odio en la comisión del crimen de genocidio. III. El papel de Facebook en la difusión de mensajes de odio hacia el pueblo *rohingya*. IV. Características, limitaciones, problemas jurisdiccionales y de responsabilidad en la delimitación del discurso de odio online punible. Análisis del caso *Gambia c. Facebook*. V. De la responsabilidad civil en *Doe c. Meta* en Estados Unidos a la responsabilidad internacional de Facebook en el genocidio *rohingya*. VI. Conclusiones.

I. Introducción

1. La regulación del discurso del odio, como una conducta punible, no es una tarea sencilla ya que los límites a la divulgación de opiniones e ideas ofensivas y contrarias a valores universales, relacionados con la igualdad y la dignidad humana, encuentran su umbral en la protección a la libertad de expresión, otro valor fundamental en la construcción de sociedades democráticas y plurales.

2. A los problemas tradicionales asociados con la delimitación del discurso del odio punible se suman, en la actualidad, otros tantos que tienen su razón de ser en la dificultad de caracterizar las particularidades del discurso de odio online que se ha multiplicado de manera global a través de internet. De esta manera, hoy en día, millones de personas utilizan las redes sociales para comunicarse y publican, comparten y editan contenidos que pueden llevar mensajes de odio, incitar a la violencia y a la discriminación; y esto se puede hacer prácticamente sin control porque las empresas proveedoras de servicios, que son un actor con un enorme poder global, no tienen la obligación de vigilar todo el contenido que se genera a través de sus plataformas.

3. Desde esta perspectiva, la preocupación sobre cómo regular el discurso de odio online en el Derecho internacional, e identificar y establecer obligaciones para las empresas proveedoras de servicios, que hagan surgir su responsabilidad y evitar la impunidad, es una cuestión totalmente pertinente y de enorme relevancia.

4. Este trabajo pretende analizar, utilizando el caso de estudio de la contribución de la empresa *Facebook* al -presunto- genocidio *rohingya*, la relación entre el discurso de odio y la incitación al crimen; las características y las limitaciones que tiene el discurso de odio online para su calificación como un discurso de odio punible; y, por último, cómo en este contexto puede surgir la responsabilidad legal de las empresas proveedoras de servicios de internet, bien por la vía civil por daños, bien por la vía penal por incitación al genocidio.

5. Para abordar todas y cada una de estas cuestiones, en primer lugar, se describirá la conexión histórica entre el discurso de odio y los crímenes internacionales, en particular, se hará una mención a los acontecimientos sucedidos durante la Segunda Guerra Mundial, en el transcurso de las guerras yugoslavas entre 1991 y 2001 y en el conflicto en Ruanda en 1994. En segundo lugar, se profundizará en el caso de la violencia desatada contra la etnia *rohingya*, en el que todo apunta a que se hayan cometido crímenes de lesa humanidad y genocidio, y el papel que ha tenido la difusión del discurso de odio online, a través de la empresa *Facebook*, en el desarrollo de estos sucesos. En tercer lugar, se analizarán algunos de los problemas más relevantes para la delimitación del discurso de odio online teniendo en cuenta los estándares internacionales y cómo algunos de estos problemas se presentan y se resuelven en la práctica judicial. Para ello se realizará una presentación del caso *Gambia c. Facebook* ante un tribunal federal de los Estados Unidos. Por último, se examinará la cuestión de la responsabilidad de las empresas proveedoras de servicios por la emisión del discurso de odio online para lo que se presentará el caso *Edelson y Fields Law c. Meta Platforms* ante la Corte Suprema del Estado de California, Estados Unidos. Algunas conclusiones relevantes se expondrán para concluir este trabajo.

II. Aproximación histórica al discurso del odio en la comisión del crimen de genocidio

6. Adama Dieng, asesor de las Naciones Unidas sobre la prevención del genocidio, ha declarado con una firmeza absoluta que hay “palabras que matan”, que hay “palabras que matan más que las balas”¹.

¹ Entrevista a Adama Dieng, Asesor Especial sobre el Genocidio, sobre el discurso del odio realizada el 27 de septiembre de 2019. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/stories/2019/09/interview-special-advisor-genocide-adama-dieng-hate-speech>.

7. Esta circunstancia, que es extrema, ocurre cuando el discurso del odio – expresión producto de la intolerancia, prejuicios y estereotipos basados en la religión, raza, nacionalidad, origen étnico y también, ahora más presente que nunca, la identidad de género u orientación sexual²- emana de actores que tienen la capacidad de influir en las orientaciones y las acciones de amplios grupos humanos. Si bien el discurso de odio tiene unas consecuencias especialmente dramáticas cuando se encuentra instalado en el Estado, en lo político-institucional, también es especialmente grave cuando prorrumpe de la innovación y de los avances tecnológicos que controlan actores privados, como son las grandes empresas proveedoras de servicios en internet (PSI), que han facilitado que los discursos de odio online incendien las redes de forma global e instantánea.

8. La historia del discurso del odio y los actos de violencia en contra de grupos humanos por sus características particulares puede remontarse a tiempos inmemoriales –puede decirse que tiene un fundamento filosófico en el esencialismo desde el momento en que Tales de Mileto afirmó que “todo es agua”, reduciendo la riqueza y pluralidad de la realidad a un solo elemento que es considerado total y fundador³-. Sin embargo, podemos afirmar que fueron los crímenes atroces que se cometieron por parte del Gobierno nazi, durante la Segunda Guerra Mundial, los que dieron lugar a la adopción de la primera norma internacional que tipificara como crimen el discurso del odio.

9. El mismo Adam Dieng ha señalado que el Holocausto no comenzó con las cámaras de gas sino con el discurso del odio del régimen nacionalsocialista contra sus enemigos– los comunistas y los judíos-, que contribuyó a la construcción y la legitimación de todo un sistema criminal diseñado para el exterminio⁴. A partir de ahí, son universalmente conocidos los trágicos acontecimientos sucedidos durante este periodo negro de la historia.

10. Las potencias vencedoras de la Segunda Guerra Mundial -Estados Unidos, Reino Unido, la Unión Soviética y Francia- crearon el Tribunal Militar Internacional de Núremberg en 1945 para sancionar las responsabilidades de dirigentes, funcionarios y colaboradores del régimen nacionalsocialista de Adolf Hitler por los diferentes crímenes y abusos cometidos en nombre del Tercer Reich alemán⁵. Si bien el Estatuto por el que se creó el Tribunal no tipificó como un crimen de Derecho internacional los actos dirigidos a la destrucción de un grupo social –genocidio- ni tampoco la incitación pública y directa a cometer tales crímenes– el discurso del odio sí aparece recogido en el ámbito de la jurisprudencia de Núremberg. El caso contra *Julius Streicher*, fundador de un panfleto antisemita que llegó a ser un periódico de masas, sentenciado a la horca en 1946 por crímenes contra la humanidad, es un ejemplo de cómo se lograron condenas contra las personas que incendiaron el odio y alimentaron la causa general de violencia contra los judíos⁶.

11. La tipificación del crimen de genocidio y de la incitación al genocidio tuvieron que esperar hasta el 9 de diciembre del año 1948, momento en el que se adoptó en el seno de las Naciones Unidas

² La Recomendación General n. 15 sobre líneas de actuación para combatir el discurso del odio de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, adoptada el 8 de diciembre de 2015, ha definido como discurso del odio “el uso de una o más formas de expresión específicas —por ejemplo, la defensa, promoción o instigación del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos o estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones— basada en una lista no exhaustiva de características personales o estados que incluyen la raza, color, idioma, religión o creencias, nacionalidad u origen nacional o étnico, al igual que la ascendencia, edad, discapacidad, *sexo, género, identidad de género y orientación sexual*” (la cursiva es nuestra).

³ J. SOLANA DUESO, “El agua como el primer principio: Las razones de Tales de Mileto”. *CONVIVIAM*, 2009, Núm. 22, pp. 5-23. Disponible en: <https://raco.cat/index.php/Convivium/article/view/13065>. [Consulta: 6-06-2022].

⁴ Entrevista a ADAMA DIENG, *op. cit.*

⁵ Estatuto del Tribunal Militar Internacional, Acuerdo para el establecimiento de un Tribunal Militar Internacional encargado del juicio y castigo de los principales criminales de guerra del Eje Europeo, de 8 de agosto de 1945.

⁶ La información sobre el juicio y la sentencia en contra de Julius Streicher se encuentra disponible en: <https://www.jewishvirtuallibrary.org/nuremberg-trial-judgements-julius-streicher>. Véase también sobre este tema N. ANDREWS, “Julius Streicher at Nuremberg: A Case of Justice Denied?” *British Journal of Holocaust Education*, 3:1, 1994 pp. 32-55. DOI: 10.1080/17504902.1994.11102000.

la Convención para la prevención y la sanción del crimen de genocidio⁷ (en adelante, Convención sobre el genocidio), en parte, gracias al ímprobo esfuerzo de un enorme jurista, *Rafael Lempkin*, que trabajó por darle nombre a una realidad de violencia extrema que fue el intento de exterminio del pueblo judío durante el horror del régimen nazi. La Convención definió el genocidio, un crimen de naturaleza esencialmente discriminatoria, en el artículo 2, como una serie de actos –que se enuncian en el párrafo 1⁸ - dirigidos a la destrucción total o parcial de un grupo nacional, étnico, racial o religioso; asimismo, tipificó, en el artículo 3, la incitación directa y pública a cometer este crimen⁹.

12. Ahora bien, a pesar del hecho de que la Convención se encuentre en vigor desde 1951 y de que 149 Estados sean parte de este instrumento internacional, por el que han aceptado la obligación de prevenir y sancionar el genocidio, no ha podido evitarse que otros actos de genocidio se hayan llevado a cabo en nuestra historia más reciente, en contextos en los que el discurso del odio también se ha hecho presente como germen de estos terribles acontecimientos.

13. En Yugoslavia, si bien los problemas inherentes a las relaciones interétnicas y religiosas han estado presentes en su desarrollo constitucional desde la fundación misma de la Federación, el proceso reflexivo sobre estas diferencias y la respuesta violenta para resolverlas no llegó hasta el auge de los nacionalismos y del nacionalismo extremo, en particular, del serbio. Las tesis de un programa nacional serbio –la necesidad de hacer la guerra para reparar la pérdida y la traición y crear un Estado serbio “étnicamente puro” al interior de las fronteras fijadas por “la justicia histórica”- fueron ampliamente difundidas en los medios de comunicación oficiales y no oficiales y en las revistas científicas y literarias. De esta manera, una enorme energía fue invertida en la cultura de la desesperanza del pueblo serbio, en la producción de prejuicios y de odio, en definitiva, en la demonización del otro. De hecho, puede decirse que desde el campo serbio se desarrolló sistemáticamente una campaña de odio y de difamación contra las otras etnias y religiones, que dio lugar a la limpieza étnica y al genocidio de *Sbrenica*, donde murieron 8000 personas bosnio-musulmanas¹⁰.

14. El de Ruanda ha sido uno de los mayores genocidios conocidos en la historia de la humanidad. En el año 1994, el régimen hegemónico hutu de Ruanda asesinó en 100 días entre quinientas mil y un millón de personas tutsis. Un papel especialmente importante en el genocidio lo tuvieron algunos medios de comunicación, las llamadas “emisoras del odio”. A través de la Radio Libre de las Mil Colinas y el periódico *Kangura* se incitaba casi diariamente a los miembros de la etnia hutu a exterminar a los tutsis, a los que se calificaba como de cucarachas¹¹ y de los que facilitaban información sobre dónde vivían, dónde trabajaban o dónde se escondían; matar al 70% de toda la población tutsi hubiese sido imposible únicamente mediante la acción de las milicias y las fuerzas del gobierno¹², es decir, sin la participación generalizada de la población y de sus organizaciones sociales e institucionales.

⁷ Convención sobre la Prevención y la Sanción del crimen de Genocidio, adoptada y abierta a la firma y ratificación o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 260 A (III), del 9 de diciembre de 1948. Entrada en vigor: 12 de enero de 1951, de conformidad con el artículo XIII.

⁸ *Ídem.* Art. II.- En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo.
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo.
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial.
- d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo.
- e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.

⁹ *Ídem.* Art. III.- Serán castigados los actos siguientes:

- c) La instigación directa y pública a cometer genocidio.

¹⁰ M.KULLASHI, “Limpieza étnica en la ex-yugoslavia” *Praxis Filosófica*. 2011. DOI 10.25100/pfilosofica.v0i16.3045.

¹¹ D. RODRIGUEZ VÁZQUEZ, “El genocidio en Ruanda: análisis de los factores que influyeron en el conflicto”. Documento de Opinión” Instituto Español de Estudios Estratégicos (IEEE), 2017. Disponible en: https://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2017/DIEEO592017_Genocidio_Ruanda_DanielRguezVazquez.pdf.

¹² W. SCHABAS, “Hate speech in Rwanda. The road to genocide” in Lattimer, M. (Ed.). *Genocide and Human Rights* (1st ed.). Routledge, 207. DOI.org/10.4324/9781351157568.

15. Los Tribunales *ad hoc*, creados por el Consejo de Seguridad mediante las resoluciones 827, de 25 de mayo de 1993¹³, y la 955, de 8 de noviembre de 1994¹⁴, para perseguir y sancionar a los responsables de genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad cometidos durante las guerras en la antigua Yugoslavia y Ruanda, han desarrollado jurisprudencia en la que se demostró la incitación pública y directa al genocidio¹⁵ y, por lo menos, se discutió sobre la incitación a la persecución dentro de los crímenes contra la humanidad¹⁶.

16. Ahora bien, nuestra historia contemporánea no solo ha sido testigo de estos trágicos acontecimientos, sino que muchas otras situaciones de violencia extraordinaria, que pueden calificarse como genocidio, han tenido lugar. De ello dan cuenta el conflicto de Darfur o la limpieza étnica en contra de los *nuer* en Sudán del Sur; la aniquilación entre milicias cristianas y musulmanas en la República Democrática del Congo; el proceso de exterminio sistemático de *yazidies*, cristianos y *chiítas* en Irak y Siria; los graves abusos cometidos sobre el pueblo *uigur* y otras minorías étnicas y religiosas en la Región Autónoma Uigur de *Sinkian* por el gobierno chino; y, finalmente, el genocidio *roghinya*, que es el caso que nos ocupa y que trataremos a continuación.

III. El papel de Facebook en la difusión de mensajes de odio hacia el pueblo rohingya

17. La historia de Myanmar desde su independencia en 1948 se ha visto empañada por décadas de conflictos armados entre el ejército, ahora denominado *Tatmadaw*, y organizaciones armadas en las regiones en las que habitan minorías étnicas. Cada conflicto ha traído muertes y daños generalizados entre la población civil: torturas y malos tratos, violencia de género, trabajo forzoso, desplazamiento y restricciones en el uso de la tierra y de los medios de subsistencia, en el acceso a la educación, a los servicios de salud y a otros servicios básicos, así como otras graves consecuencias para el pueblo. Las víctimas son predominantemente personas de minorías étnicas: *rohingya*, *kachin*, *shan*, *ta'ang*, *rakhine*, *chin*, *karen* o *kokang*¹⁷.

18. La minoría *roghinya*, de religión musulmana, se encuentra asentada en Myanmar, país de población mayoritariamente budista, prácticamente desde la primera colonia británica en el territorio, en el año 1824; pero no fue hasta 1948, tras la independencia de Myanmar del Reino Unido, que se reconoció su ciudadanía, hecho que ha generado importantes conflictos dentro del país¹⁸.

19. Los ataques generalizados y sistemáticos contra los *roghinya* se han prolongado a lo largo de 70 años. Si la Junta Militar, en el poder desde el año 1962, les negó a través de Ley Ciudadana de 1983 el estatus de ciudadano y comenzó una campaña de odio sirviéndose de normas discriminatorias, el fin de este periodo, con la incipiente transición democrática que comenzó en el año de 2010, no mejoró su suerte ya que no logró revertir unos patrones de discriminación étnica profundamente arraigados. De hecho, con la Presidencia de *Thein Sein*, a partir del 2012, es cuando las actividades más violentas del plan de limpieza étnica se recrudecieron al alinearse una serie de factores políticos -alianzas públi-

¹³ Resolución 827 (1993) Distr. GENERAL S/RES/827 (1993) 25 de mayo de 1993, aprobada por el Consejo de Seguridad en su 3217ª sesión, celebrada el 25 de mayo de 1993. UN. Doc. S/RES/827 (1993).

¹⁴ Resolución 955 (1994) Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 3453ª sesión, celebrada el 8 de noviembre de 1994 UN. Doc. S/RES/955 (1994).

¹⁵ S. KAGAN, "The "Media case" before the Rwanda Tribunal: *The Nahimana et al.* Appeal Judgement" *Hague Justice Journal I Journal Judiciaire de la Haye* Volume/Volume 3 I Number/ N°. 1 I, 2008.

¹⁶ Sobre este último tema puede verse W. K. TIMMERMANN, "Inciting Speech in the former Yugoslavia: The *Šešelj* Trial Chamber Judgment", *Journal of International Criminal Justice*, Volume 15, Issue 1, March 2017, pp- 133–155. DOI. <https://doi.org/10.1093/jicj/mqw073>.

¹⁷ *Report of the detailed findings of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar*, UN. Doc. A/HRC/42/CRP, 16 abril 2019.

¹⁸ F. J. ZAMORA CABOT/M. C. MARULLO, "El conflicto rohingya y sus proyecciones jurídicas: Aspectos destacados" *Rivista Ordine Internazionale e Diritti Umani*, n. 3, 2020.

co-privadas para la atracción de inversión extranjera- y factores económicos –acaparamiento de tierras, especulación de recursos y desarrollo de grandes obras de infraestructura-; esta circunstancia, junto con el tradicional odio religioso y racial, dio lugar a una crisis humanitaria sin precedentes para esta etnia con la huida y desplazamiento forzoso de cientos de miles de personas hacia otros países como Bangladesh, India o Tailandia¹⁹.

20. Naciones Unidas (NU), haciendo notar su preocupación por la situación en Myanmar, decidió enviar con urgencia, en 2017, a la Misión Internacional Independiente de Investigación (en adelante, la Misión), nombrada por el Presidente del Consejo de Derechos Humanos, para establecer los hechos y circunstancias de las presuntas violaciones de derechos humanos cometidas por militares y fuerzas de seguridad, en particular en el estado de *Rakhine*, con miras a garantizar la plena rendición de cuentas de los autores y la justicia para las víctimas²⁰.

21. La Misión concluyó, en el año 2019, que las prácticas generalizadas y sistemáticas de asesinatos, violaciones, arrestos arbitrarios y detención, desapariciones forzadas, tortura y otros tratos inhumanos, así como la persecución basada en la etnia y la religión podían calificarse como crímenes de lesa humanidad²¹. Asimismo, declaró que se podía inferir una intención genocida continua por parte del Estado de Myanmar y que existía un riesgo grave de que se repitiesen acciones genocidas; además, que Myanmar estaría incumpliendo su obligación de prevenir e investigar el genocidio, así como de promulgar legislación efectiva que lo tipificase como delito y lo sancionase²². Por último, la Misión declaró que el Estado contaba con la complicidad o el apoyo de otros actores estatales y no estatales con importantes intereses en la región y que las condiciones en Myanmar eran inseguras, insostenibles e imposibles para que aproximadamente un millón de desplazados regresaran a sus hogares y tierra²³.

22. Esta situación de violencia contra los *rohingya* ha sido llevada ante instancias judiciales internacionales buscando el reconocimiento de responsabilidad internacional. La Corte Internacional de Justicia (CIJ), a instancia de Gambia, ha conocido del asunto. Gambia, el 11 de noviembre de 2019, presentó una solicitud urgente para la adopción de medidas provisionales alegando que el Gobierno y el ejército de Myanmar estarían actuando en violación de la Convención sobre el genocidio²⁴. La CIJ adoptó medidas provisionales, el 23 de enero de 2020, que exigían a Myanmar prevenir el genocidio; dar pasos firmes para preservar las pruebas de los crímenes cometidos; adoptar todas las medidas posibles para evitar que militares, grupos armados irregulares y cualesquiera organizaciones y personas que pudieran estar sujetas a su control, dirección o influencia, no cometieran actos de genocidio, de incitación directa y pública a cometer genocidio, de intento de cometer genocidio o de complicidad en genocidio. Asimismo, ordenó a Myanmar presentar informes periódicos explicando qué pasos estaría siguiendo para implementar las medidas provisionales²⁵. En este momento, han concluido las audiencias públicas en las que se han presentado las objeciones preliminares presentadas por parte de Myanmar²⁶

¹⁹ Ídem., 463-467.

²⁰ Resolución A/HRC/RES/34/22, 24 de marzo de 2017.

²¹ *Detailed findings of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar* UN. Doc. A/HRC/42/CRP.5. Information complementary to that contained in the official report (A/HRC/42/50), submitted to the Human Rights Council pursuant to resolution 39/2. UN. Doc. A/HRC/42/50, párr. 665.

²² Ídem, párr. 666.

²³ *Idem*, párr. 668.

²⁴ *Application instituting proceedings and request for provisional measures filed in the Registry of the Court on 11 November 2019. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/178/178-20191111-APP-01-00-EN.pdf>.

²⁵ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar), Provisional Measures*, Order of 23 January 2020, I.C.J. Reports 2020. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/178/178-20200123-ORD-01-00-EN.pdf>.

²⁶ *Case concerning application of the Convention of the Prevention of Genocide. The Gambia vs. Myanmar Preliminary objections of the Republic of the Union of Myanmar*. 20th January 2021. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/178/178-20210120-WRI-01-00-EN.pdf>;

y las observaciones escritas a estas objeciones por parte de Gambia²⁷. La CIJ se pronunció sobre ellas, desestimándolas, el 22 de julio de 2022²⁸.

23. Asimismo, la Corte Penal Internacional (CPI) autorizó una investigación, en noviembre de 2019, a solicitud de la Fiscalía a la Sala de Cuestiones Preliminares III, sobre posibles crímenes de lesa humanidad de deportación forzosa de población *rohingya* de Myanmar a Bangladesh²⁹, actuación que ha sido posible porque este último Estado sí es parte del Estatuto de Roma (1998). La investigación sigue abierta hoy en día.

24. Ahora bien, y para entrar en el asunto que atañe a este trabajo, hay que señalar que el discurso del odio también ha desempeñado un papel crucial en este caso de violencia contra una minoría étnica y religiosa. De hecho, la Misión centró una parte importante de su investigación en comprobar cuál era la extensión del discurso del odio y su impacto sobre la incitación a la comisión de graves crímenes como son el genocidio y los crímenes contra la humanidad. En el informe presentado ante el Consejo de Derechos Humanos en 2018³⁰, la Misión presentó una serie de hallazgos que ponían de manifiesto la generalización del discurso del odio contra los musulmanes y, en particular, contra los *rohingya*, lo que incluía la apología prohibida del odio nacional, racial o religioso que constituye incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia.

25. La Misión identificó una gran cantidad de discursos de odio en todo tipo de medios - impresos, transmisiones, panfletos, CD/DVD, canciones, páginas web y cuentas de redes sociales- que construían una narrativa *antirohingya* centrada en tres temas centrales. El primero, abordaba la “amenaza musulmana” como una amenaza existencial para el país ya que identifican a los musulmanes y *rohingyas* con la inmigración ilegal masiva³¹ - “inmigrantes bengalíes ilegales”-; con terroristas -que calificaban de “yihadistas”-; y, además, con la inseguridad - “criminales” o “violadores”-³². Estas narrativas se aferraron a prejuicios y estereotipos anti-musulmanes de larga data que estaban diseñados para avivar el miedo³³. El segundo tema de narrativa *anti-rohingya*, tenía una naturaleza racial y se centraba en el peligro que esta minoría representaba para el carácter budista de la nación y la pureza racial birmana. Este tema se hacía evidente en los mensajes sobre el crecimiento de la población entre los *rohingya*, que afectaban negativamente el equilibrio demográfico -”tasas de natalidad incontrolables”, “se reproducen como conejos”, “familias extremadamente numerosas”-, y en la práctica de la poligamia y las consecuencias negativas de la Inter religión³⁴. En último lugar, el tercer tema, representaba a los musulmanes, y a los *rohingya* en particular, como una amenaza a la santidad religiosa budista. Esta narrativa se difundía a

²⁷ *Case concerning application of the Convention of the Prevention of Genocide. The Gambia vs. Myanmar. Written observations of the Gambia on Preliminary objections of the Republic of the Union of Myanmar.* 20th April 2021. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/178/178-20210420-WRI-01-00-EN.pdf>; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar) Conclusion of the public hearings on the preliminary objections raised by Myanmar.* 28th February 2022. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/178/178-20220228-PRE-01-00-EN.pdf>

²⁸ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar) Judgment*, 22nd July 2022. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/178/178-20220722-JUD-01-00-EN.pdf>. La CIJ desestima las objeciones preliminares presentadas por Myanmar, en particular: entiende que Gambia es el sujeto activo del procedimiento y rechaza el abuso de derecho; declara el interés especial de Gambia en el caso en virtud de que las obligaciones que emanan de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (1948) son *erga omnes*; afirma la irrelevancia en el proceso de la reserva al artículo VIII y declara su legitimación sobre la base del artículo IX del tratado; y, finalmente, considera sobradamente acreditada la existencia de la disputa y el conocimiento por las partes,

²⁹ *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar*, 24th November 2019. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2019_06955.PDF.

³⁰ *Report of the detailed findings of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar*, 17th September 2018. UN. Doc. A/HRC/39/CRP.2, párr. 130.

³¹ *Ídem*, párr. 1315.

³² *Ibidem*.

³³ *Ídem*, párr. 1314.

³⁴ *Ídem*, párr. 1316.

menudo a través de comentarios generalmente despectivos sobre las tradiciones musulmanas. Dichos mensajes giraban con frecuencia en torno a la idea de que las tradiciones y los valores musulmanes eran incompatibles u ofensivos con el budismo³⁵.

26. Una vez que la Misión verificó la presencia de este discurso generalizado en la ciudadanía, en las organizaciones de la sociedad civil, las organizaciones religiosas, las entidades políticas y sus representantes, así como dentro de los órganos e instituciones del Estado, era necesario responder a la pregunta de si este discurso se encontraba también coordinado, si era sistemático, y si existían vínculos con los brotes de violencia que se habían producido contra los *rohingya*. Sus conclusiones fueron que si bien era complicado dibujar una red completa de quiénes eran los creadores y los propagadores de los mensajes de odio, no obstante, sí pudieron identificarse una serie de grupos, en particular, grupos budistas extremistas -como 969 y *MaBaTha*-, partidos políticos e individuos nacionalistas de *Rakhine* que habían emprendido una campaña de mensajes violentos y de desinformación con la aprobación tácita del gobierno y de las fuerzas de seguridad. Esta campaña del odio se valió de publicaciones escritas, incluso de libros de textos, post en redes sociales o sermones públicos para deshumanizar y estigmatizar a los *rohingya*; y, si es difícil establecer si estas campañas orquestadas contra los musulmanes y los *rohingya* provocaron o contribuyeron a un estado general de violencia, la Misión estableció que el vínculo entre el discurso del odio y los actos de discriminación y violencia fue más que circunstancial. De hecho, se dio un patrón de retórica de incitación al odio en lugares específicos que posteriormente experimentaron violencia, y también hubo indicios de picos de incitación al odio online en torno a brotes de acciones violentas y agresiones; todos ellos patrones que, bajo recomendación de la Misión, debían ser objeto de un examen exhaustivo a futuro³⁶.

27. Estas campañas de odio, conectadas con acciones o hechos violentos, se llevaron a cabo, como ya se ha mencionado, bajo la dirección, el control, la autorización, el consentimiento, la tolerancia o la complicidad del Gobierno, de las fuerzas de seguridad y de otros actores no estatales con fuertes intereses en el Myanmar. De esta forma, las autoridades estatales no solo toleraban tales prácticas, sino que también participaban activamente en ellas y las fomentaban con la desinformación y la llamada a la acción nacionalista y patriótica³⁷. La Misión encontró declaraciones públicas profundamente problemáticas de funcionarios o representantes gubernamentales, incluidos militares, fuerzas de seguridad y políticos³⁸. Por un lado, la Misión, confirmó el alcance de este discurso en el sentido de que se había normalizado, incluso, en los debates parlamentarios sobre la grave crisis del estado de *Rakhine*, de agosto de 2017, y donde varios miembros del parlamento insistieron repetidamente en la necesidad de controlar la inmigración ilegal y prevenir la amenaza de la “Yihad” por parte de los “terroristas islámicos” en referencia a los *rohingya*³⁹. Por otro lado, un análisis sistemático de declaraciones y comunicaciones de funcionarios gubernamentales y del sector de la seguridad, así como de otros entornos oficiales, indicó que, si bien en su mayoría usaban un lenguaje menos incendiario, reflejaban y promovían las mismas narrativas defendidas por las organizaciones extremistas como *MaBaTha* y otros. La Misión, de un examen en profundidad de las comunicaciones emitidas por instituciones gubernamentales, clave en los meses posteriores a la crisis de *Rakhine*, dedujo su sustancial repercusión en el desenlace de actos de violencia al ser transmitidas por la página oficial de *Facebook* de la Oficina del Comandante en Jefe, el General en Jefe Min *Aung Hlaing*, con 2,9 millones de seguidores; la página oficial de *Facebook* del Comité de Información del Consejero de Estado, con casi 400.000 seguidores; la página oficial de *Facebook* del General en Jefe Min *Aung Hlaing*, con 1,4 millones de seguidores; y la página oficial de *Facebook* del Ministerio de Información, con 1,3 millones de seguidores⁴⁰.

³⁵ Ídem, párr. 1317.

³⁶ Ídem, párrs. 1320-1326.

³⁷ Ídem, párrs. 1340-1341.

³⁸ Ídem, párr. 1328.

³⁹ Ídem, párr. 1315.

⁴⁰ Ídem, párr. 1329.

28. Estos hechos, ayudan a traer a colación el papel de los proveedores de servicios de internet (PSI), en particular las plataformas de redes sociales, en este tipo de retórica de odio. Si bien el acceso a internet y las redes sociales se caracterizan en la era digital por democratizar y mejorar el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, también han permitido una difusión mucho más amplia y rápida del discurso de odio. En este caso particular, las campañas y los mensajes que presentaban a los *rohingya* como violentos, deshonestos, anti-bamar, anti-budistas, inmigrantes ilegales y terroristas, en línea con las narrativas anteriormente mencionadas, encontraron una vía de difusión amplia y flexible en *Facebook*.

29. *Facebook* es, con mucho, la plataforma de redes sociales más común en uso en Myanmar⁴¹. Esta circunstancia se explica por el hecho de que solo después de la vuelta del país a la democracia, en el año 2011, las redes móviles ofrecieron acuerdos específicos que privilegiaban el acceso a esta empresa y que básicamente consistían en la instalación de servicios de internet gratuitos que tuvieran la aplicación móvil de la red social como servicio estrella⁴². Algunas investigaciones realizadas sobre el papel que ha desempeñado *Facebook* en los actos de violencia contra los *rohingya* en Myanmar han identificado miles de mensajes de odio a través de la red social⁴³ y se han logrado conectar algunas publicaciones con situaciones de tensión o de violencia concretas⁴⁴.

30. El hecho de que estos mensajes de odio y de incitación a la violencia y a la discriminación pudieran filtrarse a través de la red social *Facebook* puede deducirse básicamente de las siguientes circunstancias: el diseño del sistema y de sus algoritmos subyacentes están programados para sumar y fidelizar usuarios lo que implica la utilización de mensajes que generan mayor adhesión, entre ellos, los que incluyen violencia; ausencia de mecanismos adecuados y efectivos de moderación de contenidos y de revisores de idioma birmano; tecnología incompatible con las diferentes fuentes del idioma de Myanmar; deficiencia en los flujos de información y de respuesta ante las reclamaciones presentadas por usuarios denunciando estos hechos; problemas de automatización, incluida la exploración del uso de inteligencia artificial para identificar de manera proactiva el contenido para su revisión; y, por último, problemas también de control y de la detección de desinformación⁴⁵. En conclusión, la promoción de los mensajes de odio tuvo lugar en esta red social porque el sistema base de *Facebook*, al menos en

⁴¹ Se ha estimado que el número de usuarios activos de Facebook en Myanmar es aproximadamente de 20 millones. Sin embargo, Facebook no es la única plataforma de redes que contiene discursos de odio contra los musulmanes *rohingya*. En Twitter también han proliferado tras los ataques de agosto de 2017. Entre finales de ese mes y el 5 de septiembre, los tuits con la palabra "*rohingya*" aumentaron un 499%. A fecha de mayo de 2021, una búsqueda rápida por las redes sociales apuntadas, con palabras como "*rohingya*, propaganda, *jihad* o *hate*", siguen mostrando numerosos comentarios de ataque o defensa en referencia a esta temática. El mundo virtual se ha convertido, en este caso, en un escaparate más de la crisis y problemática que rodea a esta minoría. A.C. MORENO CANTANO/ J. M. CALVILLO CISNEROS, "Propaganda de odio contra los *rohingya*. Estudio de caso de Facebook y Twitter" EN B. SÁNCHEZ GUTIÉRREZ / A. PINEDA (coord.) *Comunicación política en el mundo digital: tendencias actuales en propaganda, ideología y sociedad*. 2021, ISBN 978-84-1377-562-3, pp. 792-814.

⁴² Así, como ejemplo, *Facebook* y *Myanmar Post and Telecommunications* lanzaron conjuntamente "Free Basics" and "Facebook Flex" in Myanmar. Facebook Flex es un producto que permite a los suscriptores tener una versión de texto de Facebook sin incurrir en cargos por datos. Véase en *Report of the detailed findings (...)*, op. cit., párr. 1344.

⁴³ Solo la asociación *Reuters* ha identificado miles de ejemplos de posts, comentarios y fotografías de naturaleza pornográfica que atacaban a los *rohingya* en Facebook: Disponible en: <https://www.reuters.com/investigates/special-report/myanmar-facebook-hate/>

⁴⁴ Las denuncias de que las publicaciones y los mensajes a través de la red social aumentaron la discriminación y la violencia en Myanmar abundaron. De esta forma, las publicaciones de principios de 2012 sobre la presunta violación y asesinato de una mujer budista por parte de hombres *rohingya* se difundieron ampliamente y se considera que contribuyeron a la tensión y la violencia en el estado de *Rakhine* ese mismo año. De manera similar, las publicaciones sobre una presunta violación de una mujer budista por musulmanes en *Mandalay* parece que condujo a los disturbios en esta ciudad en 2014. Otro ejemplo fue la instigación de disturbios comunales, a principios de septiembre de 2017, en medio de la crisis en el estado de *Rakhine*, a través de la distribución paralela de mensajes en cadena similares, pero contradictorios, dirigidos a las comunidades musulmana y budista en *Facebook Messenger*. Cada mensaje en cadena señalaba que el otro grupo se estaba preparando para una gran violencia y animaba al destinatario a prepararse para resistir. Los grupos locales de la sociedad civil informaron de que los mensajes tuvieron un alcance nacional, causaron miedo generalizado y al menos tres incidentes violentos. Véase en A/HRC/39/CRP.2, párrs. 1347-1350.

⁴⁵ Ídem, párr. 1350.

aparición, mostró serias deficiencias para controlar los contenidos que los usuarios difundían en la red y falló en prevenir o combatir la incitación a la violencia.

31. Para hacer frente a las denuncias sobre el uso de la red social para incitar al odio en Myanmar, *Facebook*, en 2015, lanzó una versión ilustrada en idioma birmano de sus normas comunitarias, que cada usuario debía aceptar, que incluían secciones sobre el discurso de odio y la violencia y que establecían el enfoque de la empresa con respecto a las cuentas y a las noticias falsas. De acuerdo con estos estándares, *Facebook* eliminaría el contenido que violase sus políticas. Asimismo, los usuarios podían reportar dicho contenido para que sus moderadores lo revisaran⁴⁶. De esta manera, en este mismo año, *Facebook* señaló a *MaBaTha* y a los monjes *Wirathu*, *Thuseitta* y *Parmakkha* como figuras y organizaciones de odio y no se les permitió tener presencia en la red, además de que cualquier otro perfil, página, grupo o contenido que los elogiara o apoyara sería prohibido⁴⁷. El 27 de agosto de 2018, *Facebook* anunció además que había eliminado cuentas de *Instagram* y páginas de *Facebook*, seguidas por casi 12 millones de personas. Prohibió a 20 personas y organizaciones el acceso a *Facebook* en Myanmar, incluido el General en jefe *Min Aung Hlaing*. Afirmó además que había eliminado 46 páginas y 12 cuentas falsas que utilizaban páginas de opinión y noticias, aparentemente independientes, para difundir de forma encubierta mensajes de odio del ejército de Myanmar. El 5 de febrero de 2019, *Facebook* prohibió a *Aracan Army* hacer uso de su plataforma de redes sociales junto con otras tres organizaciones armadas étnicas que no habían firmado el Acuerdo Nacional de Alto el Fuego de 2012; entre estas se encontraban el Ejército de la Alianza Democrática Nacional de Myanmar, el Ejército de Independencia de *Kachin* y el Ejército de Liberación Nacional de *Ta'ang*. Además, *Facebook* declaró que había conservado todos los datos y el contenido de estas páginas con el objeto de que pudieran estar disponibles para las autoridades judiciales nacionales e internacionales debidamente constituidas a efectos de rendición de cuentas, incluido el enjuiciamiento penal de los autores de graves violaciones de derechos humanos en Myanmar⁴⁸. Igualmente, con el objeto de abordar el problema del discurso del odio y de la desinformación como una herramienta del discurso del odio, *Facebook* trabajó para dar respuesta a algunos de los problemas técnicos anteriormente mencionados contratando moderadores de contenido de lengua birmana y compatibilizando sus sistemas de identificación de idioma⁴⁹. A pesar de estos avances en el control y en la supervisión de la red social en Myanmar, el propio *Zuckerberg* reconoció que la respuesta de *Facebook* no fue “ni adecuada ni rápida”⁵⁰.

32. La Misión no tuvo dudas de que la prevalencia en general del discurso de odio en Myanmar, lo que incluía el discurso del odio online en *Facebook*, contribuyó significativamente a aumentar la tensión y a crear un clima propicio para que las personas y los grupos pudieran volverse más receptivos a la incitación y a los llamados a la violencia⁵¹. Finalmente, la Misión reiteró que era necesario realizar una investigación independiente y exhaustiva que determinara hasta qué punto la difusión de mensajes de odio en *Facebook* había aumentado la discriminación y la violencia en Myanmar de modo que se pudieran extraer lecciones apropiadas y prevenir escenarios similares⁵²; asimismo, hizo un llamamiento a la red social para que realizase esfuerzos verdaderos para combatir el uso de sus plataformas para la

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ *Idem*, párr. 1353.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ En particular, ha creado un clasificador de discurso del odio en birmano, una base de datos, que ha servido para que el algoritmo opere. Véase en B. PERRIGO, *Facebook Says It's Removing More Hate Speech Than Ever Before, But There's a Catch*, TIME (Nov. 27, 2019). Disponible en: <https://time.com/5739688/facebook-hate-speechlanguages/>.

⁵⁰ *Zuckerberg*, before the United States Congress: “We’ve been too slow to deal with the hate and violence in places like Myanmar [...]. The challenges we face in a country that has fast come online are very different than those in other parts of the world, and we are investing in people, technology, and programs to help address them as effectively as possible. Disponible en: <https://docs.house.gov/meetings/IF/IF00/20180411/108090/HHRG-115-IF00-Wstate-ZuckerbergM-20180411.pdf>. (Último acceso 7 de mayo de 2022).

⁵¹ A/HRC/42/CRP.5, párr. 666.

⁵² A/HRC/39/CRP.5, párr. 1354.

incitación al odio, la violencia y la discriminación⁵³ demostrando de esta forma la preocupación por la contribución de la actividades de estas grandes y poderosas empresas de comunicación y de información a la comisión de crímenes extraordinariamente graves, que son objeto de reproche internacional, como es el caso del crimen genocidio.

IV. Características, limitaciones, problemas jurisdiccionales y de responsabilidad en la delimitación del discurso de odio online punible: análisis del caso *Gambia c. Facebook*

33. Se ha mencionado ya en el epígrafe anterior que las plataformas proveedoras de servicios de internet, como son las redes sociales, sirven para conectar a las personas y facilitar la comunicación y el acceso a la información. Estas empresas pueden mejorar la democracia y el disfrute de los derechos humanos, y han sido utilizadas de muchas formas distintas para ello. Sin embargo, como en el caso que nos ocupa, también han contribuido a la difusión vertiginosa, global y con escaso control de los discursos de odio online que incitan a la violencia y a la comisión de crímenes internacionales como es el de genocidio⁵⁴.

34. Por estas razones, el discurso del odio online, que posee características particulares, requiere un análisis propio desde una doble perspectiva: por un lado, la de los problemas de su delimitación como una conducta prohibida y sancionable desde el Derecho internacional; y, de otro lado, la de las dificultades que se presentan en el campo del surgimiento de la responsabilidad legal de los diferentes actores involucrados en su creación, emisión y difusión.

35. Para comenzar con la primera de estas cuestiones, hay que señalar que el discurso de odio no se ha definido aún de una manera general, inequívoca o autorizada en el Derecho internacional⁵⁵; si además queremos aproximarnos a una definición del discurso del odio online solo existe un único instrumento internacional que contempla estas expresiones en internet, el Protocolo Adicional al Convenio sobre la Ciberdelincuencia relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos por medio de sistemas informáticos, de 28 de enero de 2003⁵⁶.

⁵³ A/HRC/42/CRP.5, párr. 666.

⁵⁴ McGonagle identifica que La accesibilidad y eficacia de Internet como medio de comunicación se debe en gran medida a la facilidad, velocidad y versatilidad con la que se puede difundir la expresión en línea. Se utiliza cada vez más para difundir el discurso de odio en diferentes formas y contextos, entre ellos: difusión de propaganda, otros tipos de (des)información, teorías de conspiración y spam de odio; intercambio de información e ideas; técnicas de optimización de motores de búsqueda, como estrategias de hipervínculos diseñadas para generar mejores resultados de búsqueda; traer a usuarios involuntarios mediante la “usurpación de nombres de dominio” y el “uso de metaetiquetas engañosas”; fines organizativos tales como la coordinación de actividades, planificación de eventos, formación, campañas de contratación; fines comerciales como la recaudación de fondos, la venta de publicaciones, videos, recuerdos y parafernalia; persecución de diversos delitos contra la persona y otras conductas delictivas o invasivas, p. la selección de (potenciales) víctimas, ciberacoso, ciberacoso. Véase en T. MCGONAGLE, “The Council of Europe against online hate speech: conundrums and challenges”. Expert Paper. Institute for Information Law (IViR). Faculty of Law, University of Amsterdam, The Netherlands, 2013. Disponible en: <http://www.ivir.nl/staff/mcgonagle.html>.

⁵⁵ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), artículo 20.2: “Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley”. La Convención Internacional sobre la Eliminación de toda las formas de Discriminación Racial (1965), artículo 4,a): “Declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación”. El Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950) no contiene ninguna provisión específica sobre el discurso del odio y se limita a reconocer límites a la libertad de expresión recogida en el artículo 10.2 y el abuso de derecho del artículo 17. Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha acogido literalmente en su jurisprudencia en concepto de la Recomendación N.º R (97) del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre discurso de odio (1997) que establece que: El término «discurso de odio» debe ser entendido abarcando toda forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia, incluyendo la intolerancia expresada por el nacionalismo agresivo y etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas de origen inmigrante”. Disponible en: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=0900001680505d5b.

⁵⁶ El Protocolo tiene como fin armonizar la legislación penal sustantiva referente a la lucha contra la propaganda racista y xenófoba, complementado así las provisiones del Convenio. Asimismo, obliga a los Estados a tipificar en su derecho interno

36. Ahora bien, a pesar de que la regulación jurídica internacional del discurso del odio sea diversa y, por tanto, tenga distinto contenido y alcance, ha quedado establecido en diferentes instrumentos jurídicos y en la jurisprudencia internacionales que su definición como una conducta prohibida, no amparada por la libertad de expresión, se articula fundamentalmente -que no siempre necesariamente⁵⁷- en torno a la incitación directa e intencional al odio, a la violencia y a la discriminación contra grupos de personas por razón de sus características concretas de raza, nacionalidad, origen étnico y religión.

37. Esta es al menos la aproximación al discurso de odio punible del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) de 1966, que señala en el artículo 20.2 lo siguiente: “(...) toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley”. Aunque el Comité de Derechos Humanos no ha proporcionado una interpretación autorizada del artículo 20, ni de la expresión “incitación”, los Principios de *Candem* sí ofrecen una orientación útil sobre el concepto de apología de odio en el marco del artículo 20, que han reconducido hacia un estándar estricto de incitación directa en el siguiente sentido: “declaraciones sobre grupos nacionales, raciales o religiosos que puedan crear un riesgo inminente de discriminación, hostilidad o violencia contra las personas que pertenecen a dichos grupos”⁵⁸.

38. Por lo tanto, si partimos de una definición del discurso del odio, como conducta punible, que se sitúa en el umbral de la incitación intencional y directa, que crea un riesgo inminente de cometer actos de violencia y discriminación, y de que estos elementos son centrales en la identificación del es-

determinadas conductas cometidas “por medio de un sistema informático” sobre personas o grupos por razón de su raza, color, ascendencia, origen nacional o étnico o religión. Entre estas conductas se encuentran las amenazas a la comisión de delitos que son graves, los insultos, la difusión o puesta a disposición del público de material negacionista o que justifique genocidios o crímenes contra la humanidad

⁵⁷ Ahora bien, también es posible establecer un umbral más bajo para la calificación del discurso de odio como una conducta punible. De esta forma, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (1965) rebaja considerablemente el estándar de la incitación sancionable al señalar que serán “actos punibles la difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial” y no solo los actos de violencia o incitación a la violencia y a la discriminación. Véase Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación general núm. 35 (2013). El TEDH ha considerado no solo la incitación directa a la violencia o a la discriminación para señalar conductas no protegidas por la libertad de expresión. De esta manera, la Decisión de inadmisibilidad *Garudy* c. Francia, de 14 de junio de 2003, apdo.1.i) de los fundamentos de derechos en el que el Tribunal califica el negacionismo del Holocausto de “incitación al odio contra los mismos”. De otro lado, el Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo, de 16 de mayo de 2005, penaliza la incitación indirecta al terrorismo. El TEDH consideró incitación ciertas formas de identificación con una organización terrorista y, en particular, la difusión de mensajes alabando al autor de un atentado. Ver *Yavuz y Yaylalu* c. Turquía, de 17 de diciembre de 2013, apdo. 52. La Comisión Europea del Racismo y la Intolerancia del Consejo de Europa en el informe “General Policy Recommendation NO. 15 Combating Hate Speech” adoptado el 8 de diciembre de 2015, a pesar de adherirse en principio al referente del Plan de Acción de Rabat como punto de partida para justificar una incriminación del discurso de odio, se separa de aquél cuando afirma conscientemente ir más allá relativizando la necesidad de que la incitación sea intencional y asumiendo lo que, en nuestra opinión, sería la punición de constelaciones de casos entre el dolo eventual, y la imprudencia o, si se prefiere, el temerario desprecio a la verdad. Véase en J. M. LANDA GOROSTIZA, “Delitos de odio y estándares internacionales: una visión crítica a contracorriente”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología Artículos*, RECPC 22-19, 2020, pp. 1-34. La Recomendación N.º R (97) del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre discurso del odio (1997) y el estándar para el discurso del odio punible se aplica a declaraciones o acciones de menor entidad e impresión que la incitación que no llevan *per se* una apelación a la audiencia a cometer alguna acción hostil, discriminatoria o violenta contra el grupo objetivo. Por último, en el ámbito de la Unión Europea, la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el derecho penal prevé que los Estados adopten medidas necesarias para garantizar el castigo penal de la incitación pública a la violencia o al odio (art. 1.1.a), pero también de la difusión o reparto de escritos, imágenes y otros materiales (art.1.1.b) y la apología pública, la negación y la trivialización de internacionales cuando puedan incitar a la violencia o al odio. Ahora bien, la norma reconoce la capacidad de los Estados de modular la respuesta punitiva castigando solo las que cumplan con las exigencias de perturbación de orden público o que sean amenazadoras, abusivas o insultantes (art 2).

⁵⁸ Véanse Principios de *Candem*. Principio 12.1.iii, p. 10. De esta definición se desprende, por un lado, que las declaraciones hacen surgir un riesgo real que debe poder ser identificado y, por otra parte, la inminencia de dicho riesgo que debe establecerse sobre un base casuística en la que la duración del tiempo transcurrido entre la acción y los actores incitados no debe ser tanta para impedir que el emisor no sea razonablemente responsable del resultado final, es decir, que se dirija con una llamada a la acción inequívoca a un audiencia concreta, en un tiempo y lugar concretos. Sobre esta cuestión puede verse Véase también G. ROLLNERT LIERN, “El discurso del odio: Una lectura crítica internacional” *Revista Española de Derecho Constitucional*, 115, 81-109. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.115.03>.

tándar para las conductas típicas⁵⁹, la cuestión que se plantea es cómo intervienen estos elementos en la delimitación del discurso de odio online.

39. En primer lugar, y a propósito de la intención para la identificación de un delito de odio⁶⁰, hay que observar que este elemento subjetivo se exige tanto respecto de la difusión del mensaje como de la realización de los actos hacia los que se pretende mover a la audiencia o a los destinatarios de sus mensajes. Dicho de otro modo, el autor debe adherirse intencionalmente a la distribución, la circulación o la puesta a disposición de terceros de un mensaje online que incite a la violencia y a la discriminación, así como compartir el propósito de que el efecto de su difusión vaya a ser efectivamente promoverlos⁶¹. De esta manera, por un lado, la valoración de la intención del emisor en el discurso de odio online presenta singularidades debido a los rasgos de desinhibición, libertad, automatismo de la respuesta y de la sensación de anonimato que producen las especificidades del medio, en particular, el de las redes sociales, lo que conduce a que sus códigos expresivos no siempre sean claros o sean conocidos por los emisores de los mensajes. Esto significa que no siempre la difusión de un mensaje de odio implica que exista una adhesión estricta al contenido de este; tampoco que se difunda con la intención de incitar, fomentar o promover el odio y la discriminación. De esta forma, en este contexto complejo y volátil de la comunicación online, hay que evaluar el propósito del emisor caso a caso, y partir del conjunto de sus mensajes y no de estos aisladamente⁶². Asimismo, la intención exige la activación de una relación triangular entre el objeto, el sujeto del acto y la audiencia⁶³. Sin embargo, la compleja relación que se establece entre los individuos y los grupos en internet, especialmente en las redes sociales, conlleva importantes problemas de delimitación de las conductas típicas. De este modo, ha de tenerse en cuenta el carácter privado o público de las comunicaciones en relación con la intención del autor de dirigir un mensaje de odio hacia una audiencia predeterminada, el efecto en los grupos sobre los que se proyecta y el riesgo que representa.

40. En este sentido, cabe señalar que no siempre es posible diferenciar entre las manifestaciones o los mensajes de odio que se producen en el ámbito privado y público. Así, si se consideran comunicaciones o expresiones estrictamente privadas -quedando excluidas de las conductas tipificables -aquellas en las que se identifique como criterio principal la intención del emisor de que el mensaje sea recibido por un destinatario predeterminado, por otra parte, los mensajes que están dirigidos a grupos de

⁵⁹ HRC, Annual report of the United Nations High Commissioner for Human Rights and reports of the Office of the High Commissioner and the Secretary-General, 11th January 2013. UN Doc. A/HRC/22/17/Add.4 El Plan de Acción de Rabat recomienda una prueba de umbral que consta de seis parámetros para identificar el discurso de odio punible de acuerdo al Pacto que tienen en cuenta (1) el contexto social y político, (2) la categoría del hablante, (3) la intención de incitar a la audiencia contra un grupo determinado, (4) el contenido y la forma del discurso, (5) la extensión de su difusión, y (6) la probabilidad de causar daño, incluso de manera inminente. Véase La Recomendación General 35 del Comité para la eliminación de la discriminación racial establece estos mismos criterios del Plan de Acción de Rabat para identificar los discursos de odio punible. Véase CEDR, Recomendación General 35. La lucha contra el discurso racista, Aprobada por el Comité en su 83^o periodo de sesiones (12 a 30 de agosto de 2013). UN Doc. CERD/C/GC, párr. 14.

⁶⁰ El Protocolo Adicional al Convenio sobre la Ciberdelincuencia, de 28 de enero 2003, y la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el derecho penal, establecen expresamente la responsabilidad penal por estos actos cuando se cometen intencionalmente

⁶¹ G. ROLLNERT LIERN, "Redes sociales y discurso del odio: perspectiva internacional" *Revista de Internet, Derecho y Política*, n.º.31, UOC, 2020, p. 56

⁶² Ídem.

⁶³ Temperman ha representado mediante la expresión «triángulo del odio» las interacciones existentes entre los distintos elementos concurrentes para superar el umbral de aplicación del art. 20.2 PIDCP: «Lo que mínimamente necesitamos según el art. 20.2 es un promotor [*advocator*] que exprese su intenso [...] odio hacia un grupo diana [*target group*] e incite a un tercero, la audiencia del incitador, a actos de discriminación, hostilidad o violencia *vis-à-vis* el grupo diana» (2014: 15). Según esta visión del umbral, los vértices del triángulo serían el incitador, el grupo diana y la audiencia, y la presencia de esta última determinaría la existencia de incitación. Para que el discurso pueda ser prohibido conforme al art. 20.2, los lados del triángulo deben ajustarse también a ciertas exigencias mínimas, tanto desde la perspectiva del contenido del mensaje —odio «intenso20» y llamada expresa a la acción— como del contexto —potencialmente generador de probabilidad o riesgo de hostilidad, discriminación o violencia hacia el grupo diana— en el que se produce la expresión de odio. Ver en J. TEMPERMAN, "Blasphemy versus incitement: an international law perspective." En C. BENEKE, C. GREY y D. NASH (eds.). *Profane: Sacrilegious Expression in a Multicultural Age*, Oakland: University of California Press, pp. 401-425.

destinatarios, que por el número de integrantes y las relaciones que mantienen entre ellos ya no pueden considerarse estrictamente cerrados, sino semipúblicos o semiprivados, presentan serias dudas respecto de su calificación⁶⁴. En este marco de relaciones se produce una difícil casuística que, indudablemente, repercute en el nivel de riesgo de que se produzcan las conductas a las que se incita.

41. El riesgo equivale a la probabilidad inminente de que el discurso en cuestión tenga por resultado la conducta deseada o pretendida de odio, violencia o discriminación⁶⁵. Para valorarlo hay que tener en cuenta aspectos importantes como la relevancia que tiene el actor que emite el discurso debido a su posición, la magnitud y el tamaño de la audiencia, el contenido y la forma del discurso y el medio a través del que emite el mensaje y el alcance de sus declaraciones⁶⁶. Respecto a la evaluación del riesgo en el discurso del odio online, es inevitable tener en cuenta el impacto potencial de las publicaciones en internet a causa de la alta publicidad de los mensajes online. Ahora bien, si puede presuponerse que una mayor publicidad conlleva un mayor riesgo de que la incitación o la propagación del odio den lugar a acciones reales de violencia o discriminación⁶⁷, hay que considerar si el contexto de fugacidad e incluso de itinerancia de las redes sociales, además del de la ausencia de una audiencia concreta, son apropiados para crear un riesgo inminente. En este sentido, puede señalarse que el estándar de riesgo inminente de la doctrina de *Brandenburg* sobre incitación⁶⁸ es difícilmente aplicable a las redes sociales por requerir tanto de una inmediatez temporal entre las declaraciones y el peligro como de una audiencia concreta que ejecute las acciones que promueve. Este tipo de riesgo podría cumplirse cuando se producen llamadas inmediatas a la violencia o a la discriminación, pero no cuando sus efectos se producen a largo plazo⁶⁹. La fugacidad de las redes sociales hace pensar que solo en pocas ocasiones el mensaje de odio online podría cumplir con el criterio de riesgo inminente. Por esta razón, algunos autores, basados en precedentes judiciales, defienden la utilidad de la doctrina de las “amenazas verdaderas” para la delimitación de las conductas en el discurso online, ya que no requiere de la inminencia del riesgo, sino de la intención intimidatoria del emisor, es decir, la de provocar temor en el destinatario sin la necesidad de que se produzca el resultado violento⁷⁰.

42. Dicho lo anterior, puede afirmarse que, si la delimitación del discurso de odio ya es problemática en sí misma, la delimitación del odio online presenta dificultades añadidas debido a sus particularidades, asunto que se viene a manifestar también en materia de surgimiento de la responsabilidad legal y de la definición de la jurisdicción competente.

43. Respecto de la cuestión de la responsabilidad legal, cabe señalar que una multiplicidad de diferentes actores, al menos potencialmente, podrían estar involucrados en la creación y difusión de contenido odioso -crearlos u obtenerlos, publicarlos, desarrollarlos, alojarlos, editarlos o facilitar de otro modo su difusión, accesibilidad o recuperabilidad-. Además, a diferencia de la relación que se entabla en otros medios de comunicación tradicionales, en el discurso online no existe normalmente un acuerdo entre el autor y el responsable editorial, ya que se produce lo que se llama la auto publicación –publicaciones directas sin acuerdo del editor- hecho que limita el establecimiento de restricciones legales a las decisiones editoriales en defensa de la publicación responsable⁷¹. En este contexto de la publicación online, la atribución de responsabilidad por un mensaje de odio que incite a la violencia, en el que estén involucrados

⁶⁴ G. ROLLNERT LIERN, “Redes sociales y discurso del odio (...) *op. cit.*, p. 56.

⁶⁵ De acuerdo con los Principios de *Candem* de 2009 el elemento decisivo en la incitación es la generación de un riesgo inminente de discriminación, hostilidad y violencia. Principio 12.1.iii. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación General núm. 35 (2013) párrs. 15 y 16.

⁶⁶ Plan de Acción de Rabat, *op. cit.*

⁶⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Savva Terentyev v. Rusia*, sentencia 28 de agosto de 2018, apartado 79.

⁶⁸ J. GRAU ÁLVAREZ, “La libertad de expresión y discurso del odio. Estudio comparado de la jurisprudencia de Estados Unidos y Europa” *ICADE. Revista de la Facultad de Derecho*, nº 111, enero-junio 2021, pp. 1-33. DOI: 10.14422/icade. i111 y2021.003

⁶⁹ G. ROLLNERT LIERN, “Redes sociales y discurso del odio..., *op. cit.*, p. 8.

⁷⁰ Ídem.

⁷¹ C. O'REGAN, “Hate speech online: ¿an (intactable) contemporary challenge?” *Current Legal Problems*, Volume 71, Issue 1, 2018, pp. 403–429. DOI: <https://doi.org/10.1093/clp/cuy012>.

diferentes actores con distintas contribuciones, se vuelve extremadamente complejo, ya que habría que establecer distinciones legales relevantes entre los diferentes tipos de usuarios en virtud de los distintos niveles de participación, control editorial y responsabilidad en la toma de decisiones finales, cuestión que entraña enormes dificultades⁷².

44. Unido a estos problemas relativos a la atribución de responsabilidad a los emisores de mensajes de odio, el discurso online se beneficia del *forum-shopping* que implica que los emisores disfrutan de una enorme movilidad para ofrecer contenidos a través de proveedores de servicios de internet (ISP), basados en una jurisdicción de su elección con una regulación que consideren más favorable o tolerante con el discurso de odio⁷³. También es una práctica común que los sitios web de odio, que han sido bloqueados o prohibidos en una jurisdicción, se trasladen posteriormente a otra más favorable, lo que viene a indicar que el bloqueo o la prohibición no pueden ser consideradas como medidas totalmente efectivas contra dichos sitios⁷⁴. De igual manera, mientras que diferentes jurisdicciones tienen diferentes leyes que rigen el discurso de odio, diferentes ISP dentro de una jurisdicción determinada también pueden tener diferentes políticas sobre el discurso de odio. Los términos de servicio o los contratos de uso, las pautas de la comunidad y las políticas de aviso y eliminación de las ISP pueden variar en cuanto a su detalle o severidad con respecto a la incitación al odio. Además, un factor importante que hay que considerar es que los actores relevantes suelen ser actores privados y, en consecuencia, su participación en la regulación de contenido podría verse potencialmente como censura privada⁷⁵. En definitiva, el carácter eminentemente interjurisdiccional del discurso del odio online⁷⁶ constituye un enorme desafío para abordar los conflictos que puedan surgir relativos al foro competente y al derecho aplicable en materia de delimitación de las conductas y de la responsabilidad de los emisores de mensajes de odio y de las empresas proveedoras de servicios, más aún, si tenemos en cuenta que la regulación de estas conductas se desarrolla fundamentalmente en los derechos internos, y que pueden ser muy dispares en cuanto a su contenido y alcance.

45. Algunos de los problemas mencionados – intención del autor, la caracterización de los mensajes como públicos o privados a efectos legales, la divulgación de los mensajes por los proveedores o intermediarios- se han visto reflejados en la demanda que Gambia ha presentado contra *Facebook* ante el Tribunal Federal del Distrito de Columbia, Estados Unidos (EE.UU.), el 22 de septiembre de 2021⁷⁷.

46. Gambia solicitó al tribunal, de conformidad con la 28 USC §1782 sobre la asistencia a tribunales extranjeros y a litigantes ante dichos tribunales⁷⁸, por su relación y utilidad en el caso Gambia c. Myanmar ante la CIJ, que ordenara a la empresa de redes sociales *Facebook* la presentación de material relevante para el caso. En particular, Gambia solicitó que esta empresa presentara documentos relativos

⁷² Ídem, p.28.

⁷³ Este es el caso de EE.UU. donde la tradición de la libertad de expresión cultivada por la Primera Enmienda ha resultado en una presunción muy fuerte de protección constitucional para la libertad de expresión. The First Amendment to the US Constitution reads: “Congress shall make no law [...] abridging the freedom of speech, or of the press [...]”. Véase A. VALERO HEREDIA, “Los discursos del odio. Un estudio jurisprudencial” *Revista Española de Derecho Constitucional*, 110, 2017, pp. 305-333. DOI: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.110.11>

⁷⁴ T. MCGONAGLE, *The Council of Europe against online hate speech...*, *op. cit.*, p. 27.

⁷⁵ Ídem, pp. 27 y 28. McGonagle en su informe expone el caso de Google y su Informe de Transparencia de 2010 que adolece de lagunas importantes en el sentido que los datos que arroja permanecen en el nivel de las macroestadísticas y no ofrece información real sobre cómo se tratan las solicitudes de eliminación relacionadas con el supuesto discurso de odio en términos de revisión interna sustantiva. De hecho, en el informe se indica que el discurso de odio había representado el 0% del número total de solicitudes en virtud de órdenes judiciales y solo el 2% del total de solicitudes realizadas por el ejecutivo o la policía. Este informe se encuentra disponible en: <http://www.google.com/transparencyreport/removals/government/>

⁷⁶ C. O'REGAN, “Hate speech online...”, *op. cit.*

⁷⁷ United States District Columbia, In re Application Pursuant to 28 U.S.C. § 1782 of The Republic of the Gambia, Petitioner, v Facebook, Inc., Respondent, Civil Action No. 20-mc-36-JEB-ZMF Facebook, Inc., Respondent. Civil Action No. 20-mc-36-JEB-ZM, p. 31.

⁷⁸ 28 U.S. Code § 1782 - Assistance to foreign and international tribunals and to litigants before such tribunals. Disponible en: 28 U.S. Code § 1782 - Assistance to foreign and international tribunals and to litigants before such tribunals | U.S. Code | US Law | LII / Legal Information Institute (cornell.edu)

a cuentas y páginas que había eliminado y que, por tanto, se encontraban inaccesibles para los usuarios y el público general, pero que mantenían almacenados electrónicamente.

47. El Tribunal reconoció que Gambia era parte interesada, de acuerdo con su condición de demandante ante la CIJ, y ordenó a *Facebook* que presentará las comunicaciones públicas y privadas con material con incitación al odio o de contenido violento, así como aquellos documentos asociados con la investigación interna que la propia empresa había realizado; documentos que al mismo tiempo explicarían cómo había identificado el contenido eliminado y lo conectó con las cuentas personales en *Facebook* de los funcionarios de Myanmar, en lo que la misma empresa calificó como una “campaña coordinada de odio contra los *rohingya*”⁷⁹.

48. En cuanto a la primera de las peticiones planteadas, es necesario explicar que *Facebook* alegó que los documentos eliminados, pero retenidos electrónicamente, se encontraban sujetos a la regla de no divulgación de la 18 USC §2702 (SCA)⁸⁰, sobre divulgación voluntaria de comunicaciones o registros de clientes -comunicaciones almacenadas electrónicamente-. Sin embargo, el tribunal concluyó que este tipo de documentos (“delete-but-retained”) no se encontraban protegidos por la prohibición de no divulgación. El Tribunal se preguntó si los documentos y comunicaciones vinculadas a cuentas específicas de *Facebook*, y que ésta eliminó de la plataforma, estaban “en almacenamiento electrónico”, es decir bajo “almacenamiento temporal” o “almacenamiento de respaldo” y, por tanto, sujetos a la regla de no divulgación de la SCA. Para responder a esta cuestión, el Tribunal se centró en analizar si el contenido que un proveedor de servicios elimina, pero que retiene electrónicamente, es un “almacenamiento de respaldo”, concluyendo en este caso que no lo era. El Tribunal razonó que el “almacenamiento de respaldo” requiere que exista una versión “original” correspondiente de los documentos o información solicitada; por tanto, una copia de archivo mantenida para algún otro propósito, en ausencia del original, no cumple ninguna función de respaldo. En vista de que *Facebook* eliminó el contenido en cuestión del sitio, no podría existir lo que la SCA califica como una copia de respaldo y la regla de no divulgación no era, por tanto, aplicable⁸¹.

49. No obstante, lo que es interesante al caso es que el Tribunal pudo llegar a esta misma conclusión a partir de una de las excepciones que presentó Gambia, previstas en esta misma Ley, basada en el “consentimiento legítimo”, que implica que un proveedor de servicios “puede divulgar el contenido de una comunicación”⁸² cuando ese consentimiento, de manera explícita o implícita, se presta; cuestión que, por otro lado, se encuentra íntimamente ligada con la calificación del material como público o privado.

50. El Tribunal concluyó que un usuario que publica una comunicación, sobre una base razonable para saber que estará disponible para el público, otorga un consentimiento implícito a su divulgación⁸³. En el caso que nos ocupa, una gran parte del contenido buscado por Gambia había sido de acceso

⁷⁹ United States District Columbia, In re Application Pursuant to 28 U.S.C. § 1782 of The Republic of the Gambia, Petitioner, v Facebook, Inc., Respondent, Civil Action No. 20-mc-36-JEB-ZMF Facebook, Inc., Respondent. Civil Action No. 20-mc-36-JEB-ZM, p. 31.

⁸⁰ 18 U.S Code §2702 Voluntary disclosure of customer communications or records. Disponible en: 18 U.S. Code § 2702 - Voluntary disclosure of customer communications or records | U.S. Code | US Law | LII / Legal Information Institute (cornell.edu).

⁸¹ Esta decisión que parece que va en contra de la SCA, hizo que el propio tribunal tratara de limitar el alcance potencial de su fallo. En primer lugar, el tribunal enfatizó que solo se podía divulgar el contenido que se hubiera eliminado permanentemente de una plataforma en línea, no el material que había sido eliminado de la plataforma, pero aún no de manera permanente. En segundo lugar, el tribunal señaló que el contenido eliminado por el usuario de un servicio de comunicaciones electrónicas, a diferencia del contenido eliminado por el proveedor, no sería divulgable porque el contenido eliminado permanentemente por el usuario no era objeto de retención interna por parte de los proveedores parece no ser retenido por los proveedores. M. A. BECKER, “The Gambia v Facebook: Obtaining Evidence for Use at the International Court of Justice (Part I)”, *Blog of the European Journal of International Law*, 5th october 2021, que analiza el fallo: United States District Columbia, In re Application Pursuant to 28 U.S.C. § 1782 of The Republic of the Gambia, *op. cit.*, pp. 13-14. Disponible en: https://www.washingtonpost.com/context/order-in-re-the-republic-of-the-gambia-v-facebook-inc/6fd698bc-034f-43e2-a544-5592e174bc8a/?itid=lk_inline_manual_1.

⁸² 18 U.S Code §2702 (b)(3): “with the lawful consent of the originator or an addressee or intended recipient of such communication, or the subscriber in the case of remote computing service;”

⁸³ In re Application Pursuant to 28 U.S.C. § 1782 of The Republic of the Gambia, Petitioner, v. Facebook, Inc. *op. cit.*, pp.

público antes de que *Facebook* lo eliminara. De hecho, este material ya había sido proporcionado a la Misión Independiente de las NU durante los años en los que se investigaron los hechos en terreno y se prepararon los informes para el Consejo de Derechos Humanos⁸⁴.

51. Sin embargo, como ya hemos indicado con anterioridad, la clasificación del material publicado en las redes sociales como público o privado no siempre es sencilla. De hecho, el Tribunal quiso dar a entender que existe una compleja casuística – publicaciones de *Facebook* que están configuradas para ser públicas, abiertas para cualquier persona en cualquier momento; otras que son estrictamente privadas, o que se comparten solo con miembros de un grupo privado o seguidores de una página, que pueden requerir incluso de un administrador que otorgue acceso; y otras, que, sin embargo, aunque sean publicaciones privadas si están disponibles para el público en general u otorgan automáticamente acceso “serían efectivamente públicas”-. Ante estas situaciones, los tribunales deben realizar una investigación intensiva, basada en hechos, destinada a establecer si un usuario pretende que una comunicación sea de naturaleza pública o privada, aunque no sea tarea sencilla desvelar la intención subjetiva del usuario solo de factores objetivos⁸⁵.

52. Aplicando este análisis intensivo de los hechos, el Tribunal concluyó que, si bien parte del material buscado por Gambia se refería a páginas que eran nominalmente privadas y que pertenecían a funcionarios de Myanmar, los autores mostraron abiertamente su intención de llegar al público –llegaron a tener una audiencia de 12 millones de seguidores-. Como resultado, *Facebook* podría divulgar, sobre la base de la excepción de consentimiento legal recogida en la SCA, el material buscado por Gambia, salvo los mensajes privados de usuario a usuario que Gambia y *Facebook* acordaron que estaban más allá de esa excepción⁸⁶.

53. Esta decisión, por un lado, bienvenida, puede traer un efecto contraproducente porque si las empresas se ven abordadas judicialmente con peticiones masivas de divulgación de documentos eliminados, podrían decidir limitar unilateralmente esta práctica y, de esta manera, dificultar aún más la lucha contra el discurso del odio; esto si no llega antes una reforma legislativa, por otro lado necesaria, que vaya en la línea de abordar los conflictos entre los requisitos competitivos de privacidad y la protección de datos, la moderación de contenido y la libertad expresión, la cooperación con iniciativas de responsabilidad legal y la protección de derechos humanos.

54. Con relación a la segunda de las peticiones realizadas por Gambia, el acceso a los registros relacionados con la investigación interna de *Facebook*, el Tribunal acordó que estos esclarecerían cómo la empresa había obrado para conectar cuentas aparentemente falsas con funcionarios de Myanmar, y cómo esta conexión indujo a pensar que constituían una forma de propagación oculta y coordinada de odio anti-*rohingya* o de incitación a la violencia⁸⁷, por lo que terminaron siendo eliminadas. El Tribunal consideró que la información reclamada por Gambia era relevante para probar la intención genocida por parte de las autoridades de Myanmar y accedió a la solicitud de obligar a *Facebook* a presentar toda la documentación relacionada con su investigación interna, normalmente protegida bajo las normas del secreto profesional⁸⁸.

21. Es interesante, al menos, señalar que Gambia planteó una objeción preliminar basada en la tesis de que los funcionarios del gobierno de Myanmar no eran “usuarios protegidos” en virtud de la 18 U.S Code §2702 y, por lo tanto, no tenían derecho a la protección contra la divulgación. El Tribunal, sin embargo, señaló que todas las personas, incluidos los agentes de gobiernos extranjeros, tenían derecho a la protección contra el acceso no autorizado en virtud de la SCA. Véase en *The Gambia v. Facebook in Global Freedom of Expression*. Columbia University. Disponible en: <https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/gambia-v-facebook>.

⁸⁴ A/HRC/42/CRP.5 y A/HRC/39/CRP.5.

⁸⁵ In re Application Pursuant to 28 U.S.C. § 1782 of The Republic of the Gambia, Petitioner, v. Facebook, Inc., *op. cit.*, pp. 21-22.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ *Ídem*, p. 27.

⁸⁸ In re Application Pursuant to 28 U.S.C. § 1782 of the Republic of the Gambia, Petitioner, v. Facebook, Inc., *op. cit.*, pp. 28-29.

55. Dicho todo lo anterior, el interés de este causa reside en el hecho de que aunque el demandante, Gambia, no pretendiera establecer la responsabilidad de la empresa *Facebook* por permitir la divulgación de mensajes de incitación al odio y a la violencia, sí ha tratado de buscar la evidencia de que efectivamente estos mensajes se propagaron por la red y de que tuvieron una relación causal con los actos de violencia coordinada y sistemática que se produjeron contra los *rohingya*, lo que manifiesta una intención genocida por parte de Myanmar. Asimismo, cabe destacar que este caso ha sido funcional, no solo a los esfuerzos que Gambia está realizando para establecer la intención genocida de Myanmar ante la CIJ, sino para alimentar debates más amplios sobre las implicaciones que tiene el discurso de odio online sobre los límites a la libertad de expresión, la privacidad y la protección de datos, los derechos y obligaciones de los usuarios y, de manera particular, sobre la responsabilidad de las empresas de redes sociales en su difusión, cuestión que analizaremos a continuación.

V. De la responsabilidad civil en *Doe c. Meta* en Estados Unidos a la responsabilidad internacional de *Facebook* en el genocidio rohingya

56. Si en septiembre de 2021, el Tribunal Federal para el Distrito de Columbia ordenaba a *Facebook* entregar a Gambia la documentación requerida por su utilidad probatoria en el caso contra Myanmar en la CIJ, en el que se había alegado la violación de la Convención sobre el genocidio de 1948, en el mes de diciembre de ese mismo año, el despacho de abogados *Edelson & Fields Law* presentó una demanda colectiva ante el Tribunal Superior del Estado de California para el Condado de San Mateo contra *Meta Platforms*, la empresa matriz de *Facebook*, en nombre y representación de refugiados *rohingya* (*Doe c. Meta*).

57. La demanda, de acuerdo con el Código de Procedimiento Civil de California, Sección 382⁸⁹, tiene dos fundamentos legales: (i) la responsabilidad de la empresa por el producto –*strict product liability*– y (ii) negligencia –*negligence*–. Los demandantes han solicitado una compensación por un monto de al menos 150 mil millones de dólares por los daños causados sobre la población *rohingya*: las muertes producidas, las lesiones personales, el dolor, el sufrimiento, la angustia emocional causada y la pérdida de propiedad⁹⁰.

58. La demanda afirma que *Facebook* desempeñó un papel muy importante en la divulgación de mensajes de odio en Myanmar y en la violencia étnica desatada contra los *rohingya*, lo que se sostiene en los informes de la Misión Independiente de la ONU, informes de organizaciones de derechos humanos y de asociaciones internacionales de prensa, informes independientes que solicitó la empresa y en las declaraciones de sus altos cargos en las que se reconoció abiertamente que “no hicieron lo suficiente” para parar este posible genocidio⁹¹.

59. Respecto del primero de los fundamentos alegados, la responsabilidad por producto se refiere a la responsabilidad que tiene cualquiera o todas las partes que intervienen a lo largo de la cadena de fabricación de cualquier producto con defectos inherentes por los daños que provoque⁹². De hecho,

⁸⁹ California Code of Civil Procedure § 382. Disponible en <https://leginfo.ca.gov/faces/codesTOCSelected.xhtml?tocCode=CCP&tocTitle=+Code+of+Civil+Procedure+-+CCP>.

⁹⁰ Superior Court of the State of California for the County of San Mateo. *Jane Doe, individually and on behalf of all others similarly situated, Plaintiff, v. META PLATFORMS, INC.* (f/k/a Facebook, Inc.), a Delaware corporation, Defendant.

⁹¹ Jen Kirby, Mark Zuckerberg on Facebook’s role in ethnic cleansing in Myanmar: ‘It’s a real issue’, VOX, Apr. 2, 2018. Disponible en: <https://www.vox.com/2018/4/2/17183836/mark-zuckerbergfacebook-myanmar-rohingya-ethnic-cleansing-genocide>.; Kevin Roose, Paul Mozur, Zuckerberg Was Called Out Over Myanmar Violence. Here’s His Apology, NEW YORK TIMES, Apr. 9, 2018. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2018/04/09/business/facebook-myanmar-zuckerberg.html>. On April 10, 2018, Zuckerberg testified before the U.S. Senate: Facebook, Social Media Privacy, and the Use and Abuse of Data, Senate Hearing 115- 683 before the Comm. on Commerce, Science, and Transportation, et al., 115th Cong. (Apr. 10, 2018). Disponible en: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CHRG-115shrg37801/html/CHRG-115shrg37801.htm>.

⁹² Véase su significado en https://www.law.cornell.edu/wex/products_liability.

este es uno de los puntos fuertes de esta demanda ya que, en línea con el caso *Lemmon v. Snap, Inc.*⁹³, se apela a la responsabilidad de *Meta*, no como distribuidor o editor de contenidos, sino como fabricante de producto. En este sentido, los demandantes han señalado básicamente que el sistema de *Facebook* y los algoritmos subyacentes están programados para maximizar la participación de usuarios porque cuanto mayor sea su número, mayores serán los ingresos publicitarios y, por consiguiente, sus beneficios⁹⁴. De hecho, es interesante subrayar que los demandantes han argumentado que *Facebook* conoce muy bien cómo las emociones más negativas, tales como el miedo o el odio, resultan ser las más atractivas para los usuarios.⁹⁵ De esta forma, para maximizar la participación de los miembros de la red, *Facebook* no solo llena las fuentes de noticias de los usuarios con cantidades desproporcionadas de mensajes de incitación al odio y desinformación a través de sus algoritmos, sino que además emplea un sistema de recompensas que manipula y entrena a los usuarios para que creen dicho contenido⁹⁶; esto explica, con mucha nitidez, cómo los algoritmos y el sistema que emplea *Facebook* facilitarían, por sí mismos, que los mensajes de odio hacia los *rohingya* incendiaran las redes sociales⁹⁷. Sobre la base de este argumento, los demandantes han sostenido que *Meta* sería responsable de crear un algoritmo que “lejos de ser neutral” respecto de los mensajes de odio, habría creado un “mecanismo de reacción desencadenante de dopamina” que intencionalmente promovió el contenido de odio con respecto de los *rohingya*. De hecho, parece que los demandantes han querido anticiparse a una respuesta del Tribunal en línea con la del caso *Gonzales v. Google LLC*⁹⁸, en el que se sostuvo que los algoritmos de las empresas tecnológicas demandadas, *Google*, *Facebook*, *Twitter*, eran “de contenido neutral” en relación con la actividad terrorista del ISIS y tenían derecho a la inmunidad que otorga la Ley de Decencia en las Comunicaciones Sección 230 (*Communications Decency Acts* §230, a partir de ahora Ley CDA-sección 230) que es una de las herramientas legales más valiosas para proteger la libertad de expresión y la innovación en internet en los Estados Unidos⁹⁹.

60. Los demandantes, además, respecto de la cuestión de la responsabilidad por producto, han añadido una consideración que es de enorme relevancia a efectos de establecer una relación causal entre el fallo del sistema y los daños: el tipo de daño resultante de la violencia étnica cometido contra los *rohingya* - muertes, lesiones, violaciones, daños psicológicos y morales y pérdida de la propiedad-consistía precisamente en el tipo de daño que podría razonablemente haberse esperado de la incitación al odio que se llevó a cabo a través de la red social¹⁰⁰.

⁹³ El Noveno Circuito consideró recientemente el mismo argumento en una demanda contra Snapchat. En *Lemmon v. Snap, Inc.*, los demandantes alegaron que Snapchat diseñó negligentemente un “filtro” que incentivaba a los usuarios a enviar fotos mientras conducían vehículos a altas velocidades. El Noveno Circuito sostuvo que la inmunidad de la Sección 230 no se aplicaba porque los demandantes buscaban responsabilizar a Snapchat por su deber específico de diseñar un producto razonablemente seguro, en lugar de buscar responsabilizar a Snapchat como editor.

⁹⁴ *Jane Doe, individually and on behalf of all others similarly situated, Plaintiff, v. META PLATFORMS, INC, op. cit.*, párrs. 37 y 167. Hace referencia a L. MUNN, “Angry by design: toxic communication and technical architectures”, *Humanit Soc Sci Commun* 7 July 30, 2020. Disponible en: <https://www.nature.com/articles/s41599-020-00550-7>.

⁹⁵ *Ídem*, párr. 41.

⁹⁶ *Ídem*, párrs. 42, 167, 168 y 169.

⁹⁷ Como ya se ha hecho referencia anteriormente, y tal y como está reportado en los informes de la Misión Independiente de Investigación de la ONU, *Facebook* gozaba de una posición privilegiada en Myanmar con motivo de los acuerdos suscritos con gobierno y empresas. A/HRC/42/CRP.5 y A/HRC/39/CRP.5.

⁹⁸ En *Gonzales v. Google LLC*, demandaron a *Google*, *Facebook* y *Twitter*, alegando que estas empresas de tecnología facilitaron las actividades terroristas de ISIS al recomendar videos de reclutamiento de ISIS a los usuarios y permitirles ubicar otros videos y cuentas relacionadas con ISIS. El Noveno Circuito encontró que los demandantes no habían alegado (1) que los algoritmos de *Google* habían incitado a ISIS a publicar contenido ilegal, o (2) que los algoritmos de *Google* trataron el contenido creado por ISIS de manera diferente a cualquier otro contenido creado por terceros. Por lo tanto, la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito sostuvo que los algoritmos de estas empresas eran “de contenido neutral” y tenían derecho a la inmunidad de la Sección 230. *Reynaldo Gonzalez, et al., Petitioners, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit*, Case Numbers:(18-16700). El caso puede seguirse en: <https://www.supremecourt.gov/docket/docketfiles/html/public/21-1333.html>. Sobre la decisión de la Corte de Apelaciones puede leerse en: *Gonzalez v. Google LLC* en <https://www.law.cornell.edu/supct/cert/21-1333> [última consulta, 14 de marzo de 2023].

⁹⁹ Y, por lo tanto, de proteger de cualquier responsabilidad civil a las plataformas de servicios online del contenido que crean, produce y emiten terceros a través de estas plataformas. La Sección 230 puede leerse en: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/47/230>.

¹⁰⁰ *Ídem*, párr. 170.

61. A propósito del segundo de los fundamentos de la demanda, la negligencia, los demandantes han argumentado que *Facebook* tenía un deber de cuidado que incumplió, ya que gozando de una posición privilegiada en Myanmar con motivo de los acuerdos suscritos con gobierno y empresa¹⁰¹, no contrató suficientes moderadores en el idioma birmano¹⁰² y respondió de una forma muy lenta frente a las diferentes informaciones que organizaciones y particulares hacían llegar denunciando los discursos de odio que incendiaron *Facebook*¹⁰³. Para los demandantes, los acciones y omisiones de *Facebook*, conectadas con el incumplimiento de su deber de cuidado, fueron determinantes para la persecución y la violencia étnica en contra de los *rohingya*¹⁰⁴. Ahora bien, aunque los argumentos por negligencia son sólidos, cabe señalar que aquí la teoría legal de la responsabilidad se basa en los actos y las omisiones de *Meta* como moderador de contenido de terceros, lo que se aleja de la estrategia legal desarrollada respecto del primero de los argumentos -fabricante de producto- y esto puede ser un problema de cara al establecimiento de la responsabilidad en el caso si la intención de los demandantes era evitar la aplicación de la inmunidad que ofrece la CDA-230.

62. De hecho, *Facebook* ha respondido a esta demanda señalando que no es responsable por lo que los usuarios comunican en la red social, amparada bajo la CDA-230¹⁰⁵. Bajo esta norma, los intermediarios de plataformas online- que incluyen no solo proveedores de servicios de Internet (ISP) regulares, sino también una variedad de proveedores de servicios informáticos interactivos, que incluyen básicamente cualquier servicio en línea que publique contenido de terceros- están protegidos legalmente frente a lo que otros dicen y hacen. Así, ha permitido que empresas como *Facebook*, que tiene más de 1000 millones de usuarios, no deban enfrentarse a una posible responsabilidad legal por las acciones de sus usuarios. Si no fuera así, la mayoría de estas plataformas no alojarían contenidos o tendrían que protegerse participando activamente en la censura de lo que decimos, vemos y hacemos en línea¹⁰⁶. Ahora bien, la inmunidad que ofrece la aplicación de la Ley CDA-230 contiene algunas excepciones que operan en casos en los que las actividades online indujeran o alentaran al desarrollo de contenido ilegal, así como cuando no se advirtiera a los usuarios sobre actividades ilegales, incumpliera un contrato y también si no actuara de buena fe¹⁰⁷.

63. La demanda *Doe c. Meta* ha sido desestimada, en diciembre de 2022, por la jueza del Tribunal Federal para el Distrito Norte de California, División de San Francisco, en el que se encuentra el caso después de la petición de traslado que hicieron los demandados¹⁰⁸. En la decisión judicial, la jueza Yvonne Gonzalez Rogers rechazó los cargos de negligencia y responsabilidad por producto defectuoso alegados por el demandante. De acuerdo con las fuentes consultadas¹⁰⁹, la juez indicó, por un lado, que la demanda no establecía con claridad la relación causal entre la supuesta lesión que sufrió la demandante -un ataque a su aldea por parte del ejército de Myanmar- y la plataforma de *Facebook*. Además, por otro lado, razonó que *Facebook* tampoco se define como un producto en California, por lo que el demandante

¹⁰¹ A/HRC/42/CRP.5 y A/HRC/39/CRP.5. la gran mayoría de los ciudadanos birmanos obtuvieron teléfonos celulares en 2011 y que Facebook hizo arreglos para que usaran la aplicación de Facebook sin incurrir en cargos por datos. Para muchos birmanos, Facebook era Internet, lo que facilitaba mucho la difusión de retórica de odio.

¹⁰² *Jane Doe, individually and on behalf of all others similarly situated, Plaintiff, v. META PLATFORMS, INC. op. cit.*, párr.145.

¹⁰³ Ídem, párr.173.

¹⁰⁴ Ídem, párrs. 174-180.

¹⁰⁵ 230 Communications Decency Acts (1996). Disponible en: <https://www.congress.gov/bill/104th-congress/senate-bill/314/>.

¹⁰⁶ Ídem. De hecho, existen precedentes en los que el Noveno Circuito ha sostenido que las empresas de tecnología como Facebook, Twitter y Google están inmunizadas de responsabilidad civil cuando actúan como “editores” de información publicada por terceros.

¹⁰⁷ Información disponible en: <https://itif.org/publications/2021/02/22/exceptions-section-230-how-have-courts-interpreted-section-230/>.

¹⁰⁸ Case No. 4:22-cv-00051-ygr, Motion by defendant meta platforms, inc. To dismiss complaint pursuant to rule 12(b)(6).

¹⁰⁹ Hay que tener en cuenta que al momento de escribirse este artículo la decisión de la jueza Yvonne Gonzalez Rogers del Tribunal Federal para el Distrito Norte de California, División de San Francisco, no se encuentra en abierto y no se ha podido estudiar su contenido. Por esa razón, la información en este artículo se desprende de una fuente periodística: <https://observer.com/2022/12/the-rohingyas-genocide-suit-against-meta-is-dismissed-for-now/>

no podía reclamar responsabilidad por defecto en el producto de acuerdo con el Código de Procedimiento Civil de California, Sección 382. Para concluir, además, la jueza afirmó que la Ley CDA-230 otorga inmunidad a plataformas como *Facebook* que publican contenido de terceros¹¹⁰.

65. Aunque la desestimación del caso por el Tribunal Federal pueda parecer un importante revés, deja la puerta abierta para que los demandantes vuelva a presentar el caso, y puede ser una excelente ocasión para que reformulen la acusación y que, para ese entonces, un tribunal se pueda pronunciar sobre cuestiones tan relevantes como si el diseño del sistema de *Facebook* tiene defectos que dañaron a los *rohingya* y si la empresa es responsable por ello; si la empresa contrajo un deber de cuidado hacia la población cuando entró en el mercado de Myanmar; si rompió ese deber de cuidado de acuerdo con la forma en la que operó en el país; y, finalmente, si las operaciones de *Facebook* causaron un daño a los *rohingya*¹¹¹.

66. Además, se espera que pueda responder a la cuestión de si *Facebook* goza de inmunidad en virtud de la Ley CDA-230 o si las actividades en la plataforma indujeron a los actos de violencia o la comisión de un genocidio contra los *rohingya* operando una excepción a la inmunidad que ofrece¹¹². Sobre esta última cuestión, hay que señalar que cualquier decisión que se adopte es de enorme trascendencia. De hecho, este caso es un ejemplo excelente de cómo han cambiado los tiempos y de cómo la realidad empresarial actual de las empresas tecnológicas, que juegan un papel vital en la difusión de información, difiere notablemente de la realidad que existía en 1996 cuando se adoptó la Ley CDA -230. Es así como el caso *Doe c. Meta* es un claro recordatorio de la necesidad de reformar la Sección 230 porque las empresas de tecnología como *Meta* ejercen una enorme influencia en la difusión de información, particularmente en países en desarrollo con bajos índices de alfabetización digital, y los algoritmos de aprendizaje automático pueden facilitar la violencia, la desinformación y los crímenes más atroces¹¹³.

67. Por lo tanto, las decisiones que se adopten dentro de este caso serán trascendentales en la medida que colocarán la balanza hacia la protección de la innovación y la libertad de expresión online, de acuerdo con una larga tradición bajo la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, o hacia una protección más amplia de los derechos humanos que se ve interpelada cuando una empresa global permite que crímenes atroces puedan cometerse solo para garantizar sus beneficios, como es el caso de *Facebook*. Asimismo, no serán relevantes sólo para los Estados Unidos, sino que tendrán una repercusión global en la medida que es en este Estado en el que se han establecido las más importantes empresas de comunicación e intermediarios online, con miles de millones de usuarios en todo el mundo; si las grandes empresas intermediarias online están responsabilizan o estuvieran obligadas a responsabilizarse de garantizar de manera efectiva que sus plataformas no se utilizan para incitar al odio, el impacto de un posible control legal tendría una repercusión global¹¹⁴.

68. Ante esta tesis, se plantea a través de qué mecanismos normativos las empresas pueden hacerse responsables o ser responsabilizadas por los discursos de odio online que se crean, divulgan y promueven en sus plataformas online.

69. Por un lado, los mecanismos de autorregulación se han considerado por largo tiempo claves para que las empresas aborden los riesgos de sus actividades cuando no referimos al campo de los

¹¹⁰ *Ídem*.

¹¹¹ *Jane Doe, individually and on behalf of all others similarly situated, Plaintiff, v. META PLATFORMS, INC. op. cit.*, párr. 161.

¹¹² Lo cierto es que la norma se ha vuelto cada vez más controvertido a medida que crece el poder de las empresas de Internet. Véase, por ejemplo: <https://www.jonesday.com/en/insights/2021/04/section-230-a-focus-of-criticism-reform-proposals>.

¹¹³ De hecho, existe un consenso de que el sistema actual de autorregulación está obsoleto y para abordar estos problemas el Congreso debería enmendar la Sección 230 de la CDA. Véase A. PREVE, *Doe vs. Meta and the Future of the Communications Decency Act*, Transnational Litigation Blog, May 25, 2022.

¹¹⁴ Queremos señalar que no se ha abordado la cuestión de la presunción contra la extraterritorialidad de la aplicación de la Ley CDA-230 pues supera el alcance de este trabajo.

derechos humanos que, por motivos obvios, está íntimamente vinculado con los daños que produce el discurso del odio que llama a la violencia y a la discriminación étnica o racial. El informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, *David Kaye*, presentado en el año 2019, recomienda a las empresas que implementen procesos de debida diligencia en la moderación de los contenidos que pueden ser discursos del odio y que lo hagan además desde un enfoque de derechos humanos y, por tanto, en línea con Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos de la ONU¹¹⁵. Para ello invita a las empresas a que vayan más allá de las normas de la comunidad y de los términos de referencia de sus contratos y evalúen de manera periódica y pública la forma en la que sus productos y servicios afectan a los derechos humanos de sus usuarios y al público en general. Asimismo, apela a que adopten políticas sobre el contenido de sus actividades y que vinculen directamente sus normas sobre el discurso de odio con el Derecho internacional de los derechos humanos. Además, propone que las empresas definan la categoría de contenido que consideren discurso de odio con explicaciones razonadas para los usuarios y el público y enfoques coherentes en todas las jurisdicciones y que velen por que la aplicación de las normas relativas al discurso de odio entrañe una evaluación del contexto y del daño, en particular, garantizando que el empleo de instrumentos automáticos o de inteligencia artificial incluya a un ser humano informado. El Relator Especial llama a que velen por la participación de las comunidades afectadas en el análisis del contenido y en la búsqueda de instrumentos eficaces para hacer frente a los daños que se generan desde las plataformas. Por último, propone que elaboren instrumentos que además de promover la libre expresión libre, incluyan medidas para educar, contrarrestar, informar y capacitar frente al discurso del odio¹¹⁶.

70. A la autorregulación ha contribuido el *soft law* en términos de recomendaciones, guías y directrices que orientan a las empresas sobre cómo abordar esta tarea. En particular, se han producido algunos desarrollos interesantes en el marco europeo. La Comisión Europea ha emitido la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico Social Europeo y al Comité de las Regiones: abordar el contenido ilegal en línea hacia una mayor responsabilidad de las plataformas en línea de 2017¹¹⁷. Además, la Comisión adoptó en 2018 la Recomendación (UE) 2018/334 de la Comisión sobre medidas para combatir eficazmente los contenidos ilícitos en línea¹¹⁸. Finalmente, cabe mencionar el Código de Conducta de la UE relativo a la lucha contra la incitación ilegal al odio en internet de 2016, adoptado por cuatro grandes plataformas de Internet (*Facebook, YouTube, Twitter* y *Microsoft*) en junio de 2016¹¹⁹ y que otras cuatro plataformas de Internet más (*Google +, Instagram, Snapchat* y *Daily Motion*) acordaron implementar¹²⁰. De acuerdo con los datos arrojados por el informe de evaluación del Código de Conducta sobre el estado de la cuestión de 2019¹²¹, y para continuar poniendo en el centro a la actividad de la empresa *Facebook*, ésta informó lo siguiente: tener a 15.000 personas trabajando en la revisión de

¹¹⁵ Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, A/47/486, 9 octubre 2019.

¹¹⁶ Ídem, párr. 58.

¹¹⁷ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Lucha contra el contenido ilícito en línea. Hacia una mayor responsabilización de las plataformas en línea COM (2017) 555 final, Bruselas, 28.09.2017. La Comunicación establecía una serie de directrices para garantizar que los intermediarios “intensifican” la lucha contra el contenido ilegal en línea

¹¹⁸ Recomendación (UE) 2018/334 de la Comisión, de 1 de marzo de 2018, sobre medidas para combatir eficazmente los contenidos ilícitos en línea. La recomendación propone que los intermediarios de Internet establezcan mecanismos de notificación y acción en sus sitios web mediante los cuales los usuarios pueden llamar la atención de los intermediarios sobre el contenido ilegal en línea para que los intermediarios pueden eliminar o bloquear el acceso a contenido que es ilegal. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018H0334&from=EN>.

¹¹⁹ European Commission. Assessment of the Code of Conduct on Hate Speech online State of Play. Disponible en: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/aid_development_cooperation_fundamental_rights/assessment_of_the_code_of_conduct_on_hate_speech_on_line_-_state_of_play_0.pdf

¹²⁰ European Commission, Code of Conduct on countering illegal hate speech online: Results of the 3rd monitoring exercise (Fact sheet, January 2018)8). Disponible en: http://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=612086.

¹²¹ European Commission. Assessment of the Code of Conduct on Hate Speech online State of Play. Disponible en: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/aid_development_cooperation_fundamental_rights/assessment_of_the_code_of_conduct_on_hate_speech_on_line_-_state_of_play_0.pdf.

todo tipo de contenidos que podían violar las políticas de la compañía¹²²; haber establecido un Foro sobre Política de Producto en el que reúne a todos sus expertos en todo el mundo cada dos semanas, para discutir posibles cambios en las normas de la comunidad y abordar nuevos problemas, tendencias y desarrollos¹²³; haber incrementado el número de medidas adoptadas por violaciones del discurso de odio aumentando hasta un 150% - 4 millones de acciones tomadas contra el discurso del odio¹²⁴; y haber presentado informes de transparencia y en los que dedicaba un espacio para hacer cumplir los estándares de la comunidad respecto del discurso de odio¹²⁵, por mencionar alguno de los avances que fueron informados.

71. Lo cierto es, por tanto, que las empresas tienen un enorme margen para establecer restricciones a las formas de expresión de odio en el conjunto de las normas internas de la comunidad y, siguiendo algunas de estas directrices y recomendaciones, se han ido produciendo algunos avances, en particular, entre los proveedores de servicios más importantes como *Facebook*, *Twitter* o *Youtube*¹²⁶.

72. Sin embargo, estas normas de autorregulación o de *soft law*, basadas en la debida diligencia en derechos humanos, no son suficientes para abordar los desafíos que impone el discurso online que incita al odio¹²⁷. A pesar de que *Facebook* haya mejorado aspectos relativos al seguimiento e identificación del discurso del odio, la tecnología para identificar ciertos tipos de contenido que violan sus estándares, facilitada para que los usuarios puedan reportar situaciones que deben ser revidas e incluso eliminadas por los moderadores, no parece haber sido suficiente para detener el odio contra los *rohingya* en Myanmar, menos aún para hacer surgir algún tipo de responsabilidad legal de la empresa por estos hechos.

73. Por esta razón, es necesario y urgente que los Estados definan en su Derecho interno, con claridad y siguiendo los estándares internacionales, qué es el discurso de odio punible y, más importante si cabe, qué hacer frente a los retos que presenta el discurso de odio online hoy en día. De esta forma, es importante que los Estados examinen el derecho vigente o elaboren leyes sobre el discurso de odio que cumplan los requisitos de legalidad, necesidad, proporcionalidad y legitimidad y que aprueben o revisen las normas relativas a la responsabilidad del intermediario, aunque no puedan exigir que las empresas restrinjan expresiones que los Estados no puedan hacer directamente mediante leyes. Además, estos deben aprobar leyes que requieran que las empresas describan en detalle y en público el modo en que definen el discurso de odio y que apliquen sus normas en contra de él y que creen bases de datos de las medidas adoptadas para combatirlo. De esta forma se alienta también a las empresas a respetar las normas de derechos humanos en sus propias reglas¹²⁸. En definitiva, el propósito es avanzar en el desarrollo de un marco normativo de base nacional, lo suficientemente robusto, para luchar contra el discurso de odio y los medios que lo difunden a gran escala desde espacios fuera de cualquier control normativo y jurisdiccional.

74. De la misma manera, es necesario avanzar en el Derecho internacional hacia la creación de obligaciones de los proveedores de servicios de internet en el control del discurso del odio y en el establecimiento de algún tipo de responsabilidad cuando este discurso se divulgue a través de las plataformas. Los desarrollos normativos que existen hasta el momento que abordan este tema, aunque sea tangencialmente, no son suficientes. Así, por ejemplo, la Directiva 2000/31 sobre comercio electrónico¹²⁹, que

¹²² *Ídem*, p. 3.

¹²³ *Ídem*, p. 4.

¹²⁴ *Ibidem*.

¹²⁵ *Ídem*, p. 5.

¹²⁶ Disponibles en: <https://support.google.com/youtube/answer/2801939?hl=en>, www.facebook.com/communitystandards/hate_speech and <https://help.twitter.com/en/rules-and-policies/hateful-conduct-policy>.

¹²⁷ A. GUAMÁN HERNÁNDEZ / G. MORENO GONZÁLEZ, *Empresas Transnacionales y Derechos Humanos. La necesidad de un Instrumento Vinculante*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2018; C. MONTESINOS PADILLA, *Los derechos humanos en el ámbito empresarial: qué, cómo y por qué es posible regular en la materia*, Tirant lo Blanch, 2020.

¹²⁸ A/47/486, *op. cit.* párr. 57.

¹²⁹ Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico). Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32000L0031>.

debe ser traspuesta al derecho interno de los Estados miembro, dispone que los intermediarios de internet quedarán exentos de cualquier responsabilidad por los contenidos en sus plataformas cuando un intermediario se dé cuenta de que está alojando contenido ilegal y lo elimine de manera expedita o deshabilite el acceso a la misma¹³⁰; y, además, cuando no hayan generado o aprobado el contenido¹³¹. La Directiva también establece que los Estados miembro no pueden imponer una obligación general a los intermediarios de monitorear todo el contenido que manejan, lo que restringe los mecanismos a disposición de los mismos Estados en relación con la regulación de contenido¹³² y, por tanto, del establecimiento de responsabilidad. Sin embargo, esto no afecta al hecho de que los Estados puedan exigir a los prestadores de servicios que apliquen un deber de diligencia – al menos una expectativa de comportamiento razonable de acuerdo con el Derecho interno, a fin de prevenir y evitar determinados tipos de actividades ilegales¹³³

75. De otro lado, la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el derecho penal, sí establece la responsabilidad penal de las personas físicas y de las personas jurídicas por las conductas prohibidas¹³⁴. Ahora bien, respecto del discurso de odio online, que no está explícitamente contemplado en la norma, habrá que tener en cuenta dos circunstancias que podrán dificultar su aplicación a los proveedores de servicios: de un lado, la persona jurídica será considerada responsable cuando las conductas prohibidas sean realizadas solo en su provecho por cualquier persona, actuando a título individual o como parte de un órgano de la persona jurídica, que ostente un cargo directivo en el seno de dicha persona jurídica¹³⁵; de otro lado, cuando la falta de vigilancia o control por parte de una de las personas referidas previamente, haya hecho posible que una persona sometida a la autoridad de la persona jurídica realice algunas de las conductas contempladas, en provecho de esta última¹³⁶. Este estándar centrado en la idea del “provecho” para la atribución de responsabilidad supondrá una limitación respecto de los intermediarios de servicios del discurso de odio en la medida que solo demostrando que existe una relación directa entre las ganancias de las empresas y la difusión del odio online -como ya se ha mencionado con anterioridad- podría hacerla surgir.

76. Finalmente, tendremos que ver cuál es el texto definitivo de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad, presentada por la Comisión Europea, el 23 de febrero de 2022, y consecuentemente su alcance sobre las empresas proveedoras de servicios online.

77. Puesto que los desarrollos normativos actuales son inadecuados o insuficientes para tratar la responsabilidad de las empresas proveedoras de servicios o intermediarias por la difusión de mensajes de odio online que incitan a la violencia o la discriminación, surge la pregunta, en relación con el caso aquí analizado de la contribución de la empresa Facebook en el *presunto* genocidio *ronhingya*, de si no es posible tener a la empresa, al menos, como cómplice por la incitación al genocidio.

78. Ya se ha expuesto, en la primera parte de este trabajo, cómo algunos medios de comunicación han estado implicados en la comisión de genocidios y personas individuales han sido declaradas culpables del delito de incitación a este crimen de acuerdo con la Convención sobre el genocidio de 1948 y otros instrumentos jurídicos internacionales. Claro está que se ha hablado, en los casos referidos con anterioridad, de medios de comunicación tradicionales, en los que la identificación de los estándares sobre la incitación al odio ha sido más fácilmente practicable. Sin embargo, es razonable pensar que una

¹³⁰ A/47/486, *op. cit.*, párr. 46.

¹³¹ *Ídem*, párr. 43.

¹³² C. O'REGAN, “Hate Speech Online: an (Intractable)...”, *op. cit.*, p. 421.

¹³³ Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el derecho penal, párr. 48.

¹³⁴ *Ídem*, art. 3. Sanciones penales y art. 5. Responsabilidad de las personas jurídicas.

¹³⁵ *Ídem*, art. 5.1.

¹³⁶ *Ídem*, art. 5.2.

empresa proveedora de servicios de internet, como *Facebook*, pueda estar involucrada en un genocidio – como el de los *rohingya*- al haber permitido la incitación a este aberrante crimen, a través de su plataforma, con un diseño defectuoso del sistema y de sus algoritmos subyacentes y una respuesta negligente, todo ello movido por un ánimo de lucro ¹³⁷.

79. Si bien el Derecho internacional penal tiene como uno de sus principios centrales el de la responsabilidad internacional del individuo -y existen de hecho mecanismos para que pudiera dirimirse la responsabilidad de los responsables de una empresa, en particular, por medio de mecanismos judiciales nacionales y mecanismos internacionales *ad hoc*¹³⁸, no tanto el de la Corte Penal Internacional en la que no hay práctica al respecto¹³⁹- una cuestión distinta es la de la responsabilidad de las personas jurídicas, como son las empresas. Mucho se ha escrito y debatido sobre esta cuestión¹⁴⁰ pero no hay avances normativos significativos¹⁴¹. Entre los autores que han escrito sobre esta materia hay un cierto consenso en la idea de que la sola persecución individual de los miembros de la empresa no se ajusta a la dimensión colectiva del comportamiento criminal empresarial, y tampoco es suficiente para prevenirlo¹⁴². La consideración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de hecho, empieza a gozar de una cierta preferencia en cuanto que solo así es posible modificar la estructura empresarial que facilita o promueve la comisión del delito; el proceso penal y la pena crea una mayor estigmatización en comparación con los procesos civiles y tiene un mejor efecto comunicativo y preventivo; y, además, la reparación se aprecia posible ya que las empresas suelen tener un patrimonio considerable¹⁴³.

80. El caso de la participación de *Facebook* en el genocidio *rohingya* es claramente un caso en el que los graves abusos del poder económico, la anteposición de los beneficios económicos al respeto de los derechos humanos- la incitación al odio ha sido un simple costo a la hora de hacer negocios- suceden cuando una empresa poderosa ejerce ese poder sin control sobre el mundo; y esto constituye un injusto merecedor de pena.

81. Para concluir, esto nos lleva a recordar algunas propuestas que se han elaborado para abordar el tipo de desafíos crecientes que para el Derecho internacional presenta la relación entre los crímenes internacionales y los actores económicos: los crímenes económicos contra la humanidad¹⁴⁴.

82. Cualquiera que sea la fórmula empleada en un caso como el de *Facebook*, la aplicación de normas de *lege lata* o la consideración de una propuesta de *lege ferenda*, habrá que tener siempre puesta la mirada en la reparación de las víctimas y en el fin de la impunidad.

¹³⁷ Como ya se indicó en el epígrafe anterior, *Facebook* habría mostrado más mensajes de odio, violencia y discriminación solo para alcanzar un mayor número de usuarios. *Jane Doe, individually and on behalf of all others similarly situated, Plaintiff, v. META PLATFORMS, INC.* *op. cit.*, párr. 52.

¹³⁸ *Special Tribunal for Lebanon (STL), Al Jadeed S.A.L. & Ms Khayat (STL-14-05)*.

¹³⁹ El anuncio realizado por el ex Fiscal de la Corte Penal Internacional, Luis Moreno Ocampo, en el que señalaba que: “[...] the Prosecutor believes that investigation on the financial aspects of the alleged atrocities will be crucial to prevent future crimes and for the prosecutions of crimes already committed” (sobre la situación en la República Democrática del Congo). Véase en ICC/OTP, Communications received by the Office of the Prosecutor of the ICC, Press release n°. pids.009.2003_EN, 16.7.2003.

¹⁴⁰ Se puede encontrar un resumen de las aportaciones doctrinales más importantes en L. ARENAL LORA, “La comisión de crímenes contra la humanidad por empresas transnacionales y la ampliación de la competencia *ratione personae* de la Corte Penal Internacional” *Deusto Journal of Human Rights*, Oct.: 1-29. DOI: <http://dx.doi.org/10.18543/djhr.1872>. K. AMBOS, *Derecho Penal Internacional Económico. Fundamentos de la responsabilidad penal internacional de las empresas*. Cuadernos Civitas. Thomson Reuters, 2018.

¹⁴¹ El Protocolo de Reforma del Protocolo del Estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos o Protocolo de Malabo de 2014 es el primer instrumento estatutario que incorpora la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas mediante el modelo de imputación basado en el modelo de organización.

¹⁴² L. ARENAL LORA, “La comisión de crímenes contra la humanidad...”, *op. cit.*

¹⁴³ K. AMBOS, *Derecho Penal Internacional Económico...*, *op. cit.*

¹⁴⁴ L. ARENAL LORA, *Crímenes económicos contra la humanidad: propuesta de una categoría de crímenes contra la humanidad*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2019.

VI. Conclusiones

82. La relación entre el discurso del odio y la comisión de crímenes de trascendencia internacional es una realidad que ha podido constatarse en el marco de conflictos armados de alto impacto y en contextos de violencia generalizada y sistemática a lo largo de nuestra historia reciente. En particular, la incitación al genocidio fue tipificada en la Convención sobre el Genocidio de 1948, después de los aberrantes crímenes que se cometieron durante la Segunda Guerra Mundial.

83. Ahora bien, si en los casos en los que las palabras que incitan al odio, a la violencia o a la discriminación son punibles y se publican y se divulgan a través de medios de tradicionales – prensa, radio, televisión- la tarea de exigir responsabilidad legal por estos delitos es compleja, lo es mucho más como cuando el discurso del odio utiliza medios de comunicación online.

84. Estos medios presentan características propias y su utilización masiva y global presenta problemas particulares en este terreno: la identificación de los autores, en particular cuando varios actores participan en la creación y en la difusión del discurso del odio y se utilizan cuentas falsas; el establecimiento de la intención para lo que hay que tener en cuenta los rasgos de desinhibición, libertad, automatismo de la respuesta y de la sensación de anonimato que producen las especificidades del medio; la lejana posibilidad de la creación de un riesgo inminente debido a la fugacidad, la itinerancia y lo dispersa o difusa que es la audiencia, lo que imbrica, además, con la imprecisión del límite en la calificación del ámbito privado o público de estos mensajes; el *fórum-shopping* y los conflictos de aplicación de leyes y de jurisdicción; y, de manera especial, el papel de las grandes empresas que suministran servicios de internet, que actúan en la búsqueda permanente del lucro, y que no tienen una obligación general de controlar el contenido que circula en sus redes.

85. De esta manera, todos y cada uno de estos elementos constituyen un enorme desafío en materia de identificación del discurso de odio online punible y de la persecución de estos delitos y de sus responsables. Sin embargo, de todos ellos, exige particular atención el de la responsabilidad de las empresas proveedoras de servicios, empresas que, por otro lado, tienen un enorme poder que ejercen globalmente.

86. Las empresas cuentan con un enorme margen para autorregularse y establecer límites propios en la divulgación de los discursos del odio. Para abordar esta tarea cuentan con la orientación de guías y directrices internacionales debido a que, en los últimos tiempos, el Derecho internacional ha realizado una importante labor para promover que las empresas lleven a cabo sus actividades siguiendo normas de debida diligencia en materia de derechos humanos. Ahora bien, la práctica también ha mostrado que estos mecanismos de *soft law* no son suficientes por sí mismo y, por tanto, hay que acudir a normas que creen obligaciones para las empresas cuando la actividad económica participa de una forma sustancial en la comisión de delitos o de crímenes de trascendencia internacional. Esta será la única forma en la que pueda exigirse responsabilidad legal –la de las personas individuales que dirigen y controlan las empresas y la de las personas jurídicas-. Uno de los campos que pueden explorarse en este sentido es el del desarrollo progresivo de normas del Derecho internacional penal en donde las empresas podrían reconocer mejor las expectativas normativas que le son dirigidas y ajustar su política empresarial, además de conocer las consecuencias de su responsabilidad.

87. La resolución de las diferentes demandas judiciales en el caso del genocidio contra los *rohingya* en el que está involucrada la empresa *Facebook* serán, sin lugar a duda, relevantes para comprobar si se están produciendo avances significativos en la tarea de exigir responsabilidad a las empresas por sus comportamientos económicos criminales y cómo se pueden superar las barreras de la extraterritorialidad.

El foro de necesidad y el acceso internacional a la justicia ante la vulneración de derechos humanos por parte de sujetos económicos privados

The forum of necessity and international access to justice in the face of human rights violations by private economic agents

DANIELA BARDEL*

*Profesora de Teoría General del Derecho- Becaria postdoctoral CONICET
Universidad Nacional del Centro de la provincia de Buenos Aires*

IRENE MERINO CALLE**

*Investigadora Postdoctoral Margarita Salas
Universidad de Valladolid*

Recibido: 15.06.2023// Aceptado: 10.07.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.8054

Resumen: El derecho de acceso a la justicia es uno de los derechos humanos que ha generado un replanteamiento a las ramas jurídicas, entre las que se encuentra el Derecho Internacional Privado. Este trabajo tiene por objetivo exponer cómo el derecho de acceso a la justicia interpela el posicionamiento de esta área, poniendo en agenda la oportunidad de regular el foro de necesidad como *ultima ratio* para el acceso a la justicia. En especial, esta situación será abordada en la relación de empresas y derechos humanos, es decir, en el vínculo entre la regulación de los sujetos económicos en su actuación transnacional y el respeto a los derechos humanos. Para ello, en primer lugar, analizaremos el acceso a los sistemas judiciales y en particular la situación de las empresas y los derechos humanos; y, en segundo lugar, exploraremos la regulación del *forum necessitatis* en la Unión Europea y en Latinoamérica, particularizando en el derecho español y argentino. Finalmente, se postula el argumento de pensar la posibilidad del uso estratégico en la regulación del foro de necesidad, y se justifica el instituto con referencia en casos jurisprudenciales.

Palabras clave: Derechos Humanos; Derecho Internacional Privado; *Forum Necessitatis*; sujetos económicos privados.

Abstract: The right to access to justice is one of the human rights that has prompted a reconsideration of legal branches, including Private International Law. This work aims to expose how the right to access to justice repositions this field, putting on the agenda the opportunity to regulate the forum of necessity as a last resort for accessing justice. Specifically, this situation will be addressed in the relationship between companies and human rights, that is, the link between the regulation of economic

* Profesora en Universidad Nacional del Centro de la provincia de Buenos Aires, Facultad de Derecho, CIEP, Azul, Buenos Aires, Argentina y Universidad del CEMA, Argentina. Becaria posdoctoral Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET), Argentina.

** Investigadora postdoctoral acreditada a prof. contratado doctor por la ANECA. Este artículo ha sido realizado gracias a las Ayudas para la recualificación del sistema universitario español para 2021- 2023 de la Universidad de Valladolid. Modalidad Margarita Salas. Programa financiado por la Unión Europea *NextGeneration*.

actors in their transnational operations and the respect for human rights. To do so, firstly, we will analyze access to judicial systems, particularly the situation of companies and human rights. Secondly, we will explore the regulation of the *forum necessitatis* in the European Union and Latin America, focusing on Spanish and Argentinian law. Finally, the argument is put forward to consider the possibility of strategic use in regulating the forum of necessity, and the institute is justified with reference to case law.

Keywords: Human rights; International Private Law; *Forum Necessitatis*; private economic subjects.

Sumario: I. Introducción. II. El acceso a los sistemas judiciales: una cuestión de derechos humanos para el Derecho Internacional Privado. 1. Aspectos generales. 2. La técnica del foro de necesidad. 3. La situación de acceso a los sistemas judiciales en relación con las empresas y los derechos humanos. III. El *forum necessitatis* en Europa y Latinoamérica. 1. La dimensión europea del *forum necessitatis*. 2. Regulación nacional: España. 3. La dimensión latinoamericana del *forum necessitatis*. 4. Regulación nacional: Argentina. 5. Funcionamiento conjetural y restricción de las conductas: el uso estratégico del foro de necesidad. IV. Justificación jurisprudencial del foro de necesidad. V. Conclusiones.

I. Introducción

1. En un mundo cada vez más interconectado, caracterizado por la continua y creciente movilidad de personas (físicas y jurídicas), capitales y servicios, la protección de los derechos humanos, incluyendo el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva (prohibición de denegación de justicia), es crucial¹. El arbitraje es una opción recurrente para resolver conflictos comerciales², pero se necesitan otros mecanismos, como el proceso judicial, para resolver las controversias que puedan surgir en el marco de las relaciones privadas internacionales que involucran a pequeñas y medianas empresas, o empresas donde participa también el Estado, así como a individuos³. Por ello que, cada vez haya más normas que regulan la cooperación procesal internacional y sus cuestiones conexas, para garantizar la justicia en todo el mundo⁴. Tal y como refiere Fernández Arroyo, “hoy en día resulta una verdad de perogrullo que las cuestiones

¹ De acuerdo con Werner Goldschmidt, para resolver un caso con elementos extranjeros, es necesario investigar su tratamiento en la sociedad extranjera. Por razones de justicia, es necesario explorar la realidad social extranjera para encontrar la solución. W. GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado*, 9. ed., Buenos Aires: Depalma, 2002, p. XXVII. Friedrich Juenger defendía que el Derecho Internacional Privado sólo perpetuaría sus objetivos en la búsqueda de soluciones más justas para el caso transnacional, mediante la promoción de la cooperación y armonización de las decisiones judiciales. F.K. JUENGER, *Derecho Internacional Privado y Justicia Material*, México: Editorial Porrúa, 2006, p. LXII.

² D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, “Propuestas para una evolución deseable del problema de la competencia judicial internacional”, en M. J. OYARZÁBAL (coord.), *Derecho procesal transnacional*. Homenaje al Profesor Doctor Gualberto Lucas, Buenos Aires: Ábaco, 2012, pp. 139 y ss., especialmente p. 145. M.A. ALBORNOZ, “Acceso a la justicia en las relaciones privadas internacionales: intereses en juego”, *Rev. Secre. Trib. perm. Revis.*, año 5, n° 9, 2017, pp-170-195, en especial pp. 171-172.

³ S.I. STRONG, *Why is Harmonization of Common Law and Civil Law Procedures Possible in Arbitration But Not Litigation?* School of Law, University of Missouri, Legal Studies Research Paper Series Research, paper n° 2013-12, p. 7. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2266672>. J.L. OCHOA MUÑOZ, “Algunas consideraciones sobre el acceso internacional a la justicia”, en AA.VV., *Los servicios en el Derecho internacional privado*, Jornadas de la ASADIP, Asociación americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP), Univeridade Federal de Rio Grande do sul (UFRGS), Porto Alegre, Brasil, 2014, pp. 235-260, en especial p. 236-237. Resulta indudable también que dichos entes tienen una gran influencia, desde un punto de vista positivo (creación de empleo, generación y aumento de la riqueza y el desarrollo de aquellas Naciones donde tienen presencia); como negativo (de no regular y encauzar sus conductas, los derechos de las personas, tanto individuales como colectivos, pueden quedar sin protección). M.A. BOLLO AROCENA, “Violación de derechos humanos y empresas transnacionales. Hacia un tratado sobre empresas y derechos humanos (¿responsabilidad de quién, de qué tipo y ante qué tribunales?)”, *REEI*, n° 42, 2021, pp. 1-32, en especial, p. 31. DOI: 10.17103/reei.42.1

⁴ E. TELLECHEA BERGMAN, “Balance y perspectivas de la cooperación jurisdiccional internacional en el ámbito de Mercosur”, *Revista uruguaya de Derecho internacional Privado*, n° 6, 2005, págs. 55-72.

“procesales” y “cooperacionales” del Derecho Internacional Privado (DIPr.) han desplazado en su interés y desarrollo a las que conciernen al Derecho aplicable al fondo, las cuales tradicionalmente habían sido consideradas como el contenido esencial -y, en algunos casos, único- de la disciplina”⁵.

2. Con todo, acceder a la justicia puede ser un desafío, tanto a nivel nacional como internacional⁶. En el ámbito internacional, el proceso civil se complica debido a la existencia de diferentes jurisdicciones. Sin embargo y a pesar de los obstáculos que existen, es importante garantizar este derecho humano que habilita la resolución de conflictos⁷. Como indica Ochoa Muñoz, la estructura de la sociedad internacional dificulta el acceso a la justicia y requiere soluciones únicas que superen las formas convencionales de regulación de asuntos privados internacionales, como las reglas de determinación de la jurisdicción, los sistemas de cooperación judicial tradicionales, entre otros⁸.

3. Precisamente este derecho humano básico de acceso a la justicia, se presenta como una solución eficaz para solventar los obstáculos referidos⁹. El acceso internacional a la justicia ha dejado de ser exclusivo de las élites y las grandes corporaciones y se ha convertido en algo que enfrentan con mayor frecuencia las pequeñas y medianas empresas, así como las personas comunes¹⁰. Esto es corroborado por las manifestaciones realizadas por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), cuando dice “(q)ue ampliar el acceso a la justicia es fundamental para el pleno ejercicio de los derechos humanos y la gobernabilidad democrática; asimismo, es indispensable en el marco de estrategias exitosas de seguridad ciudadana, así como para la eliminación de la pobreza y la desigualdad [...]”¹¹.

4. Específicamente la cuestión relativa al acceso a la justicia de las víctimas de abusos empresariales preocupa a nivel mundial. Las iniciativas regulatorias sobre la conducta empresarial han tenido

⁵ D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, “Aspectos esenciales de la competencia judicial internacional en vistas de su reglamentación interamericana”, en E. PICAND ALBÓNICO/ H. LLANOS MANSILLA, (coords.), *Estudios de Derecho Internacional: libro homenaje al profesor Santiago Benadava*, vol. 2, Santiago de Chile: Librotecnia, 2008, p. 295. Disponible en: Aspectos esenciales de la competencia judicial internacional en vistas de su reglamentación interamericana (oas.org).

⁶ Si en la esfera nacional las principales barreras hacen referencia al estrato económico de los individuos, o las propias diferencias culturales, en el marco internacional, además se incluye la diferencia lingüística y la falta de conocimiento acerca de los foros extranjeros y sus ordenamientos jurídicos. J. THOMPSON, “Comparación de resultados”, en J. THOMPSON, (ed.), *Acceso a la justicia y equidad. Estudio en siete países de América Latina*, San José: Banco Interamericano de Desarrollo, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2000, p. 415. L. FERRAJOLI, “La desigualdad ante la justicia penal y la garantía de la defensa pública”, en MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA, ASOCIACIÓN INTERAMERICANA DE DEFENSORÍAS PÚBLICAS (dir.), *Defensa pública: garantía de acceso a la justicia*. Buenos Aires: Editorial La Ley, 2008, p. 77, citados por M.M. ALBORNOZ, “Acceso a la justicia...”, *op. cit.*, pp. 171-172.

⁷ Las desigualdades entre las personas, que constituyen uno de los principales obstáculos para el acceso a la justicia, siempre van a existir, por lo que los intentos de garantizar la igualdad entre los litigantes nunca serán totalmente exitosos: “Esta igualdad perfecta, por supuesto, es utópica [...]. La cuestión es saber hasta dónde debemos tratar de llevar ese objetivo utópico, y a qué costo.” C. MAURO Y B. GARTH, *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, (trad. M. Miranda), México: Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 22.

⁸ J.L. OCHOA MUÑOZ, “Algunas consideraciones sobre...”, *op. cit.*, pp. 236-237.

⁹ V. EDUARDO, “Derechos humanos, principios ALI/UNIDROIT y cooperación judicial internacional”, *Las personas frente a la dinámica y exigencias del mundo globalizado*, Jornadas de ASADIP, Montevideo: ASADIP/CEDEP, 2010, pp. 75 ss., especialmente p. 76. A. CANÇADO TRINDADE, *La ampliación del contenido material del ius cogens*, recurso online disponible en: <http://www.oas.org/dil/esp/3%20-%20cancado.DM.MR.1-16.pdf>. J.A. SILVA, “Comisiones consulares como medio de cooperación al proceso. La regulación mexicana”, *Derecho Internacional Privado y Derecho de la Integración*, Libro Homenaje a Roberto Ruiz Díaz Labrano, Asunción: CEDEP, 2013, pp. 521 ss. D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, “Propuestas para una evolución...”, *op. cit.*, p. 143. Germán Bidart Campos sostiene que la efectividad del derecho depende de que el poseedor de este tenga la legitimidad para poder ejercerlo y disfrutarlo, y que también tenga las medidas adecuadas para hacerlo valer, protegerlo, lograr su reconocimiento, impedirlo o posponerlo, y reparar su violación. G. BIDART CAMPOS, *Sobre derechos humanos, obligaciones y otros temas afines*, Estudios en homenaje al Dr. Héctor Fix-Zamudio, México: UNAM, 1988, t. I, p. 75.

¹⁰ J.L. OCHOA MUÑOZ, “Algunas consideraciones sobre...”, *op. cit.*, pp. 235-260, en especial p. 235. M. RÁBAGO DORBECKER, “El acceso a la justicia en casos de litigio internacional: foro de necesidad, asistencia judicial gratuita y cautio iudicatio solvi”, *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, 2004, n° 34, pp. 81 ss.

¹¹ AG/RES. 2703 (XLII-O/12) Fortalecimiento de las actividades del programa interamericano de facilitadores judiciales, aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 4 de junio de 2012. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2703_XLII-O-12.pdf.

presente la necesidad de acceso a la reparación de las víctimas cuando sus derechos humanos fueron vulnerados. Esto se advierte, v.gr. en el Tercer Pilar de los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos (en adelante PR), dedicados precisamente al acceso a la reparación¹². O, en un sentido más abarcador, en la interpretación de la debida diligencia como parte del deber de respetar de las empresas, con un último eslabón de reparación. En los PR, la reparación se interpreta en un sentido amplio, no obstante, sus recomendaciones han de enfrentarse con las normas del Derecho Internacional Privado de los Estados, y la situación da cuenta que tanto la normativa de la Unión Europea como la interpretación jurisprudencial de Estados Unidos no abren la posibilidad a nuevos criterios de jurisdicción (foro de necesidad), con la excepción de las disposiciones que puedan encontrarse en el caso de la Unión Europea en cada Estado en particular y/o en determinadas interpretaciones judiciales relativas al tema que nos ocupa. Igualmente, desde septiembre de 2014, a raíz de una propuesta presentada por Ecuador y Sudáfrica, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas adoptó una resolución para crear un Grupo de Trabajo Intergubernamental encargado de elaborar un instrumento internacional jurídicamente vinculante con el objetivo de garantizar el acceso a la justicia y la reparación a las víctimas de abusos empresariales¹³. Sin perjuicio de las bajas expectativas en cuanto a la posibilidad de aprobación, la discusión pone en agenda la necesidad de modificar las normas de DIPr. de los Estados parte contratantes y la introducción de un nuevo criterio de jurisdicción¹⁴. Actualmente, y en el seno de dicho Consejo, el pasado enero de 2023, se publicó el tercer borrador revisado por los Estados del instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales (ETNs) y otras empresas comerciales con respecto a los derechos humanos¹⁵. Al mismo tiempo, se discuten otras propuestas de regulación sobre debida diligencia en el marco de la Unión Europea o de los Estados miembros¹⁶. De esta manera, los retos actuales de exigir responsabilidades a las empresas multinacionales suponen que las normas internacionales privadas son una herramienta importante para garantizar a las víctimas de abusos empresariales un acceso seguro a la justicia. Estos textos y sus resultados serán cruciales para fomentar el acceso a la justicia de las víctimas a nivel global. Puede servir de impulso para su debate la resolución a la que ha llegado el Instituto de Derecho Internacional, en su reunión del año 2021, sobre los derechos de la persona humana, en la cual se remarca la importancia del reconocimiento del mecanismo del foro de necesidad (art. 4). Este mecanismo puede ser utilizado en relación con el derecho humano de acceso a la justicia y la responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos (art.19)¹⁷.

¹² Resolución 17/4, Consejo de Derecho Humanos, 16 de junio de 2011, “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”.

¹³ Resolución A/HRC/26/9, Naciones Unidas, Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos, 26ª sesión, 14 de julio de 2014, Elaboración de un instrumento internacional legalmente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en relación con los derechos humanos. El primer borrador de este tratado (llamado ‘borrador cero’) fue publicado en julio de 2018 y se llevaron a cabo discusiones en las Naciones Unidas en octubre de 2018. El ‘borrador cero’ del tratado está disponible en: <www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/DraftLBI.pdf>. Último acceso, 22 septiembre de 2022.

¹⁴ A. MICHOU, “Of Rights and Men: An Assessment of European Jurisdictional Rules over Transnational Corporate Abuse Claims”, *Trinity College Law Review*, n° 22, 2019, pp. 7-34. HeinOnline, en especial p. 34.

¹⁵ Resolución A/HRC/52/41/Add.1, United Nations, General Assembly, Human Rights Council, Fifty-second session 27 February–31 March 2023. Agenda item 3. Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development. Text of the third revised draft legally binding instrument with the textual proposals submitted by States during the seventh session of the open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights. Disponible en: [G2300893.pdf \(un.org\)](https://www.ohchr.org/documents/E/HRC/resolutions/A_HRC_52_41_Add1.pdf); 52nd regular session of the Human Rights Council: Reports | OHCHR. Último Acceso, 24 abril de 2023. Se mantienen las mismas premisas del segundo borrador, donde se sigue haciendo referencia al foro de necesidad en los arts. 9.4. y 9.5.

¹⁶ El pasado día 1 de junio se adoptó en sesión plenaria del Parlamento Europeo, una serie de Enmiendas sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 (COM (2022)0071 – C9-0050/2022 – 2022/0051(COD)). Texto disponible en: [TA \(europa.eu\)](https://www.europa.eu). Último acceso, 09/06/2023. Tras la aprobación de la posición del PE, pueden comenzar las negociaciones con los Estados miembros, que acordaron su propia postura en noviembre de 2022. Texto disponible en: [pdf \(europa.eu\)](https://www.europa.eu). SALA DE PRENSA PARLAMENTO EUROPEO, El Parlamento Europeo quiere mitigar el impacto de las empresas sobre las personas y el planeta, 01-06-2013, disponible en: [El PE quiere mitigar el impacto de las empresas sobre las personas y el planeta | Noticias | Parlamento Europeo \(europa.eu\)](https://www.europa.eu). Último acceso, 09/06/ 2023.

¹⁷ En el seno de la Conferencia de la Haya, en particular, el Grupo de Trabajo para el proyecto de jurisdicción creado por mandato del Consejo de Asuntos Generales y Política (CGAP) de la *Hague Conference on Private International Law*, en su in-

5. En el presente artículo se pretende poner de manifiesto la idoneidad del *forum necessitatis* como mecanismo de *ultima ratio* del DIPr. para la aplicación del derecho humano de acceso a la justicia¹⁸. Para ello se analiza la importancia de este derecho y su relación con las normas de jurisdicción del DIPr., particularmente en casos de abuso por parte de sujetos económicos privados¹⁹. Se exponen los marcos europeo y latinoamericano, particularizando la regulación de España y Argentina. Se cuestiona también la adecuación en Europa del Reglamento 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento Bruselas I bis/RBI bis), y se destaca la posición favorable en América Latina expresada en diversos instrumentos de *soft law*, para la regulación del foro de necesidad. Finalmente, se postula el argumento del uso conjetural y estratégico de la regulación del instituto, y se da cuenta del uso del mismo en casos jurisprudenciales.

II. El acceso a los sistemas judiciales: una cuestión de derechos humanos para el Derecho Internacional privado

1. Aspectos generales

6. Garantizar y proteger los derechos humanos guía y dirige toda solución que se procure por el DIPr., bien sea a nivel legislativo, interno, internacional o inclusive, jurisprudencial²⁰. Si bien, Erik Jayme manifestaba la importancia determinante a la hora de resolver los conflictos de leyes (materia propia de la disciplina), no presentan menos relevancia y determinación el sector de la competencia judicial internacional o jurisdicción internacional²¹. El hecho de que cualquier persona, sin importar su origen, tenga acceso a la justicia representa un avance en la democracia, ya que si todos somos iguales ante la ley, también debemos ser iguales en la posibilidad de hacer valer nuestros derechos ante la jurisdicción de cualquier Estado²².

7. El acceso a un sistema judicial eficaz, también conocido como derecho a una tutela jurisdiccional efectiva, se considera un derecho fundamental y constitucional²³. Este derecho implica que tanto la parte demandada como la parte demandante están facultadas para acudir a un tribunal y a ser escucha-

forme aprobado el pasado mes de febrero de 2023, aprobó un borrador de disposiciones para procesos concurrentes. El foro de necesidad fue definido preliminarmente como la prevención de una manifiesta denegación de justicia. Las próximas reuniones del grupo están programadas para la segunda mitad de 2023 antes del CGAP en 2024. La resolución aprobada por el Instituto de Derecho Internacional debería considerarse para perfilar el articulado del texto y dar cabida específica al foro de necesidad, como se requiere también en la resolución de 2021 sobre derechos humanos y DIPr. Informe del grupo de trabajo de la Haya: Working Group on Jurisdiction: Report (hch.net). Última consulta, 08/06/2023. Instituto de Derecho Internacional, 2021, documento disponible en: Microsoft Word - 4 RES EN.docx (idi-iil.org). Última consulta, 6/6/2023.

¹⁸ Para el desarrollo de la investigación nos valdremos de las siguientes fuentes documentales: a) normas vigentes y proyectos normativos; b) instrumentos de *Soft Law*; c) pronunciamientos de diversos órganos; d) producciones doctrinarias.

¹⁹ En similar sentido J. GUNNAR HORRACH ARMO, "El fórum necessitatis en la Unión Europea: análisis sobre su idoneidad en el ámbito de los derechos humanos vulnerados por las empresas transnacionales", en A. PIGRAU SOLÉ, Antoni *et al.* (dir.), *La comunidad internacional ante el desafío de los objetivos de Desarrollo Sostenible*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2023, pp. 409 y ss.

²⁰ L. SCOTTI, "El acceso a la justicia en el Derecho Internacional Privado argentino: nuevas perspectivas en el Código Civil y Comercial de la Nación", *Red Sociales, Revista del Departamento de Ciencias Sociales*, Vol. 03, n° 6, 2016, pp. 22-47, en especial p. 25.

²¹ E. JAYME, "Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne", *Recueil des cours*, 1995, vol. 251, p. 49. A. DURÁN AYAGO, "El derecho a la asistencia jurídica gratuita en los litigios transfronterizos", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 22, 2011, p. 2. [Consulta: 10-12-2022]. Disponible en: www.reei.or. En Argentina se utiliza el término jurisdicción internacional y se alude a la competencia para hacer referencia al ejercicio de la jurisdicción en los casos internos; de allí que no suela utilizarse la expresión competencia judicial internacional como se hace en otros lugares (Europa). D.P. FERNÁNDEZ ARROYO (coord.), *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, Buenos Aires: Zavalia, 2003, p. 138; y A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 5ª ed., Granada: Comares, 2004, pp. 71-72.

²² E. JAYME, "Identité culturelle et intégration...", *op. cit.*, p. 49.

²³ J. GONZÁLEZ PÉREZ, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 3ª ed., Madrid: Civitas Ediciones, 2001, p. 25.

das, mientras que el proceso judicial garantiza el respeto de ciertas garantías mínimas²⁴. En España, este derecho se convirtió en un derecho social fundamental y se protegió formalmente en la Constitución de 1978²⁵. Debe aplicarse a todos por igual y requiere una acción afirmativa por parte del Estado, en el sentido de establecer herramientas jurídicas que garanticen su aplicación real y material (así se deduce del artículo 9.2. del texto constitucional)²⁶. Es importante contar con procedimientos que aseguren la practicidad de la norma y medios y herramientas que garanticen que los actos del poder público se ajusten a los cauces jurídicos²⁷. Ahí es donde entra en juego lo recogido por el art. 24 del texto constitucional, y donde se regula el derecho a la tutela judicial efectiva, interpretado y analizado en varias ocasiones por el Tribunal Constitucional, ya sea en relación con su contenido, como a qué tipo de sujetos beneficia su aplicación²⁸. En el caso de Argentina, tras la reforma constitucional de 1994, el acceso a la justicia se convirtió en un derecho fundamental orientando al legislador, juez y a todo operador jurídico. La República Argentina está obligada a respetar el derecho fundamental y garantías procesales de acceso al sistema judicial reconocido por el artículo 18 de la Constitución Nacional²⁹.

8. Pues bien, es importante destacar que estos derechos fundamentales no agotan su ejercicio en el articulado constitucional nacional, sino que deben interpretarse de acuerdo con la normativa internacional de derechos humanos de la que el país sea parte. En el caso de España, el artículo 10.2 de la Constitución de 1978 establece esta obligación, mientras que, en Argentina, el artículo 75, inciso 22, establece que los tratados de los que el país sea parte tienen jerarquía superior a las leyes, y los Tratados de derechos humanos incluidos en el mencionado inciso o a incluirse conforme al mecanismo institucional establecido, tienen jerarquía constitucional en las condiciones de su vigencia, y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución³⁰.

9. De esta forma la cuestión de los derechos humanos dejó de ser una materia confinada a los fueros estatales para incorporar temas que afectan al Derecho Internacional, e igualmente, a la discipli-

²⁴ M. ALBORNOZ, "Acceso a la justicia...", *op. cit.*, p. 171. Así lo reitera también jurisprudencia actual del TS. Ver fundamento de derecho segundo, apartado 3. STS 941/2022 - ECLI:ES:TS: 2022:941 Id Cendoj: 28079110012022100196 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil Sede: Madrid Sección: 1 Fecha: 03/03/2022

²⁵ D. MAURICE, *Instituciones políticas y de derecho constitucional*, Barcelona: Ariel, 1970, p. 92. G. BURDEAU, *El liberalismo político*, Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1979, p. 12, citado por L. ORTIZ AHLF, "El derecho de acceso a la justicia", en M. BECERRA RAMÍREZ *et al.* (ed.), *Obra en homenaje a Rodolfo Cruz Miramontes*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, t. II, p. 416. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2547/20.pdf>.

²⁶ M. RISSO FERRAND, "El Estado social y democrático de derecho. Concepto y evolución", *Revista de las Facultades de Derechos Confiadas a la Compañía de Jesús*, México, n° II, 2005, p. 20.

²⁷ H. CASSINELLI MUÑOZ, *Derecho público*, Montevideo: Fondo de Cultura Universitaria, 1995, vol. I, p. 36.

²⁸ Alguna corriente doctrinal ha señalado que el concepto de derecho de acceso a la justicia se encuentra limitado por la idea de efectividad, por lo que no resulta extraño ver recogido en textos la idea de "acceso efectivo a la justicia". D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, "La tendance à la limitation de la compétence judiciaire à l'épreuve du droit d'accès à la justice", *Mélanges Bernard Audit*, Paris: LGDJ, 2014, pp. 285-306. Con todo, el tecnicismo es innecesario ya que el derecho ha demostrado que la eficacia es esencial en él. El "acceso a la justicia" y la "tutela judicial efectiva" se consideran equivalentes en el ámbito judicial. A veces se ubican como componentes uno del otro. J.L. OCHOA MUÑOZ, "Algunas consideraciones sobre...", *op. cit.*, pp. 237 y ss. La UE reconoce el acceso a la justicia como un derecho fundamental en el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. Este derecho se aplica a cualquier persona cuyos derechos y libertades garantizados por el derecho de la UE hayan sido violados. A. MICHOU, "Of Rights and men...", *op. cit.*, pp. 7-34. El TC en sentencias como la 24/1981, del 14 de julio, o la 99/1985, del 30 de septiembre, se centra en el derecho de tutela judicial efectiva. La sentencia establece que el ámbito de validez personal de esta disposición se extiende a todas las personas, tanto nacionales como extranjeras. El Tribunal Constitucional señala que todas las personas tienen derecho al acceso a los tribunales para el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, y también tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los tribunales, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. La tutela efectiva implica que los recurrentes tengan derecho a ser escuchados y a una decisión fundamentada en Derecho, ya sea favorable o adversa. L. ORTIZ AHLF, "El derecho de acceso...", *op. cit.*, p. 416. De dicha interpretación se deduce que todas las personas, nacionales o extranjeras, tienen derecho no sólo al acceso a los tribunales de manera formal, sino a una garantía efectiva, que conlleva a asegurar, según sea el caso, que no se origine un estado de indefensión. *Idem*.

²⁹ L. SCOTTI, "El acceso a la justicia...", *op. cit.*, p. 25.

³⁰ Señala el art. 75 inc. 22 en su parte pertinente "Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional"

na, el DIPr. En efecto, los derechos humanos representan una constante, en la medida que se encuentran en la base de protección de los individuos y el comercio a nivel global³¹.

10. Continuando con la esfera internacional, se parte, al igual que en los órdenes nacionales, de un sistema generalista de protección, pues no hay que olvidar que el derecho de acceso a un sistema judicial se integra por una serie de obligaciones mínimas que tienen los Estados en relación con este derecho³². En el Derecho Internacional General se encuentra un principio general de obligado cumplimiento por todos los Estados, al haber sido aceptado históricamente y estar consolidado en la práctica internacional. Ese principio no es otro que la prohibición de la denegación de justicia, que, en su sentido amplio, se identifica “con cualquier daño infligido a un extranjero a causa de la conducta arbitraria o improcedente de uno de los poderes del Estado”; y, en su sentido estricto, se considera cuando el Estado rechaza a un extranjero “el libre acceso a los tribunales del Estado” o lleva a cabo “una discriminación injusta del extranjero en el acceso a la jurisdicción”³³.

11. Partiendo de un orden garantista amplio, debe observarse lo recogido en el art. 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, donde se reconoce el derecho de toda persona “a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”; o el art.10, que recoge el derecho “a ser oído públicamente y con las debidas garantías por un tribunal independiente e imparcial”³⁴. Igualmente, este precepto ha sido reforzado a través de otros instrumentos internacionales, donde se ampara el derecho de todo individuo a acceder a la justicia, tal y como lo disponen tanto el art.14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966: “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”³⁵; como el art. 6. apartado 1, interpretado en consonancia con el art.13 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales de 1950 (CEDH)³⁶; así como los art. 7, 8 y 25 de la Convención Americana de los Derechos Humanos (Pacto de San José)

³¹ L. PEREZNIETO CASTRO, “El derecho internacional privado y los derechos humanos”, *Cuarta época*, año IV, n° 12, julio-diciembre de 2017, pp. 123-158, en especial p. 142, disponible en: <https://doi.org/10.22201/ij.24487902e.2017.12.11929>

³² L. ORTIZ AHLF, “El derecho de acceso...”, *op. cit.*, p. 408.

³³ J. VICENTE BLANCO, *La protección de la inversión extranjera y la liberalización del comercio internacional*, Tesis doctoral, Universidad de Valladolid, Valladolid, 2001, pp. 134-143.

³⁴ G. DE VERGOTTINI, *Derecho constitucional comparado*, 2a. ed., Madrid: Espasa-Calpe, 1985, p. 205. El artículo 18 de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre de 1948 establece que “toda persona tiene derecho a recurrir a los tribunales para hacer respetar sus derechos”, incluso antes de la proclamación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones Unidas.

³⁵ El Comité de Derechos Humanos de la ONU afirmó en su Observación General No. 32 de 2007 que las garantías procesales son inherentes a los derechos humanos y no pueden ser dejadas a la discreción de los ordenamientos estatales. Debe haber un respeto independiente de la tradición jurídica y el derecho interno de cada Estado en su interpretación y configuración. Comité de Derechos Humanos, 90º período de sesiones, Ginebra, 9 a 27 de julio de 2007, CPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007. En: <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/S-gencom32.pdf>, citado por J.L. OCHOA MUÑOZ, “Algunas consideraciones sobre...”, *op.cit.*, pp. 237-239.

³⁶ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, consideró que este “derecho a un tribunal” podía estar sujeto a restricciones legítimas, en particular por las normas sobre la competencia judicial internacional de los tribunales. CEDH, 3ème section, 1 mars 2016, *Arlewin c. Suède* (22302/10), cons. 66 – 67. Sin embargo, el Tribunal señaló “que el artículo 6 implica una revisión de las normas de competencia vigentes en los Estados contratantes con el fin de garantizar que no vulneran un derecho protegido por el Convenio”. CEDH, 5ème section, décision sur la recevabilité, 17 juin 2008, *McDonald c. France* (18648/04). En Droit, B. En este contexto, afirmó que un Estado contratante está obligado *prima facie* a conceder la competencia de sus tribunales si los contactos entre los hechos de un caso y ese Estado constituyen un vínculo estrecho. CEDH, n. 51, cons. 72, constatant et énumérant les contacts qui auraient, dans cette espèce, obligé la Suède à mettre ses tribunaux à la disposition de la victime d’une diffamation. J. BASEDOW, *4ème commission Droits de l’homme et droit international privé. Human Rights and Private International Law*, Annuaire de l’Institut de Droit international - Séssion de Hyderabad, 2017, vol. 78 – Délibérations, p. 23, disponible en: Microsoft Word - 8. séances plénières Basedow.docx (idi-iil.org)

de 1969³⁷. Con todo, y sobre el pilar de ese contenido de mínimos en relación con el derecho humano de acceso a la justicia, es que desde el propio marco internacional se han ido desarrollando una serie de instrumentos jurídicos (predominantemente de naturaleza “suave”) para que orienten las acciones de los Estados, en aras de conseguir una debida conceptualización de dicho derecho³⁸. Así, por ejemplo, y delimitado al marco de estudio de nuestro trabajo, encontraríamos los instrumentos ya mencionados, como la Resolución del Instituto de Derecho Internacional de 2021 sobre los derechos de la persona humana y Derecho Internacional Privado; y los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos. Todas estas resoluciones, principios y demás instrumentos jurídicos tienen en común el desarrollar las obligaciones de mínimos del derecho humano de acceso a la justicia. De esta forma, determinado el concepto, se pueden plasmar en las legislaciones internas y conseguir una aplicación eficaz de éste. Así, encontramos dentro del concepto la garantía de acceder a la jurisdicción, a la tutela judicial efectiva, a la igualdad ante la ley y los tribunales, a la no discriminación, o a un derecho de defensa (entre otros).

12. Para Robert Alexy es también manifiesto que en el DIPr. podemos hablar de normas de derechos fundamentales³⁹, y, por lo tanto, de derechos humanos, porque se refieren a normas o instituciones jurídicas con validez en numerosos Estados y que representan los derechos que las personas tienen por el mero hecho de ser personas (independientemente de dónde, cuándo y cómo se produzcan los movimientos transfronterizos). Éstos deben seguir siempre a la persona⁴⁰. De acuerdo con este autor, los derechos humanos tienen cuatro propiedades: universalidad, en el sentido de que su titularidad la ostenta todo ser humano; validez moral, puesto que hablamos de derechos morales; fundamentalidad, es decir, hace referencia al objeto de esos derechos; y, prioridad ante el derecho positivo⁴¹. De otro lado, y centrándonos en el objeto del artículo, Cappelletti y Garth sostienen que el acceso efectivo a la justicia es el requisito más básico y fundamental en un sistema legal igualitario moderno que pretenda garantizar los derechos de todos, y en consecuencia no se produzca una denegación de justicia⁴². Es el “derecho de garantía” o más bien la “garantía de las garantías”⁴³. Con todo, este derecho está en constante evolución y se nutre de instrumentos internacionales, resoluciones, fallos judiciales y doctrina⁴⁴. De hecho, la progresión de este derecho ha conllevado a una expansión conceptual. Por ello que, de acuerdo con Loreta Ortiz, el contenido sustantivo del derecho al acceso a la justicia debe incluir el acceso a la jurisdicción, un juez competente, imparcial y predeterminado por ley, la tutela judicial efectiva, un juicio justo, igualdad ante la ley, no discriminación y presunción de inocencia, entre otros aspectos⁴⁵. Consecuentemente, este derecho (y todo el contenido implícito que despliega) es el que trata de preservar y salvaguardar las normas de competencia judicial, tal como se demuestra en la resolución del Instituto de Derecho Internacional de 2021 y en los documentos preparatorios del mismo⁴⁶.

³⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) (Gaceta Oficial No. 9460 del 11 de febrero de 1978), disponible en: Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) (oas.org)

³⁸ M. CARBONELL, *Los derechos fundamentales en México*, México: CNDHUNAM, 2004, p. 726.

³⁹ R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2007, pp 27 y ss.

⁴⁰ L. PEREZNIETO CASTRO, “El derecho internacional privado...” *op. cit.*, p. 146.

⁴¹ R. ALEXY, “La Institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático”, *Revista de Derecho Constitucional*, año XXII, n° 66, septiembre-diciembre de 2002, p. 21 y ss, citado por L. PEREZNIETO CASTRO, “El derecho internacional privado...”, *op. cit.*, p. 143.

⁴² M. CAPPELLETTI, Y B. GARTH, *El acceso a... op. cit.*, p. 22.

⁴³ J.A. MABAROTTO LUGARO, “Un derecho humano esencial: el acceso a la justicia”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ciudad de México: UNAM, 2003, pp. 291 ss., especialmente p. 295, disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2003/pr/pr16.pdf>.

⁴⁴ L. ORTIZ AHLF, “El derecho de acceso...”, *op. cit.*, p. 408, citado por J.L. OCHOA MUÑOZ, “Algunas consideraciones sobre...”, *op. cit.*, pp. 237-239. El derecho de acceso a la justicia originalmente se limitaba a la posibilidad formal de acceder a la jurisdicción según la ideología liberal de los Estados burgueses posteriores a la Revolución Francesa. Sin embargo, el avance de los derechos humanos llevó a que este acceso debiera ser real y no solo teórico, convirtiéndose en un derecho fundamental que requiere una regulación detallada para garantizar su efectividad. C. MAURO Y B. GARTH, *El acceso a... op. cit.*, p. 11.

⁴⁵ L. ORTIZ AHLF, “El derecho de acceso...”, *op. cit.*, pp. 6-7, citado por J.L. OCHOA MUÑOZ, “Algunas consideraciones sobre...”, *op. cit.*, p. 237 y ss.

⁴⁶ J. BASEDOW, *4ème commission Droits de l'homme... op. cit.*, pp. 23-33.

13. Pues bien, el derecho de acceso a la justicia es complejo y su variedad normativa se demuestra, especialmente en el contexto de la vida privada internacional, donde coexisten diversas jurisdicciones legítimas. Por lo tanto, resulta ilógico aislar conceptualmente este derecho requiriendo la cooperación y coordinación internacional para superar la separación de las soberanías⁴⁷. Tal y como manifiesta Abellán Honrubia, la organización y el funcionamiento de la administración de justicia del Estado deben asegurar el ejercicio del derecho a la justicia en la forma en que es reconocido por el Derecho Internacional, y la existencia de este límite implica la obligación internacional del Estado de garantizar todas las garantías jurídicas - sustantivas y procesales - que configuran el derecho a la justicia⁴⁸. Cuando surge un conflicto en el seno de una relación jurídico-privada internacional, converge de un lado la pretensión de los individuos de acceder a la justicia como un medio de obtener la tutela de sus intereses en juego y del Estado de garantizarlo⁴⁹. Pero al mismo tiempo, surge la divergencia del propio Estado de restringir el número de causas en las que sus tribunales resultan competentes para enjuiciarlos⁵⁰.

14. Respecto del primero de los intereses en juego, es decir, el derecho de los sujetos a ser tutelados por la justicia, conllevando por tanto evitar una denegación de justicia, se perfila como el derecho humano de acceso a la justicia, y, como una obligación del Estado de salvaguardarlo. Es aquí donde radica un punto de convergencia: al derecho de las personas físicas y jurídicas de obtener la tutela jurisdiccional ante un conflicto, se suma correlativamente, el deber del Estado de garantizar un acceso real a la justicia, poniendo a su servicio sus diversos órganos judiciales⁵¹. Como ya mencionamos al comienzo de esta sección, el concepto de acceso a la justicia queda salvaguardado en el ámbito nacional, estando a su vez reforzado por la esfera internacional, donde la idea de este derecho se ha ido configurando de forma gradual, adoptando elementos de diversos instrumentos como tratados, declaraciones, jurisprudencia o la propia doctrina⁵².

15. De otro lado, y a pesar del ánimo expansivo de este derecho de acceso a la justicia, es cierto que los Estados tienden a limitar el ámbito de su competencia judicial internacional⁵³. Normalmente las condiciones por las que el Estado restringe su competencia atendiendo a su interés legítimo son, en primer lugar, un motivo de capacidad institucional, es decir, debido a que en ocasiones los órganos judiciales están sobrecargados, no pueden tramitar todos los litigios que reciben⁵⁴. En segundo lugar, e íntimamente relacionado con la causa anterior, se encuentran los motivos económicos; en otras palabras, tramitar una disputa poniendo al servicio de las partes el entramado judicial conlleva costes para las partes, e indirectamente para los contribuyentes de una nación, por ello que el Estado se apoye en estas causas para restringir la cantidad de casos que someten a su jurisdicción⁵⁵. La tercera de las circunstancias se sustenta en la razonabilidad. Esto quiere decir que sería incongruente que una jurisdicción

⁴⁷ Para Fernández Arroyo, esta circunstancia genera especiales desafíos para el análisis del acceso internacional a la justicia y requiere enfoques más complejos que tomen en cuenta la eficacia de la justicia, el equilibrio, la igualdad y el derecho a la defensa de todas las partes. D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, “La tendance à la limitation...”, *op. cit.*, pp. 285-306.

⁴⁸ A. HONRUBIA, *Internacionalización de los derechos humanos y dimensión internacional de su violación*, Málaga: Servicio de Publicaciones y Divulgación Científica de la Universidad de Málaga, 2012, p. 57.

⁴⁹ L. PEREZNIETO CASTRO, “El derecho internacional privado...”, *op. cit.*, p. 128.

⁵⁰ M.M. ALBORNOZ, “Acceso a la justicia...”, *op. cit.*, p. 172.

⁵¹ *Ibidem*, 174.

⁵² L. ORTIZ AHLF, “El derecho de acceso...”, *op. cit.*, p. 408. Por ello que, al no ser un proceso evolutivo terminado, es que los órdenes nacionales deben adaptarse a los nuevos cambios que se propongan internacionalmente.

⁵³ Mediante la utilización de foros exclusivos y la controvertida utilización de los cada vez menos foros exorbitantes. D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, “Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales”, *Recueil des cours de l'Académie de Droit International*, 2006, t. 323, pp. 9 y ss. D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, “La tendance à la limitation...”, *op. cit.*, p. 302.

⁵⁴ Esta lentitud de la justicia ha ocasionado incluso que se tomen en consideración mecanismos alternativos de resolución de conflictos, sobre todo en aquellos países donde no se utiliza de forma generalizada, M.M. ALBORNOZ, “Acceso a la justicia...”, *op. cit.*, p. 179.

⁵⁵ Una de las medidas a tomar para mejorar los recursos asignados al funcionamiento del tribunal consiste en procurar reducir o evitar el exceso de trabajo. Por ello que la sobrecarga de la que hablábamos antes tenga relación con el número de causas admitidas a trámite. *Idem*.

que por motivos institucionales de administración de justicia y por razones económicas restringiese la competencia de determinados asuntos internacionales, asumiera un criterio amplio para aceptar dicha competencia, con menos razón aún cuando el conflicto no presentase vínculos o conexiones con ese país, y consecuentemente, no aportase ningún beneficio como contrapartida del gasto efectuado⁵⁶.

16. Esta pretensión resulta contraria a los intereses de los individuos que acabamos de manifestar. Para el DIPr., no es algo nuevo el tratar de aportar soluciones acerca de los derechos humanos, bien como derechos humanos internacionalmente protegidos, o como derechos constitucionales defendidos por los ordenamientos internos⁵⁷. Algún sector de la doctrina asegura que los derechos humanos en general vienen a revisar el DIPr., lo que también puede acarrear riesgos, sobre todo por un desbordamiento conceptual, de acuerdo con el cual, toda relación jurídica estaría marcada por lo que se entendería por dicho derecho⁵⁸. Sin embargo, el peligro que presenta dicha corriente doctrinal tendría más que ver con el conflicto de leyes e incluso con la materia del orden público en el contexto material, toda vez que la calificación presenta dificultad para actuar sobre algunas cuestiones en función de su adecuación a los derechos fundamentales⁵⁹. Pero, tal problema de la calificación no suele darse con la misma complejidad en el debate de los aspectos procesales, por ello que el tema de los derechos humanos esté llamado a tener mayor protagonismo y a desprender efectos más potentes en la estructura y alcance de sus normas⁶⁰.

2. La técnica del foro de necesidad

17. Debemos poner precisamente el acento aquí, en los asuntos procesales, que conforman uno de los pilares sobre el que gira el DIPr.⁶¹. La internacionalidad, es una característica intrínseca de las relaciones jurídicas que están conectadas con dos o más ordenamientos jurídicos, y consecuentemente, genera ciertos interrogantes en relación con la determinación del tribunal ante el que se puede y debe plantear la controversia que pueda surgir de dicha relación⁶². El DIPr ha sido concebido tradicionalmente como el Derecho que regula las relaciones privadas transnacionales. Sus normas tratan de asignar la competencia o jurisdicción a los tribunales nacionales de la forma más adecuada y eficaz⁶³. Claro está que no siempre es fácil establecer cuándo un juez es competente o tiene jurisdicción; además de que los criterios (foros) de atribución de dicha competencia o jurisdicción suelen alterarse geográfica y tempo-

⁵⁶ *Idem*

⁵⁷ Didier Operti Badán sostiene que no es necesario que los derechos humanos influyan en la estructura del DIPr., sino que simplemente se incorporen y aporten nuevos y ricos contenidos a la aplicación del Derecho, lo que ayuda a flexibilizar el sistema, aunque con variaciones, sin mayores problemas. D. OPERTI BADÁN, "Reflexiones sobre un tema esencial: Derecho Internacional Privado y derechos humanos", *Libro Homenaje a Roberto Ruiz Díaz Labrano*, Asunción: CEDEP, 2013, pp. 63-86, especialmente p.73.

⁵⁸ *Idem*

⁵⁹ J.L. OCHOA MUÑOZ, "Algunas consideraciones sobre...", *op. cit.*, pp.237 y ss.

⁶⁰ *Idem*

⁶¹ D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, "Aspectos esenciales de la competencia judicial internacional en vistas de su reglamentación interamericana", en H. LLANOS MANSILLA Y E. PICAND ALBÓNICO (Ed.), *Estudios de Derecho Internacional - Libro Homenaje al Profesor Santiago Benadava*, Santiago: Librotecnia, 2008, T. II (Derecho Internacional Privado), p.119. La conexión entre una disputa y un tribunal se establece a través de los foros de competencia, que a menudo se usan para identificar la ley aplicable. No obstante, aquí la finalidad del establecimiento de la proximidad se limita a conferir competencia internacional, sin que esto implique que el Derecho aplicable a la sustancia del litigio deba necesariamente ser la *lex fori*. B. AUDIT, "Le droit international privé en quête d'universalité", *Recueil des cours de l'Académie de Droit International*, 2003, t. 305, p. 374-375. Algunos de estos criterios (también usados para determinar la ley aplicable) incluyen: domicilio, residencia, nacionalidad, localización de bienes, lugar de comisión de actos ilícitos, lugar de celebración de contratos y autonomía de la voluntad de las partes. M.M. ALBORNOZ, "Acceso a la justicia...", *op. cit.*, p. 180.

⁶² Otros interrogantes surgen en relación con el ordenamiento jurídico que debe ser aplicado al conflicto, o el reconocimiento y ejecución de sentencias, cuando sobre éstas se han pronunciado jueces estatales o árbitros que actúan fuera del territorio del Estado en que se pide el reconocimiento. Sin embargo, ambas cuestiones exceden las pretensiones del presente artículo por lo que no serán desarrolladas. R. MICHAELS, "Forthcoming", *Encyclopedia of private international law*, Edward Elgar 2017, pp. 2 y ss.

⁶³ A. MILLS, *The Confluence of Public and Private International Law*, Cambridge, 2009, p. 228.

ralmente⁶⁴. Igualmente, en relación con estos criterios, cada Estado establece los propios de una forma unilateral, o los armoniza mediante instrumentos convencionales, de alcance universal, regional o bilateral. Ya lo recoge Fernández Arroyo cuando dice, “las normas que atribuyen jurisdicción para los casos de DIPr. obligan exclusivamente a los jueces y tribunales del Estado que las elabora -cuando se trata de normas que pertenecen a la dimensión autónoma de los sistemas de DIPr. -, o de los Estados que forman parte del sistema convencional o institucional que las contiene. Esto es así porque siendo la jurisdicción una cuestión en la que está implicado el ejercicio de una de las funciones esenciales del Estado, resulta impensable que un juez pueda considerarse competente en función de lo que establezcan las normas de jurisdicción vigentes en otros Estados y no en el suyo; cosa bien distinta es que dicho juez pueda tomar en consideración las normas de jurisdicción extranjeras para modular su actividad en determinadas circunstancias, como pueden ser las que se dan cuando se presenta una demanda ante él en un supuesto en el cual un ordenamiento extranjero dispone la jurisdicción exclusiva de sus jueces y tribunales”⁶⁵. Por ende, cada legislación, bien sea de fuente interna o internacional, delimita y clasifica los foros en función de si son foros razonables o exorbitantes, cuáles son foros generales y cuáles especiales, si se encuentran ante foros exclusivos o concurrentes⁶⁶. Igualmente delimita en qué casos y ante qué circunstancias puede un Estado prorrogar su jurisdicción en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, así como regular los foros más controvertidos: *forum necessitatis* y *forum non conveniens*⁶⁷.

18. En países como España o Argentina, la competencia se limita normativamente de la siguiente forma: en España se está a lo recogido en el RBI bis, y cuando éste no sea susceptible de activarse, se estará a lo recogido en la normativa interna de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), en particular en el art. 22. En Argentina, la competencia legislativa relativa a la jurisdicción internacional por mandato del art. 75 inc. 32 de la Constitución Nacional (CN), recae en la Nación. Los criterios atributivos de dicha jurisdicción internacional se establecen por medio de leyes con vigencia en todo el territorio de la Nación, por lo que, en consecuencia, las normas de jurisdicción internacional son normas federales, dictadas por el Congreso de la Nación⁶⁸. El Derecho Internacional Privado argentino hasta la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial (CCC) en 2015 no contó con un conjunto de normas sistematizadas en un solo cuerpo normativo de alcance nacional que estableciese principios generales y reglas particulares en materia de jurisdicción internacional, cuestión que se encuentra ahora regulada en el CCC⁶⁹.

19. Justamente, es en el proceso civil internacional donde se localizan, íntimamente vinculados, los aspectos relacionados con el acceso a la justicia, de modo que, las soluciones jurídicas que se alcancen alrededor de las figuras clásicas del proceso civil internacional deben configurarse en estrecha observación de los requerimientos de la justicia, sin lo cual, se producirá una denegación de ésta. Sin entrar en profundidad, si observamos los denominados foros exorbitantes, estaríamos en presencia de un mecanismo que vulnera el derecho de acceso a la justicia (en este caso del demandado). También, la ausencia de criterios oportunos que permitan el ejercicio adecuado de la jurisdicción perjudica el derecho de acceso a la justicia de la persona que precisa de tutela judicial.

⁶⁴ J.M. ESPINAR VICENTE, *Ensayos sobre teoría general del Derecho Internacional Privado*, Madrid: Civitas, 1997, pp. 137-138, en especial. p. 153.

⁶⁵ D.P. FERNÁNDEZ ARROYO (coord.), *Derecho Internacional Privado de..., op., cit.*, p. 149 y ss. Citado por L. SCOTTI, “El acceso a la justicia...”, *op., cit.*, p. 28.

⁶⁶ El foro de necesidad y el foro exorbitante difieren en su propósito. El primero busca asegurar acceso a la justicia cuando no hay tribunal competente, mientras que el segundo se aplica sin tener en cuenta la competencia de otros tribunales. Al eliminarse los foros exorbitantes, el *forum necessitatis* puede ser una “compensación”, pero solo se basa en cuestiones procesales, mientras que la jurisdicción exorbitante depende de la nacionalidad del demandado. Sin embargo, estos instrumentos no están uniformemente protegidos y en algunos Estados no están disponibles o no son efectivos. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Rigidez versus flexibilidad en la ordenación de la competencia judicial internacional”, en V. ROJAS AMANDI (coord) *Desarrollos modernos del Derecho Internacional Privado, libro homenaje al Dr. Leonel Pereznieto Castro*, Tirant lo Blanch, 2017, págs. 229-286, en especial epígrafe 12.

⁶⁷ L. SCOTTI, “El acceso a la justicia...”, *op., cit.*, p. 27.

⁶⁸ W. GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado, op., cit.*, pp. 462-463.

⁶⁹ L. SCOTTI, “El acceso a la justicia...”, *op., cit.*, p. 28.

20. Fernández Arroyo manifiesta que pareciese darse una situación contradictoria entre el derecho de acceso a la justicia y la tendencia a limitar el ejercicio de la jurisdicción, únicamente a aquellos litigios que muestran una vinculación razonable con el foro, lo que conduce a analizar los casos según se trate de circunstancias ordinarias o donde se produzcan violaciones de derechos humanos⁷⁰. Por ello que, ante la restricción de casos susceptibles de ser enjuiciados por un órgano judicial, lo que conduciría a una denegación de justicia y por tanto una restricción del derecho humano de acceso a la justicia, es que es necesario, desde el DIPr., presentar una serie de mecanismos y herramientas en materia de competencia judicial o jurisdicción internacional, que persigan conseguir equilibrar los intereses que venimos manifestando (el interés de los individuos de que su caso sea encausado, y el interés legítimo del Estado de restringir el número de causas en las que sus tribunales resultan competentes para enjuiciarlos). Uno de ellos es el conocido como *forum necessitatis* o foro de necesidad⁷¹.

21. A grandes rasgos, el *forum necessitatis* o foro de necesidad, le otorga al juez el poder de declararse competente si se cumplen una serie de requisitos en aquellos casos en que un tribunal ha declinado su competencia⁷². Por tanto, esta flexibilidad jurisdiccional se da en aras de favorecer la defensa y consecución de derechos humanos como el acceso a la justicia y la obligación del Estado de garantizarlo, al tiempo que se conjuga con su interés legítimo de tasar los casos sometidos a su jurisdicción. Sin embargo, y debido al proceso de globalización en el que vivimos, es posible que continúe sucediendo vulneraciones de este derecho de acceso a la justicia, por ello, nociones como la efectividad, la igualdad, el derecho a la defensa y al juez natural son esenciales en la compleja concepción contemporánea del acceso a la justicia. Al valorar estas ideas en relación a las jurisdicciones internacionales, en términos de equivalencia y legitimidad, es necesario incorporar un elemento adicional de cooperación y coordinación en el ámbito global, que es igualmente importante y consustancial al acceso a la justicia⁷³. Esto quiere decir que -e independientemente de que se pueda o no activar la herramienta del foro de necesidad-, ante la ausencia de una instancia supranacional con potestad para resolver conflictos de jurisdicción o competencia entre órganos judiciales de distintos territorios, y teniendo en cuenta que las diferentes jurisdicciones nacionales que a su vez concurren lo hacen en un plano de igualdad, es necesario más que nunca el mecanismo de la cooperación internacional entre jurisdicciones.

22. En síntesis, el *forum necessitatis* reconoce que el juez pueda aceptar la competencia internacional, aunque en principio no la tenga, con el objetivo de evitar la denegación de justicia. Audit señala que esta discrecionalidad es positiva, ya que permite a las partes tener igualdad de armas en la defensa de su acción y acceder a tribunales inicialmente incompetentes⁷⁴. El foro de necesidad representa una excepción a la regla general de que los tribunales deben declararse incompetentes si su normativa de

⁷⁰ D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, “La tendance à la limitation...”, *op. cit.*, pp. 298 y ss.

⁷¹ Existen en el DIPr. otros mecanismos o herramientas susceptibles de ayudar a resolver los casos internacionales en que el acceso a la justicia afecte a los particulares. Nos estamos refiriendo a por ejemplo el *Forum non Conveniens* y los acuerdos de elección de foro. Sin embargo y debido a la extensión del trabajo, no pueden ser objeto de examen. Para un estudio relativo a éstos, véase M.M. ALBORNOZ, “Acceso a la justicia...”, *op. cit.*, pp. 182-188. Únicamente se debe destacar la afirmación de Ciuro Caldani de que la doctrina del *forum non conveniens* no puede ser utilizada por razones de justicia, ya que el funcionamiento de la norma jurisdiccional requiere el rechazo de la denegación de justicia y la intervención de un foro no conveniente, ya que son principalmente formas de plantear carencias dikelógicas que tienen una referencia “natural” aunque pueden tener una consagración positiva. El valor de la justicia exige que no se deniegue la justicia y que no se interfiera en un foro inadecuado. M.A. CIURO CALDANI, *Una nueva versión de la concepción normológica de la ciencia del Derecho Internacional Privado*, Rosario, FII, 1997, pp. 5-23. En el DIPr., la protección del acceso a la justicia conduce a prohibir el uso de foros de competencia excesivos.

⁷² S. REDFIELD, “Searching for Justice: The Use of Forum Necessitatis”, *Georgetown Journal of International Law*, 2014, vol. 45, p. 916. Esta declinación de competencia puede ser el resultado de la falta de funcionamiento de los tribunales del Estado competente, por ejemplo, en caso de guerra o de disturbios. También puede ser el resultado de una mala coordinación entre las normas jurisdiccionales de los Estados en cuestión. En estas situaciones, el derecho de acceso a un tribunal exige corregir el funcionamiento de las normas jurisdiccionales. J. BASEDOW, *4ème commission Droits de l’homme... op. cit.*, pp. 23-33.

⁷³ J.L. OCHOA MUÑOZ, “Algunas consideraciones sobre...”, *op. cit.*, pp. 237 y ss.

⁷⁴ B. AUDIT, “Le droit international privé en quête d’universalité”, *Recueil des cours de l’Académie de Droit International*, 2003, t. 305, p. 387. Y GAUDIO CARNERO, “Forum Necessitatis: una proposta de efectivacão do acesso á justiça”, en *Anais do III Congresso de Processo Civil Internacional*, vitoria, 2018, pp-445-447.

competencia no se desprende de su predeterminación legal. El tribunal se declara con competencia incluso si no está predeterminada con el objetivo de evitar una denegación de justicia⁷⁵. Por tanto, de esta figura se desprende un marcado interés por respaldar y proteger el derecho de acceso a la justicia.

3. La situación de acceso a los sistemas judiciales en relación con las empresas y los derechos humanos

23. Desde hace tiempo la literatura académica ha estudiado el déficit de gobernanza que presenta el sistema de producción económico actual, y en particular por lo que a este trabajo respecta, se ha analizado los límites -sobre todo conforme a la *lege lata*- y las posibilidades -sobre todo conforme a la *lege ferenda*- del DIPr., en especial de los Estados sedes de las empresas multinacionales para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violaciones de derechos humanos por parte de sujetos económicos privados⁷⁶.

24. Con una postura crítica general sobre la falta de respuesta de la rama jurídica en relación con los embates que la interpelan se ha apuntado su postura silenciosa en relación a los problemas reales del mundo globalizado, y su no intervención en la distribución de riqueza y poder de los actores, desentendiéndose de las injusticias que en consecuencias pueden sufrir las personas, en áreas tales como los mercados financieros, la contaminación, las deudas soberanas, la confiscación de los recursos naturales, la ayuda al desarrollo, la migración, entre otros⁷⁷.

25. El estado de la situación en el tema que nos ocupa ha llevado a ser calificado por Sales Pallarés y Marullo como “el ángulo muerto del Derecho Internacional Privado”, en el entendimiento que la ausencia de normas de *hard law* para responsabilizar a las empresas por graves ilícitos internacionales en su actuación extraterritorial a través de las cadenas de suministro impide el acceso a la justicia de las víctimas. El foro de necesidad es para las autoras una de las opciones normativas a evaluar para colmar el mencionado ángulo muerto⁷⁸.

26. Por ello, y por las posibilidades de brindar respuestas jurídicas Zamora Cabot ha destacado la función del DIPr. en la defensa y promoción de los derechos humanos, y en especial en el acceso a la justicia, lo cual lleva a integrar tal función en dos de los pilares fundamentales del DIPr., como son la competencia jurisdiccional y el Derecho aplicable⁷⁹.

27. Los estudios consultados sobre la materia se han abocado al análisis de la regulación, por un lado, de la Unión Europea y de Gran Bretaña; y de otro lado de Estados Unidos de América y Canadá. Sus resultados indican que los marcos regulatorios de los Estados calificados como *home state* no ofrecen en la interpretación actual la posibilidad de acceso a la justicia a las víctimas de violaciones de derechos humanos por parte de sujetos económicos privados que hayan acaecido en terceros Estados, y de modo general, aunque con excepciones, no habilitan el recurso al foro de necesidad para no incurrir en una denegación de justicia.

⁷⁵ N. GONZÁLEZ MARTÍN Y S. RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, *Derecho Internacional Privado – Parte General*. México: Ed. Nostra Ediciones, 2010, p. 101.

⁷⁶ Puede verse G. PALAO MORENO, “La Estrategia Europea sobre diligencia debida y “cadenas de valor”: una aproximación desde el Derecho Internacional Privado”, A. ORTEGA GIMÉNEZ, (coord.), *Estrategia Europea 2030 y sus retos sociales. Una lectura desde el Derecho Internacional Privado*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2023, pp. 45 y ss.

⁷⁷ J. L. OCHOA MUÑOZ, “Acceso transnacional a la justicia y gobernanza global (comentarios introductorios a los principios ASADIP sobre el acceso transnacional a la justicia)”, *Revista de Direito Brasileira*, Vol. 20, n° 8, 2018, p. 348.

⁷⁸ L. SALES PALLARÉS Y M. MARULLO, “El “ángulo muerto” del Derecho Internacional: las empresas transnacionales y sus cadenas de suministro”, *Persona y Derecho*, n° 78, 2018/1, pp. 261-291, en especial 289-290.

⁷⁹ F. ZAMORA CABOT, “Derecho Internacional Privado y derechos humanos: nuevas interacciones”, *Papeles el tiempo de los Derechos*, n° 4, 2021, pp. 5- 6.

28. En el caso de la UE se torna difícil la acreditación de la “conexión comunitaria”. Esta circunstancia, se vuelve especialmente compleja, en tanto, el diseño institucional del Derecho Comercial se funda en la separación de las personalidades jurídicas de las sociedades comerciales (como sucedería en el caso de las filiales o de grupos de sociedades); o en vínculos contractuales (como acontece en el supuesto de las cadenas de producción). En este marco, las normas de conflicto no brindan una respuesta jurídica que habilite la posibilidad de litigación en los Estados sedes de las empresas multinacionales. De este modo, las técnicas de conflicto no dan cuenta de un control social que equipare el poder y la esfera de influencia de los actores económicos⁸⁰.

29. En tanto, en Estados Unidos la vía de acceso se daba por la *Alien Tort Statute*. No obstante, las interpretaciones jurisprudenciales vigentes no harían viable para el supuesto en estudio, el acceso a la justicia por esta vía⁸¹.

30. Un análisis de esta situación ha resultado en la aguda crítica con relación a cómo se diseñan las técnicas del DIPr. destacándose la posibilidad del uso de las reglas de jurisdicción y conflicto de leyes como posibilidades de control social en la conducta estatal y de los particulares. De esta manera, los actores no estatales podrían verse forzados a realizar un “aterrizaje jurisdiccional” ampliando su responsabilidad social y ambiental para que coincida con su esfera de influencia⁸².

31. Por ello, en este contexto el recurso al foro de necesidad aparece como la *ultima ratio* para habilitar la jurisdicción, cuando en caso de no hacerlo, lo mismo implique una denegación de justicia. El Instituto de Derecho Internacional en su resolución ya mencionada del año 2021 relativo a los derechos humanos y el Derecho Internacional Privado, ha tenido presente también la conveniencia del foro de necesidad en su artículo 4°.

32. Las últimas propuestas normativas, tanto a nivel internacional como es el caso del Tercer Borrador sobre la propuesta de Tratado sobre derechos humanos y empresas; como a nivel regional en el ámbito de la Unión Europea en torno al establecimiento de la obligación de debida diligencia con la Resolución del Parlamento y la propuesta de Directiva sobre debida diligencia de las empresas en materia de sostenibilidad, volvieron a abrir el debate sobre la necesidad y utilidad del *foro necessitatis* para

⁸⁰ M. REQUEJO ISIDRO, “La responsabilidad de las empresas por violación de derechos humanos deficiencias del marco legal”, *Scientia Juris*, 2011, pp. 10-44. G. SKINNER, (et. al.), *The third Pillar: Access to Judicial Remedies for Human Rights Violations by Transnational Business*, ICAR, CORE, ECCJ, 2013. M. ÁLVAREZ TORNÉ, “El Derecho Internacional Privado ante las vulneraciones de derechos humanos cometidos por empresas y respuestas en la UE”, *REDI*, Vol. LXV/2, 2013, pp. 157-190. M. GOLDBABER, “Corporate Human Rights Litigation in Non-US Courts: A Comparative Scorecard”, *UC Irvine Law Review*, n° 127, Vol. 3 (1), pp. 127-149. F. ZAMORA CABOT, “Las empresas multinacionales y su responsabilidad en materia de derechos humanos: una visión de conjunto”, *Papeles el tiempo de los derechos*, n° 6, 2013, pp. 1-23. M. FONT MÁS, “Los obstáculos de una demanda civil de responsabilidad transnacional por violación de derechos humanos: desde la perspectiva del titular del derecho”, *Empresas y derechos humanos, Cuadernos Europeos de Deusto*, n° 63, 2020, pp. 113-152. M. REQUEJO ISIDRO, “Empresas y derechos humanos: el “tercer pilar” desde la Unión Europea”, en A. SALINAS DE FRÍAS/ E. MARTÍNEZ PÉREZ, (dir.), “La Unión Europea y la protección de los derechos fundamentales”, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 61-90. En Reino Unido: F. ZAMORA CABOT, “Imperio de la ley y acceso a la justicia en algunas recientes y claves decisiones de la jurisdicción británica”, *Papeles el tiempo de los derechos*, n° 3, 2017; pp. 1-20; F. ZAMORA CABOT, “Acceso a la justicia y empresas y derechos humanos: importante decisión del Tribunal Supremo del Reino Unido en el caso Vedanta v. Lungowe”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, 2020, n° 63, pp. 33-56. Situación en Canadá: F. ZAMORA CABOT/ M. MARULLO, “Empresas Multinacionales y DDHH: ¿Hacia el fin de la impunidad? Apuntes a la decisión del Tribunal Supremo canadiense en Nevsun Resources Ltd. v. Araya”, *Papeles el tiempo de los derechos*, n° 20, 2020, pp. 1-15.

⁸¹ Puede verse recientemente F. ZAMORA CABOT, “El caso Doe vs. Nestlé ante el Tribunal Supremo de Estado Unidos ¿culmina el largo adiós del Alien Tort Statute?”, en A. PIGRAU SOLÉ, et. al. (dir.), *La comunidad internacional ante el desafío de los objetivos de Desarrollo Sostenible*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2023, pp. 371-392.

⁸² H. MUIR WATT, *Private International Law as Global Governance: Beyond the Schism, from Closet to Planet*, p. 50. R. WAL, “Transnational Lifftoff And Juridical Touchdown: The Regulatory Function of Private International Law in an Era of Globalization”, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 40, 2002, pp. 265-268, citados en J.L. OCHOA MUÑOZ, “Acceso transnacional a la...”, *op., cit.*, p. 349.

el acceso a la justicia⁸³. En este sentido, queremos aludir al análisis de ambas, en tanto vuelven a poner en agenda de discusión las posibilidades de regulación del foro de necesidad, cuyo estado de situación vigente desarrollaremos en el punto III de este trabajo.

33. El Tratado Internacional sobre empresas y derechos humanos: como se mencionó, en el año 2014 las delegaciones de Ecuador y Sudáfrica impulsaron una resolución en el Consejo de Derechos Humanos con la finalidad de crear un proceso intergubernamental de negociación para adoptar un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos. Como señala Cantú Rivera, entre otros propósitos, buscaban cubrir la laguna en el derecho internacional de los derechos humanos. Para el autor, una fuente vinculante en la materia puede contribuir de un lado, a visibilizar los mecanismos de derecho estatal disponibles; y de otra, a reforzar las estructuras normativas que habiliten o faciliten el acceso a la reparación cuando se trate de casos transnacionales⁸⁴.

34. Debemos señalar que la posición asumida por la Unión Europea es de mantenerse al margen de la negociación. Como relata Fernández Liesa el Consejo de la Unión Europea no ha adoptado una decisión de apertura de negociaciones, ni unas directrices de negociación, ni ha designado un negociador⁸⁵. No obstante, llama la atención Cantú Rivera sobre cómo, a partir de 2014 –con la adopción de la resolución 26/9 –, el interés de la Unión Europea por impulsar la implementación de los Principios Rectores en lugar de negociar un instrumento internacional se vio acompañado de un aumento en la adopción de Planes de Acción Nacional en Europa⁸⁶, y recientemente de la posición favorable a regular la debida diligencia de las empresas con carácter general – y no sectorial-, como ya había sucedido con las regulaciones de la madera en el año 2010 y de minerales en el año 2017⁸⁷.

35. La tercera revisión del Tratado contiene la siguiente regulación sobre el foro de necesidad:

“Art. 9.5. Courts shall have jurisdiction over claims against legal or natural persons not domiciled in the territory of the forum State if no other effective forum guaranteeing a fair judicial process is available and there is a connection to the State Party concerned as follow:

- a. the present of the claimant on the territory of the forum;
- b. the present of the assets of the defendant; or
- c. a substantial activity of the defendant”⁸⁸.

36. Zamora Cabot valora positivamente la regulación propuesta del *forum necessitatis*, destacando la forma de llevarla a cabo, al exigirse la existencia de un vínculo con el foro que va a adquirir la competencia respecto de personas físicas y jurídicas no domiciliadas en su territorio, siempre que no

⁸³ Sobre el foro de necesidad en relación con la actuación de las empresas multinacionales y la reparación civil, puede verse, entre muchos M. MARULLO, “La lucha contra la impunidad: el *forum necessitatis*”, *Indret*, 3/2015, pp. 1-47. I. DEL TORO HUERTA, “La jurisdicción universal en materia civil y el deber de reparación por violaciones graves a los derechos humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. VII, 2007, pp. 315-349.

⁸⁴ H. CANTÚ RIVERA, “El proceso hacia un tratado internacional en materia de empresas y derechos humanos: reflexiones sobre sus causas y efectos”, en H. CANTÚ RIVERA, (coord.), *El tratado sobre las empresas y los derechos humanos. Perspectivas latinoamericanas*, Tirant Lo Blanch: México, 2022, pp. 39- 56-59.

⁸⁵ C. FERNÁNDEZ LIESA, “La debida diligencia de las empresas y los derechos humanos: hacia una ley española”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 14, n° 2, 2022, p. 438.

⁸⁶ H. CANTÚ RIVERA, “El proceso hacia...”, *op. cit.*, p. 60.

⁸⁷ Reglamento (UE) n° 995/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, por el que se establecen las obligaciones de los agentes que comercializan madera y productos de la madera, DOUE L. 295/23, 12 de noviembre de 2010 y Reglamento (UE) 2017/821 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017, por el que se establecen las obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de suministro por lo que respecta a los importadores de la Unión de estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y oro originarios de zonas de conflicto o de alto riesgo, DOUE L. 130/1, 19 de mayo de 2017.

⁸⁸ Disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G23/008/93/PDF/G2300893.pdf?OpenElement>. Como puede observarse la redacción tiene reservas de Palestina, Brasil y China.

exista otro que permita garantizar un juicio justo⁸⁹. La tercera versión incorpora así criterios indicadores de “conexión suficiente”, cuestión que había sido señalada como necesaria, a efectos de delimitar el ámbito de interpretación del juez del foro, la cual podría resultar en una aplicación restrictiva⁹⁰.

37. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad⁹¹: la Propuesta de Directiva se inscribe en el contexto *ut supra* referenciado con relación a la iniciativa de discusión sobre el Tratado Internacional, esto es, a la negativa a formar parte de este proceso; pero al mismo tiempo, promocionando diversas acciones políticas y legislativas en consonancia con el deber del Estado de proteger, la obligación de las empresas de respetar; y el acceso a los mecanismos de reparación planteados por los Principios Rectores de Naciones Unidas. A esto se suma, que algunos Estados de la Unión Europea aprobaron legislaciones nacionales sobre el deber de vigilancia de las empresas, como los casos de Francia y Alemania, o de Países Bajos con relación al trabajo infantil. Este contexto de creación normativa ha generado que desde la Unión Europea se valore como necesario regular la materia, en pos de asegurar también condiciones equitativas de mercado⁹².

38. La primera propuesta fue dada por el Parlamento Europeo en marzo de 2021 a través de la Propuesta sobre debida diligencia de las empresas y responsabilidad corporativa, y en febrero del año 2022 tuvo lugar la propuesta de Directiva de la Comisión, la cual sigue en curso de discusión⁹³. En lo que a este trabajo respecta, es decir, el acceso a la justicia, y en particular el foro de necesidad como último recurso a tal fin, ha tenido un tratamiento inexistente en la propuesta de Directiva de la Comisión, pero sí había sido considerado por las Recomendaciones de la Propuesta del Parlamento.

39. En este aspecto, la propuesta de Directiva de la Comisión ha recibido críticas por no realizar mención alguna con relación a la jurisdicción y el derecho aplicable⁹⁴. Como es sabido, el texto normativo se decanta por el establecimiento de una norma imperativa, pero deja dudas interpretativas, o más bien, lagunas que harían necesaria su integración⁹⁵. Como fue mencionado *ut supra* con fecha 1 de junio se han aprobado las Enmiendas por el Parlamento Europeo sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad⁹⁶. En el instrumento no se incluye ninguna consideración en relación al artículo 22 apartado 5°.

40. Por el contrario, las Recomendaciones de la propuesta del Parlamento incluían proposiciones para la modificación de la competencia judicial, incorporando así el foro de necesidad⁹⁷. Esta medida, ha sido recomendada también por diversos estudios de especialistas. Así, la Recomendación del

⁸⁹ F. ZAMORA CABOT, “Derecho Internacional Privado y...”, *op. cit.*, p. 8.

⁹⁰ Esto ha sido señalado en C. BRIGHT, (*et. al.*), “Private International Law Aspects of the Second Revised Draft of the legally binding instrument on business and human rights”, *NIPR*, 2021 (1), pp. 35-52.

⁹¹ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937, [COM (2022) 71 final, 23 de febrero de 2022].

⁹² Sobre la propuesta de Directiva puede verse A. GUAMÁN HERNÁNDEZ, y J. TOLE MARTÍNEZ, “Iniciativas Legislativas y Leyes de debida diligencia empresarial en derechos humanos: visiones del Sur y experiencias del Norte”, *Anuario Mexicano de Asuntos Globales*, Vol. 1, n° 1, 2022, pp. 299-328.

⁹³ Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de marzo de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa (2020/2129 (INL)).

⁹⁴ Como valora Palao Moreno con la propuesta de Directiva se mantienen los límites y obstáculos del sistema de DIPr. europeo vigente. G. PALAO MORENO, “Hacia una regulación europea en materia de diligencia debida de las cadenas de valor empresariales: retos que suscita al Derecho Internacional Privado”, en M. MARULLO; L. SALES PALLARÉS, y F. ZAMORA CABOT, (dir.), *Empresas transnacionales, derechos humanos y cadenas de valor: nuevos desafíos*, A Coruña: Colex, 2023, p. 53.

⁹⁵ En el artículo 22.5 se establece “Los Estados miembros velarán porque la responsabilidad establecida en las normas de derecho nacional que traspongan el presente artículo sea de aplicación imperativa y prevalente en aquellos casos en los que la ley aplicable a las denuncias correspondientes no sea la de un Estado miembro”.

⁹⁶ No podemos profundizar en la misma atento a su reciente publicación y la fecha de envío de este trabajo.

⁹⁷ Recomendaciones para la elaboración de un reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I). Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/a-9-2021-0018_es.html

Comité de Ministros a los Estados miembros sobre los derechos humanos y las empresas del año 2016 encomendaba⁹⁸: “Cuando las empresas comerciales no estén domiciliadas dentro de su jurisdicción, los Estados miembros deberían considerar permitir a sus tribunales nacionales ejercer la jurisdicción en relación con las demandas civiles sobre los abusos de los derechos humanos relacionados con estas empresas, de no existir ningún otro foro que garantice un juicio justo (*forum necessitatis*) y si hay una conexión suficientemente vinculante con el Estado miembro relacionado”

41. Asimismo, el Informe de *European Coalition for Corporate Justice* destacaba la conveniencia de la Reforma del RBI para permitir que los tribunales puedan: a) conocer de un litigio cuando no exista un foro alternativo disponible que garantice el derecho a un juicio justo⁹⁹.

42. Como apunta Durán Ayago la propuesta del Parlamento se proponía introducir dos modificaciones a las normas de competencia internacional: añadir un nuevo apartado al artículo 8º y agregar el artículo 26 bis, permitiendo el foro de necesidad¹⁰⁰. Este estaría condicionado a dos elementos: por un lado, un riesgo de denegación de justicia en el tercer país donde se haya cometido la transgresión a los derechos humanos; y de otro lado, una conexión lo suficientemente estrecha con el Estado miembro en cuestión. La autora se cuestiona si no constituye un elemento suficiente de conexión el hecho que la empresa que ha causado el daño forme parte de una cadena de suministro de una empresa que está domiciliada en la Unión Europea¹⁰¹.

III. El *forum necessitatis* en Europa y Latinoamérica

43. En la esfera internacional, la figura del foro de necesidad se formula de manera general si se la compara con la regulación que adquiere a nivel regional o nacional, donde a dicho mecanismo se le considera como algo excepcional, además de exigirse un vínculo suficiente entre el litigio y el foro¹⁰².

1. La dimensión europea del *forum necessitatis*

44. En efecto, en el contexto europeo, esta herramienta ha ido institucionalizando el derecho humano del acceso a la justicia¹⁰³. Tras el tratado de Ámsterdam, se buscó crear una “genuina área de

⁹⁸ Recomendación CM/Rec (2016) del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre los Derechos Humanos y las empresas, 2/3/2016.

⁹⁹ EUROPEAN COALITION FOR CORPORATE JUSTICE (ECCJ) (2021). *Demandando a Goliath. Recomendaciones para mejorar el acceso a la justicia de las víctimas de abusos contra los derechos humanos y daños medioambientales en las operaciones y cadenas de valor globales de las empresas*, Madrid, [versión reducida, adaptada y traducida al castellano del informe ‘Suing Goliath’]. Recuperado de <https://corporatejustice.org/publications/suing-goliath>, p. 7.

¹⁰⁰ *Artículo 26 bis*. Por lo que respecta a las demandas civiles de índole mercantil sobre violaciones de los derechos humanos en la cadena de valor de una sociedad domiciliada en la Unión o que opera en la Unión dentro del ámbito de aplicación de la Directiva xxx/xxxx sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa, cuando ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro posea competencia judicial en virtud del presente Reglamento, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro podrán, excepcionalmente, conocer del asunto si el derecho a un juicio justo o el derecho de acceso a la justicia así lo exigen, en particular: a) si no pudiere razonablemente incoarse o desarrollarse a cabo una acción o resultare imposible en un tercer Estado con el cual el litigio guarda estrecha conexión; o b) si una resolución dictada sobre la demanda en un tercer Estado no pudiere ser objeto de reconocimiento y ejecución en el Estado miembro del tribunal al que se hubiere interpuesto la demanda conforme a la ley de ese Estado y dicho reconocimiento y dicha ejecución fueren necesarios para garantizar el respeto de los derechos del demandante; y el litigio guardare una conexión suficiente con el Estado miembro del tribunal que vaya a conocer sobre él.

¹⁰¹ A. DURÁN AYAGO, “Derechos humanos, diligencia debida y sostenibilidad empresarial: implicaciones para el Derecho Internacional Privado europeo a propósito de una propuesta de Directiva en el aire”, *Anuario español de Derecho Internacional Privado*, t. XXII, 2022, p. 344 y 346. G. PALAO MORENO, “Hacia una regulación...”, *op. cit.*, p. 63 y ss. Remarca el autor que la propuesta de modificación se previó en la propuesta inicial de Directiva de 2020 y de febrero de 2021, pero que desaparecen en la posterior de marzo de ese mismo año.

¹⁰² D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, “Compétence exclusive...”, *op. cit.*, t. 323, pp. 9 y ss. D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, “La tendance à la limitation...”, *op. cit.*, p.302.

¹⁰³ H. HELEN ELIZABETH, “Institutionalizing Justice in the Europe Union”, *Journal of International Law and Business*, Northwestern School of Law, n° 2000, pp. 132 y ss.

justicia” en Europa que permitiera el acceso a los sistemas judiciales de la misma manera que en la jurisdicción nacional¹⁰⁴. Para ello, se propuso crear un mecanismo normativo común basado en los distintos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y en el derecho comunitario, que regulara el proceso civil internacional. Por ello, las materias reguladas por el Convenio de Bruselas de 1968 pasaron a formar parte de las políticas comunitarias, con arreglo al artículo 61, letra c), y al artículo 65, del Tratado CE¹⁰⁵. Como consecuencia de esto, el Convenio de Bruselas de 1968 se convirtió en un Reglamento, a saber, el Reglamento (CE) n° 44/2001 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (RBI), que establece normas como el acceso a la información pública en materia de justicia, la promoción de medios alternativos de solución de controversias y la creación de procedimientos comunes en materia de protección al consumidor y demandas transfronterizas. Además, se establecieron mecanismos para que las personas sin recursos pudieran acceder a los tribunales sin costo alguno. Estas normas también constituían un sistema de mínimos a partir del cual varios países europeos realizaron mejoras en sus sistemas nacionales para mejorar y modernizar los tribunales y sus procesos¹⁰⁶.

45. Sin embargo y a pesar de los esfuerzos, el proceso de unificación de normas relativas al proceso civil internacional continúa inacabado debido a la coexistencia de diversos sistemas judiciales en Europa. Esto es especialmente significativo en el caso que nos ocupa, porque si bien se admite el *forum necessitatis* en las normas generales relativas al DIPr., queda fuera del régimen general contenido en Bruselas I (si bien con el Reglamento original 44/2001 se podían alcanzar soluciones que perseguían el objetivo similar de evitar la denegación de justicia). Así, de un lado, los conflictos de competencia positiva entre los tribunales de los Estados miembros fueron resueltos por el propio Reglamento, ya que sus normas sobre litispendencia y conexidad se aplicaron con independencia de que los tribunales en cuestión fundamentaran su competencia en normas nacionales, consuetudinarias o comunitarias¹⁰⁷.

46. Por otra parte, los conflictos jurisdiccionales negativos también encontraron solución a partir de los principios básicos de los Estados miembros e incluso de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión. Los tribunales de la UE podrían ampliar su jurisdicción si el solicitante no podía activar la jurisdicción de otro país (tercer Estado o Estado miembro), siempre que tuviera una relación suficiente con la UE. Lo que nada impediría que en el futuro se expresara de forma explícita el foro de necesidad, ya que el problema fue reconocido en la revisión del Reglamento 44/2001 y otras normas sectoriales¹⁰⁸.

47. El argumento a favor de incluir ese “foro de necesidad” se basó en lo que recogió el art. 6.1. del CEDH con relación a un proceso equitativo, conllevando en consecuencia a evitar una denegación de justicia y a eliminar los nada bien vistos foros exorbitantes frente a aquellos domiciliados fuera de la UE. Además, debido a la multiplicidad de ordenamientos jurídicos nacionales relativos a las empre-

¹⁰⁴ Conclusiones de la presidencia del Consejo de Europa en Tampere. Boletín de la Unión Europea, 10-1999, pp. I.1- I.16.

¹⁰⁵ Comisión de las Comunidades Europeas, “Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la conclusión, en nombre de la Comunidad, del Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil”, [COM(2008) 116 final, 29/02/2008], disponible en: EN (europa.eu). Último acceso, 12/06/2023.

¹⁰⁶ Italia, Alemania, Francia, Inglaterra y Suecia, Proyecto Florencia para el Acceso a la Justicia, tomo I Access to Justice: A World Survey (compiladores Cappelletti y Garth), Leyden y Milán, Sijthoff y Guiffre, 1975. Dicho tomo contiene 23 informes nacionales, citado por L. ORTIZ AHLF, “El derecho de acceso...”, *op. cit.*, p. 421.

¹⁰⁷ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Rigidez versus flexibilidad” ..., *op. cit.*, epígrafe 14.

¹⁰⁸ Así en materia de alimentos y sucesiones, este problema de inexactitud se resolvió, incorporando cláusulas específicas del foro de necesidad. Por ejemplo, ver el reglamento de alimentos de 2009 (art.7). Reglamento del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (DO 2009, L 7, p. 1). Igualmente ver las conclusiones del Abogado General M. Campos Sánchez-Bordona presentadas el 18 de junio de 2020, en el *Asunto C-540/19 WV contra Landkreis Harburg*. El *forum necessitatis* fue incluido en el “Libro Verde sobre la revisión del Reglamento (CE) n° 44/2001”. La Propuesta de la Comisión consideró que era oportuno crear nuevos criterios de competencia para los litigios en los que estén implicados demandados de un tercer país, incluyendo el foro de necesidad a través de una cláusula abierta en el art. 26. Esta solución fue criticada por exigir conexión entre litigio y el foro con relación a un Estado miembro y no de la UE en su conjunto, lo que llevó a que su inclusión se postergara para una próxima revisión del Reglamento. *Ibidem*, epígrafe 14.

sas europeas, parecía apropiado ofrecer a las transacciones con nacionales de terceros países el mismo acceso a la protección jurídica que tendrían si tuvieran su sede en la UE¹⁰⁹. Como resultado surgió el actual RBI bis¹¹⁰. Con todo, y a pesar de adoptar las modificaciones efectuadas al reglamento 44/2001, sin embargo, no se aceptaron las relativas a la propuesta de adopción del art. 26 donde se recogería el foro de necesidad¹¹¹.

48. El Parlamento Europeo discutió ampliar el poder de los tribunales europeos para sancionar violaciones de derechos fundamentales en cualquier lugar del mundo, incluso para empresas no europeas¹¹², pero la propuesta fue rechazada¹¹³. En 2009, se propuso ampliar el RBI de 2001 para cubrir las demandas contra filiales extranjeras de empresas matrices europeas. A pesar de la oposición de algún país como Holanda¹¹⁴, esta idea recibió apoyo internacional, incluyendo la del Comité de Derechos Humanos de la ONU, que supervisa el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual instó a los Estados miembros a proteger a las víctimas de actividades comerciales en el extranjero. Algunos expertos también apoyaron la idea de una competencia territorial más amplia para los tribunales europeos en casos de violaciones de derechos humanos cometidas por filiales en terceros Estados¹¹⁵. Inclusive, sectores doctrinales acompañaron esta propuesta.

49. Así, por ejemplo, Muir Watt reclamaba ya la introducción de un mayor ámbito territorial de competencia para los tribunales europeos: “La UE necesita una competencia específica para garantizar

¹⁰⁹ Pero también se encontraron dificultades políticas en el sentido de que era necesaria la creación de algún tipo de foro contra los demandados domiciliados en terceros países, lo que significaría que los demandantes tendrían prioridad en los tribunales de la UE. Del mismo modo, se planteó la cuestión de si una decisión dictada por un tribunal nacional puede ser reconocida y ejecutada en el país de origen del demandado. U. MAGNUS Y P. MANKOWSKI, “Joint Response to the Green Paper on the Review of the Brussels I Regulation”, ap. 2.4.3 [http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0002/] citado por *Ibidem*, epígrafe 15.

¹¹⁰ El Reglamento tiene por objeto promover la libre circulación de resoluciones judiciales en la Unión y crear el mayor grado posible de seguridad jurídica. P. JENARD, “Informe sobre el Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil firmado en Bruselas” (27 de septiembre de 1968, Diario Oficial C 59 de 5 de marzo de 1979) http://aei.pitt.edu/1465/1/commercial_reportjenard_C59_7_9.pdt consultado en diciembre de 2022. A grandes rasgos, deben cumplirse tres condiciones para que se aplique el Reglamento: se aplica a litigios civiles y mercantiles, con condiciones acumulativas de materia, ámbito temporal y domicilio del demandado. Se aplica desde el 10 de enero de 2015. Si el demandado no está domiciliado en un Estado miembro, se aplicarán las normas jurisdiccionales nacionales. Si el demandado está domiciliado en un Estado miembro, se aplicará el Reglamento. Los tribunales europeos solo pueden considerar los criterios de competencia del texto normativo. El artículo 8 permite la acumulación de procedimientos entre una sociedad matriz y filial si los demandados están domiciliados en un Estado miembro de la UE. El Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) ha indicado que deben cumplirse dos condiciones para acumular demandas contra dos demandados: no demandar a la sociedad matriz solo para llevar a la filial ante tribunales europeos y existir una relación previa entre los demandados. Ver Asunto C-26/91, *Handte/TMCS*, Rec. 1992, p. 1-1; asunto C-145/10, *Fainer/Standard Berlags GmbH*, Rec. 2011, p. 1-12533, y el asunto C-616/10, *Solvay SA/Honeywell Fluorine Products Europe BV*, Rec. 2012, p. 1-12533. Véase V. SORIANO Y F. J. GARCIMARTIN ALFEREZ, *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, Civitas, 2007, pp. 214-215. Citados por A. MICHOU, “Of Rights and Men...”, *op. cit.*, pp. 7-34. Algunos Estados Miembro permiten acumular casos contra demandados dentro y fuera de la UE, incluso si no se aplica el Reglamento. España reformó en 2015 para permitir la acumulación de casos contra demandados extranjeros si uno está domiciliado en España y las demandas están conectadas. El RBI bis también tiene motivos de competencia adicionales en casos excepcionales. El artículo 7(2) permite que los tribunales en el Estado donde ocurrió el daño tengan competencia. No está claro cómo se aplica a la responsabilidad de las empresas, pero podría permitir que los tribunales juzguen a empresas europeas que controlan sus filiales en el extranjero, asegurando la responsabilidad empresarial y la claridad entre matriz y filial. *Ibidem*, 11-19.

¹¹¹ Ni siquiera se recogía de forma más o menos atenuada, como proponía la propuesta del art. 26. P. DE MIGUEL ASENSIO, “El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones”, *Diario La Ley*, nº 8012, 31 de enero de 2013, p. 12.

¹¹² Parlamento Europeo, “Resolución sobre la responsabilidad social de las empresas en los acuerdos comerciales internacionales” A7-03 I 7/2010, 2010.

¹¹³ P. ETIENNE, “Les règles de compétences juridictionnelles en Europe et le rôle du juge à l’épreuve des violations des droits sociaux” en M.-A. MOREAU (ed.), *Justice et mondialisation du droit du travail*, Dalloz, 2010, citado por A. MICHOU, “Of Rights and Men ...”, *op. cit.*, pp. 7-34.

¹¹⁴ *Advies onderwerp-Verordening Brussel I COM (5689654/11/6) (2010) 748.*

¹¹⁵ Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Alemania, (CCPR/C/DEU/CO/6, 2012).

que se pueda invocar la responsabilidad de las empresas cuya sede se encuentra fuera de un Estado miembro, en casos de violaciones de los derechos humanos cometidas por sus filiales en terceros Estados, a menudo Estados en vías de desarrollo, donde no están sujetos a normas estrictas¹¹⁶. En su revisión de la doctrina del *forum necessitatis* en todo el mundo, Chilenye Nwapi concluyó que la aplicación de la doctrina requiere generalmente la existencia de cuatro condiciones acumulativas: a) debe haber una ausencia de jurisdicción en el foro que conoce del asunto; b) debe existir alguna conexión con ese foro, pero debe ser imposible entablar un procedimiento en el foro extranjero competente; c) debe ser razonable exigir al demandante que inicie el procedimiento en el foro extranjero; e) debe haber una ausencia de acceso a un juicio justo en el foro extranjero¹¹⁷.

50. También El Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado (EGPIL), siguiendo la misma idea, consideró que sería deseable evitar la creación de una cierta impunidad para las empresas privadas en cuanto se supere el ámbito geográfico de aplicación del RBI¹¹⁸. En el transcurso de la revisión de 2009 del RBI, la Comisión Europea propuso la inclusión de una norma de *forum necessitatis*. El nuevo artículo 26 del RBI refundido proponía la adopción de un criterio de competencia excepcional, en virtud del cual los tribunales nacionales europeos podrían, a pesar de no existir ningún criterio de competencia aplicable, conocer de un asunto si “el derecho a un proceso equitativo o el derecho de acceso a la justicia así lo exigen” (en particular, en los casos en que el asunto no pudiera ser razonablemente juzgado en un tercer Estado en el que la demanda esté más estrechamente vinculada)¹¹⁹. Lamentablemente, las reformas propuestas del Reglamento RBI para facilitar el acceso a la justicia en casos de ilícitos cometidos por empresas en países no pertenecientes a la UE no han logrado reunir el apoyo suficiente hasta la fecha¹²⁰. Por lo que, como ya mencionamos anteriormente, en el RBI bis, no es posible encontrar recogido el foro de necesidad.

51. La exclusión del foro general de necesidad puede mostrar que los países no quieren ponerse de acuerdo sobre reglas demasiado amplias; o quizás, que reina una excesiva prudencia ante este tipo de foro. Quizás, precisamente, existe una excesiva precaución ante el foro de necesidad, porque, su aplicación por los jueces nacionales, podría tener el riesgo de dar entrada a la figura del *forum shopping*, dado que sería de aplicación discrecional por los jueces. A pesar de este varapalo, esto no impide la posibilidad de determinar el interés relevante del tercer país¹²¹. Aunque existe el riesgo de que los tribunales de un tercer Estado en cuestión no se consideren competentes, el foro de necesidad continúa mostrando su razón de ser¹²². Cumple el derecho humano de acceso a la justicia y se basa en los principios generales

¹¹⁶ A. MICHOU, “Of Rights and Men ...”, *op. cit.*, p. 24.

¹¹⁷ C. NWAPI, “Jurisdiction by Necessity and the Regulation of the International and European Law Transnational Corporate Actor”, *Utrecht Journal of International and European Law*, 24, 2014, p. 40.

¹¹⁸ Informe de las sesiones de trabajo del Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado (GEDIP), Dix-huitième reunion, Bergen 19-21 septembre 2008, point 9, consultado el 07/12/ 2022.

¹¹⁹ La Comisión Europea propuso dos condiciones para establecer el *forum necessitatis*: suficientes vínculos y riesgo de denegación de justicia en otro Estado. Pero se rechazó el artículo 26 y el ámbito universal del Reglamento. Comisión Europea “Libro Verde sobre la revisión del Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil” COM (2009) 175 final (21 de abril de 2009); Comisión, “Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil” COM (2010) 748 final (14 de diciembre de 2010). Véase también C. KESSEDIAN, “Commentaire de la refonte du règlement n° 44/2001 l” 47, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 2011 1,1; J. WEBER, ‘Universal Jurisdiction and Third States in the Reform of the Brussels I Regulation’, *Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, 75(3), 2011, pp. 619, 636-637. Comisión, “Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, Refundición 2010/0383 (COD); todos citados por A. MICHOU, “Of Rights and Men...”, *op. cit.*, p. 24 y ss.

¹²⁰ En 2012, la Asociación de Derecho Internacional -una ONG- sugirió la inclusión de una norma *forum necessitatis* en la reforma del RBI para evitar la denegación de justicia en casos sin motivo objetivo de competencia. Aunque la ONG expresó su apoyo a la idea, actualmente y hasta la fecha, no se ha discutido la introducción de una norma de jurisdicción universal, que afectaría al vigente RBI bis. Asociación de Derecho Internacional, Informe de la Septuagésima Quinta Conferencia (2012) 363, citado por *Ibidem*, 25.

¹²¹ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Rigidez versus flexibilidad...”, *op. cit.*, pp. 229-286, en especial epígrafe 15.

¹²² A.L. CALVO CARAVACA, Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, 10ª ed., vol. I, Granada: Comares,

del Derecho Internacional en materia de derechos humanos¹²³. En Europa, esto se ve como una aplicación del art. 6.1 del CEDH, que prohíbe normas de competencia judicial que conduzcan a la denegación de justicia o a una falta de tutela judicial efectiva¹²⁴. De hecho, el *forum necessitatis* sigue aplicándose como criterio de competencia en varios Estados miembros de la UE, ya sea sobre una base legal o en la jurisprudencia¹²⁵. Los órganos judiciales pueden asumir una “competencia de acogida” para evitar la indefensión de los individuos, siempre que se reúnan ciertos requisitos. En consecuencia, aquellos procesos internacionales que no presentan un vínculo claro con el foro pueden ser atraídos por éste, otorgándole la “necesaria” protección jurisdiccional¹²⁶. Esto no condiciona el resultado final del proceso.

2. Regulación nacional: España

52. Descendiendo al orden nacional, si tomamos como comparación la situación de los Estados miembros de la UE, el punto de partida es recordar que las reglas de competencia internas son generalmente más extensas que las reglas uniformes de la legislación de la UE, especialmente en relación con la inclusión de foros desleales (exorbitantes), que aún no han sido abolidos y tienen un impacto directo en el alcance del *forum necessitatis* en los sistemas que mantienen este tipo de foros¹²⁷. Ahora bien, la inclusión del foro de necesidad en los sistemas internos de DIPr. se ha generalizado, tal y como recoge el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aunque su alcance varíe considerablemente desde una concepción amplia, donde la falta de foro disponible en el extranjero es fuente de una especie de jurisdicción universal, hasta una construcción que prescribe la consecución de una serie de requisitos, o la existencia de “vínculos estrechos” con el Estado¹²⁸. Esta falta de criterios comunes entre los distintos ordenamientos jurídicos nacionales compromete la perspectiva de adoptar un único enfoque armonizado que pueda aplicarse a nivel europeo. La propia naturaleza del foro de necesidad desaconseja exigir el vínculo entre

2009, p. 132. A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “Dimensión externa del Derecho procesal europeo”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. IX, 2009, pp. 97–114, en especial, p. 104. Citados por *Idem*.

¹²³ Cuestión distinta es si las normas internacionales, comunitarias y nacionales sobre el foro de necesidad son expresiones o constituyen un principio general de Derecho. G. GAJA, “General Principles of Law”, *Max Planck Encyclopedia of Public international law*, Oxford University Press, 2008. Esta cuestión debería responderse afirmativamente, puesto que evitar la denegación de justicia es un principio general de Derecho, y el foro de necesidad pretende evitar la denegación de justicia, los primeros deben tener la misma naturaleza jurídica que los segundos. Por otra parte, aunque el *forum necessitatis* amplía la regla de evitar la denegación de justicia, incluyendo a ciudadanos y extranjeros, esto no cambia nuestra conclusión. Este foro también previene la discriminación en el acceso a los tribunales, y ambos, prevención en la discriminación, y el acceso a los tribunales son un derecho humano fundamental, y, como tales, constituyen principios generales de Derecho. *Ibidem*, epígrafe 13.

¹²⁴ En el tráfico privado externo, la denegación de justicia puede ocurrir por la falta de tribunales disponibles o la mala coordinación entre normas internacionales, por ejemplo, en caso de guerra o de revueltas. En Italia, la Sentencia de la Corte di cassazione Sezioni Unite n° 19595 de 2008 declaró la jurisdicción italiana a partir de la admisión del *forum necessitatis* con referencia al art. 6° CEDH en un caso que no cumplía con los requisitos legales para ser conocido por los tribunales italianos y tampoco para ser conocido por otros tribunales extranjeros. *Diritto marittimo*, 2009, p. 144. G. ROSSOLILLO, “Forum necessitatis e flessibilità dei criteri di giurisdizione nel diritto internazionale privato nazionale e dell’Unione Europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, n° 1, 2010, pp. 404-418, esp. p. 405. Citado por *Ibidem*, epígrafe 13.

¹²⁵ El apartado de jurisprudencia será analizado en la sección correspondiente. Igualmente ver nota 130.

¹²⁶ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Rigidez versus flexibilidad...”, *op. cit.*, pp. 229-286, en especial epígrafe 12 y ss.

¹²⁷ *Ibidem*, epígrafe 20 y ss.

¹²⁸ En Suiza, la Ley Federal de Derecho Internacional Privado de 1987 establece que sus tribunales podrían conocer de estos litigios en los casos en que la jurisdicción extranjera original “no sea posible” o no podía “exigirse razonablemente”. En Portugal, artículo. 65, 1, d, del Código de Procedimiento Civil, desde 1961, ya positivó el *forum necessitatis*. En Portugal, el *forum necessitatis* se ha positivado desde 1961 y se regula en los artículos 62 y 65, d, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2013. Los tribunales portugueses tienen competencia internacional si el derecho invocado no puede ejecutarse en el extranjero o si el demandante encuentra dificultades para presentar la demanda en el extranjero, siempre que haya un elemento de conexión personal o real. (CPC 2015). R. M. MOURA RAMOS, “A Recente Reforma do Direito Processual Civil Internacional em Portugal”, *O Direito Internacional no Terceiro Milênio*, São Paulo: Ltr, 1998. En Francia, la aplicación del *forum necessitatis* también se presenta como un requisito de una negación de la justicia. Sus requisitos son: el demandante debe probar que es imposible que presente el caso en un tribunal extranjero y debe haber algún vínculo con los tribunales franceses. S. REDFIELD, “Searching for justice: The use of forum necessitates”, *Georgetown Journal of International Law*, Colorado, USA, 2014, Vol. 45, p. 893. Disponible en:

^b<https://www.law.georgetown.edu/academics/law-journals/gjil/recent/upload/zsx00314000893>.

el caso y el foro, y si se reclamase, debería ser una conexión débil para proteger adecuadamente los bienes jurídicos vulnerados¹²⁹. La creación de un foro de necesidad es necesaria para garantizar un refugio seguro a las víctimas de los daños empresariales, independientemente de dónde se hayan producido, y para impedir que las empresas multinacionales operen con impunidad.

53. En España con anterioridad a la modificación de la Ley Orgánica del poder judicial en julio de 2015, en particular del art. 22 *octies*, apartado 3, la jurisprudencia, la doctrina española y algún que otro tratado bilateral, ya reconocían el foro de necesidad, sobre la base del art. 24 de la Constitución española y el art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), y el derecho a un proceso justo del art.6 del CEDH¹³⁰. Con todo, la norma española del poder judicial fue muy criticada por su excesiva rigidez¹³¹. Todas las hipótesis que recoge el artículo exigen que exista una “conexión con España”, y los distintos supuestos no especifican hasta qué punto debe tener esta conexión. Igualmente, esta disposición impone una carga indebida a los demandantes al tener que presentar su reclamación en todos los Estados que presenten un vínculo con el caso y obtener en cada supuesto una declaración de falta de competencia¹³². Por esta razón se necesita una flexibilización de la norma empleando unos criterios interpretativos basados en la propia aplicación que fija.

54. De esta forma, y de acuerdo con la doctrina, para activar el foro de necesidad, se necesita que el foro original no tenga competencia y que sea difícil o imposible buscar justicia en el extranjero¹³³. Esto significa que el demandante debe probar que el tribunal extranjero no tuvo competencia o desestimó la demanda por falta de competencia. Determinar si estas dos condiciones se cumplen favorece ejercer el derecho humano fundamental de acceso a la justicia, lo que puede darse con una interpretación amplia del foro de necesidad¹³⁴. En la sección de jurisprudencia mostraremos ejemplos que apoyen esta teoría.

3. La dimensión latinoamericana del *forum necessitatis*

55. En Latinoamérica diversos instrumentos de *soft law* se han decantado por la inclusión del *forum necessitatis*, al mismo tiempo que han resaltado su importancia. En esta línea podemos destacar la Ley Modelo Latinoamericana de protección internacional de los Derechos Humanos (la ley modelo Dahl) del año 2010; los Principios ASADIP sobre el acceso transnacional a la Justicia de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado del año 2016¹³⁵; y finalmente los Estándares Interamericana-

¹²⁹ M. REQUEJO ISIDRO, “Litigación civil internacional por abusos contra derechos humanos. El problema de la competencia judicial internacional”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. X, 2010, pp. 269 y ss. nota 16, pp. 282 y ss.

¹³⁰ Art. 5 del Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales en materia civil y mercantil entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España, hecho en Madrid el 17 de abril de 1989; y art. 7. 2º del Tratado entre el Reino de España y la República de El Salvador sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, hecho en Madrid el 7 de noviembre de 2000. Sentencia de TC nº. 61/2000 de 13 de marzo de 2000. BOE 14.4.2000. Citada como ejemplo de vinculación del sistema español de competencia judicial internacional al derecho humano a la tutela judicial efectiva. P. KINSCH, “Droits de l’homme, droits fondamentaux et Droit International Privé”, *Recueil des Cours*, t. 318, 2005, p. 45. Citado por J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Rigidez versus flexibilidad...”, *op. cit.*, pp. 229-286, en especial epígrafe 10.

¹³¹ La rigidez de la norma resulta particularmente desafortunada desde la perspectiva de la jurisdicción voluntaria, teniendo en cuenta las particularidades reseñadas en este ámbito, lo que refuerza la justificación de una interpretación flexible de la norma”. P. DE MIGUEL ASENSIO, “Ley de la jurisdicción voluntaria y Derecho Internacional Privado”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVI, 2016, pp. 147-197, en especial, p. 158.

¹³² F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “La competencia judicial internacional en la reforma de la LOPJ”, *Almacén de Derecho*, 23 julio 2015. Disponible en: <http://almacenderecho.org/la-competencia-judicial-internacional-en-la-reforma-de-la-lopj>; citado por J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Rigidez versus flexibilidad...”, *op. cit.*, p. 24.

¹³³ M. VIRGÓS SORIANO, y F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Procesal Civil Internacional (Litigación internacional)*, 2ª ed., Cizur Menor: Thomson-Civitas, 2007, p. 76; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS/ S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, 8ª ed., Cizur Menor: Thomson-Civitas, 2015, p. 96; A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. 1, 15ª ed. (2014-2015), Granada: Comares, 2014, pp. 305-308.

¹³⁴ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Rigidez versus flexibilidad...”, *op. cit.*, p. 25.

¹³⁵ D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, (et. al.), *Principios ASADIP sobre el acceso transnacional a la Justicia (TRANSJUS)*, aprobado por Asamblea de la ASADIP, Buenos Aires, 12/11/2016. http://www.asadip.org/v2/?page_id=231

nos sobre empresas y derechos humanos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) del año 2019, los cuales se pronuncian directamente sobre los riesgos del *forum non conveniens* e indirectamente sobre la admisibilidad del foro de necesidad. Veamos en particular, cada posicionamiento.

56. La Ley Modelo Latinoamericana de protección internacional de los derechos humanos fue presentada por el abogado Henri Saint Dahl en 2010 en la reunión de la Federación Interamericana de Abogados, celebrada en San José de Costa Rica¹³⁶. En el artículo 1º otorga competencia a los tribunales civiles de primera instancia, sobre las demandas civiles -interpuestas por nacionales o extranjeros- por violaciones de derechos humanos cometidas en país extranjero “cuando no sea jurídica o fácticamente razonable requerir al actor que acuda a tal país”.

57. Los Principios ASADIP sobre el acceso transnacional a la Justicia de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado constituyen una propuesta de *soft law* que contienen una serie de reglas y enunciados orientados a regular litigios privados transnacionales¹³⁷. Expresan en su preámbulo el objetivo de mejorar el acceso a la justicia de las personas en los litigios privados de carácter transnacional, incluyendo aquellos casos en los que estén involucradas entidades estatales, pero la controversia sea predominantemente comercial o por actos *jure gestionis*.

58. Continúa el preámbulo señalando que los Principios establecen estándares mínimos para garantizar el acceso a la justicia sin discriminación y de conformidad con el Derecho Internacional de los derechos humanos y los principios consagrados por la generalidad de las constituciones modernas. Al mismo tiempo, tienen el propósito de constituirse en parte y vector de la gobernanza global, intentando articular los poderes de los Estados en una relación de coordinación y cooperación para el logro de una justicia transnacional efectiva. Los principios podrán invocarse cuando las partes hayan acordado su aplicación a los aspectos procesales de su relación jurídica, a menos que exista prohibición expresa del ordenamiento del foro. Asimismo, desempeñan una función en relación a la interpretación, integración y complementación de reglas que resulten competentes para regir la materia. Finalmente, otra función estaría en torno a la orientación para la codificación del derecho procesal civil y comercial a nivel estatal e internacional.

59. Se entiende que los principios constituyen una aplicación específica de *ius cogens*, en particular, del derecho humano de acceso a la justicia. En el artículo 3.10 se admite la posibilidad de *forum necessitatis*: “Aunque no estén satisfechos los criterios de atribución de jurisdicción del Estado del foro, excepcionalmente éste podrá asumir jurisdicción a fin de garantizar el acceso a la justicia, siempre y cuando compruebe, tomando en cuenta los derechos y posibilidades de ambas partes, que el demandante no podrá obtener un acceso efectivo y razonablemente disponible en otra jurisdicción”.

60. Continúa el artículo señalando las posibilidades de atribución excepcional de jurisdicción de forma no excluyente, a casos de daños ambientales, daños derivados de las relaciones individuales de trabajo, de consumo o violaciones de derechos humanos, en procura que sujetos en situación de vulnerabilidad como niños, refugiados y migrantes de escasos recursos cuenten con un acceso eficaz a la justicia. Al mismo tiempo, se admite la posibilidad de ejercer jurisdicción para dictar medidas provisionales para la protección de personas o bienes que se encuentre en el territorio del juez, aunque carezcan de jurisdicción para conocer del fondo del litigio¹³⁸.

¹³⁶ J. ÁLVAREZ RUBIO ET. AL., “A propósito de la ley modelo latinoamericana de protección internacional de los derechos humanos” (la ley modelo Dahl)”, *Revista de estudios jurídicos*, n° 11, 2011, p. 1.

¹³⁷ J.L. OCHOA MUÑOZ, “Acceso transnacional a la...”, *op. cit.*, p. 337.

¹³⁸ “Esta atribución excepcional de jurisdicción debe ser ejercida especial pero no exclusivamente en casos de daños ambientales o daños derivados de relaciones individuales de trabajo, de consumo y de violaciones de derechos humanos, procurando que personas particularmente vulnerables, como los niños, los refugiados y los migrantes de escasos recursos, cuenten con un acceso eficaz a la justicia. Los tribunales siempre pueden ejercer su jurisdicción para dictar medidas provisionales de protección de las personas y bienes que se encuentren en su territorio, aunque carezcan de tal jurisdicción para conocer del fondo del litigio, debiendo estarse en definitiva a lo que decida el tribunal internacionalmente competente”.

61. Por su parte, los Estándares Interamericanos “Empresas y Derechos Humanos”, elaborados por la Relatoría Especial sobre derechos económicos, sociales, culturales, ambientales (REDESCA) y aprobados por la CIDH¹³⁹ contienen diversas orientaciones sobre el tema en tratamiento. En cuanto a su vinculatoriedad apunta Iglesia Márquez que no es una cuestión definitiva dado que su principal función es la de sistematizar estándares preexistentes y avanzar en el desarrollo de otros. Su principal valor radica entonces en dar legitimidad a las orientaciones para los Estados y los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) en la aplicación de la normativa interamericana en el contexto de actividades empresariales¹⁴⁰.

62. El Informe al desarrollar las obligaciones internacionales de los Estados en el contexto de actividades empresariales, en particular el deber de investigar, sancionar y garantizar acceso a mecanismos efectivos de reparación parte de considerar el acceso a la justicia como uno de los tres pilares fundamentales de los PR (párr. 121), en concreto el Principio Fundacional n° 25 y los Principios Operativos n° 26 a 31, por medio de los cuales los Estados deben tomar medidas apropiadas para garantizar que las personas y comunidades afectadas por abusos y violaciones a los derechos humanos producidas bajo su jurisdicción puedan acceder a mecanismos de reparación efectivos, lo cual incluye la rendición de cuentas de las empresas y la determinación de su responsabilidad penal, civil o administrativa¹⁴¹.

63. En principio, se identifica la intención de esclarecer no sólo el contenido de las obligaciones que emanan de la Convención Americana, sino también de la Declaración Americana, considerada en el SIDH como una fuente de obligaciones jurídicas para los Estados miembros de la OEA. De esta manera, se promueve la incorporación de los estándares en la legislación, políticas y prácticas de países como Estados Unidos y Canadá, que no han ratificado la Convención Americana, pero cuyas empresas han generado impactos negativos sobre los derechos humanos y el medio ambiente¹⁴².

64. El Informe si bien no hace mención explícita al foro de necesidad, en los párrafos 132 a 134 establece su posicionamiento en relación al acceso a la justicia, vinculado a la actuación internacional de las empresas multinacionales y a los problemas que plantean los límites de la configuración, tanto del Derecho Internacional Privado, como del Derecho de Sociedades Comerciales. Señala el Informe “La Comisión y su REDESCA observan la dificultad de que las empresas matrices sean investigadas por abusos de derechos humanos cometidos por sus subsidiarias o a través de sus cadenas de suministro ubicadas en otros Estados” (párr. 132).

65. En este marco, cuestiona la posibilidad de utilización del *forum non conveniens* para denegar el acceso a la justicia de las víctimas de violaciones que involucran a empresas multinacionales. Considera que el uso irrestricto de la doctrina ha impedido en la práctica la investigación y eventual sanción de dichas empresas debido a la ineficacia o debilidad de sistemas judiciales y legislativos de determinados Estados donde tuvieron lugar las violaciones (párr. 132). En otros casos la demanda de la empresa en su Estado de origen será la única forma de garantizar el acceso a la justicia, v.gr. ante supuestos de disolución, insolvencia o insuficiencia de recursos para afrontar los reclamos, o cuando lo que se cuestiona es la “falta de debida diligencia en materia de derechos humanos de una empresa respecto de su cadena de suministro o relaciones comerciales con actores ubicados en terceros Estados que socavan o vulneran los derechos humanos, independientemente de la responsabilidad de estos últimos actores” (párr. 133).

¹³⁹ Sobre el informe puede verse D. IGLESIA MÁRQUEZ, “Estándares interamericanos sobre empresas y derechos humanos: Nuevas perspectivas para la conducta empresarial responsable en las Américas”, *Anuario de derechos humanos*, Vol. 16, n° 2, 2020, pp. 347-379.

¹⁴⁰ D. IGLESIA MÁRQUEZ, “Estándares interamericanos sobre empresas ...”, *op. cit.*, p. 354.

¹⁴¹ Sobre propuestas de legislación en materia de debida diligencia en Latinoamérica puede verse A. GUAMÁN HERNÁNDEZ, Y J. TOLE MARTÍNEZ, “Iniciativas Legislativas...”, *op. cit.*, pp. 315 y ss.

¹⁴² D. IGLESIA MÁRQUEZ, “Estándares interamericanos sobre empresas ...”, *op. cit.*, p. 356.

66. El Informe identifica una serie de medidas que los Estados deben implementar para asegurar un recurso efectivo y acceso a la justicia en estos contextos, todas las cuales revisten especial interés para superar los obstáculos que presenta la litigación transnacional, pero dado el objeto de este trabajo resaltamos el relativo a la doctrina del *forum non conveniens*. Respecto de ella, se señala “es necesario valorar debidamente las restricciones a su aplicación, así como la posibilidad realista de que los denunciados accedan a un recurso y reparación efectivos en la jurisdicción donde ocurrieron los hechos” (párr. 134). El documento vuelve sobre la cuestión al abordar la “Aplicación extraterritorial de las obligaciones de los Estados en el contexto de actividades empresariales y el deber de cooperar”. En este apartado nos interesa resaltar el párr. 159 donde se destaca la Recomendación CM/Rec (2016) del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre los derechos humanos y las empresas ya citada, en especial, la recomendación a los Estados de asegurar que sus tribunales nacionales tengan jurisdicción sobre demandas civiles por abusos de derechos humanos en contra de empresas domiciliadas en su jurisdicción, y la no aplicación de la doctrina del *forum non conveniens*. Asimismo, la exhortación a que los Estados evalúen dotar a sus tribunales de la jurisdicción necesaria sobre demandas civiles en contra de las filiales de empresas domiciliadas en su jurisdicción vinculadas a abusos de derechos humanos, prescindiendo del lugar donde operen las filiales y siempre que exista una conexión estrecha entre la empresa matriz y la filial respecto de la afectación de los derechos humanos (párr. 159).

67. Finalmente, en la sección de Recomendaciones el Informe recalca la necesidad que la doctrina estricta del *forum non conveniens* y las figuras comunes del derecho corporativo (como disolución, escisión, adquisición, venta o fusión) no impidan u obstaculicen el análisis de las reclamaciones sobre violaciones de derechos humanos en contextos de actividad empresarial transnacional o de la efectiva ejecución de decisiones judiciales finales que hayan sido emitidas en respeto del debido proceso (Recomendación n° 8).

68. Desde el *hard law* se reconoce a la Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras (CIDIP III) del año 1984 como instrumento que prevé el foro de necesidad como norma de competencia indirecta en su artículo 2° en los siguientes términos: “Se considerará también satisfecho el requisito de la competencia en la esfera internacional si, a criterio del órgano jurisdiccional del Estado Parte donde deba surtir efectos, el órgano jurisdiccional que pronunció la sentencia asumió competencia para evitar denegación de justicia por no existir órgano judicial competente”¹⁴³. Se apunta que la formulación de la convención resulta general frente a la tendencia a la reducción del ámbito de aplicación del instituto, y su consideración como excepcional, junto con la exigencia de conexión suficiente entre el caso y el foro¹⁴⁴. Es de señalar que la Convención solo rige entre Uruguay y México.

69. La presencia de estas iniciativas da cuenta del escenario de nueva gobernanza que atraviesa al Derecho en general, y al DIPr. en particular. Como señala Scotti el nuevo escenario, marcado por el proceso de globalización, y de integración/marginación en palabras de Ciufo Caldani, lleva a repensar las técnicas del DIPr. formado en torno a las normas de conflicto en cuya lógica subyacen relaciones diferenciadas entre Estados soberanos¹⁴⁵. El proceso de producción económica lleva a repensar a la rama, ya sea mediante la utilización de otras técnicas: tales como las normas de policía o el replanteamiento de la autonomía material; así como también en la oportunidad para replantear el foro de necesidad. Todo ello, en vista al proceso de materialización de los derechos humanos que moldea al DIPr.

¹⁴³ Puede consultarse en <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-50.html> Puede verse D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, “Aspectos esenciales de...”, *op. cit.*, pp. 310- 316.

¹⁴⁴ M.A ALBORNOZ, “Acceso a la justicia...”, *op. cit.*, p. 190.

¹⁴⁵ L. SCOTTI, “Los escenarios del Derecho Internacional Privado actual: globalización, integración y multiculturalidad”, en D.P. FERNÁNDEZ ARROYO/ J. MORENO RODRÍGUEZ, (coord.), *Derecho Internacional Privado y Derecho de la Integración- Libro Homenaje a Roberto Ruiz Díaz Labrano*, CEDEP: Asunción, 2013, p. 18. Sobre globalización/marginación puede verse M.A CIUFO CALDANI, “Globalización/marginación ¿implosión demográfica?”, *Bioética y Bioderecho*, Vol. 5, 2000, pp. 9-14.

4. La regulación nacional: Argentina

70. Para la Corte IDH la garantía a un recurso efectivo “constituye uno de los pilares básicos, no solo de la Convención Americana, sino del propio Estado de derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”. Entre los aportes de la Corte IDH se destacan dos aspectos relevantes: a) la promoción de una concepción amplia (*lato sensu*) del derecho de acceso a la justicia que envuelve a la generalidad de las garantías procesales, entre ellas, el debido proceso y el derecho a un recurso efectivo; y b) su consideración como una parte del contenido material del *ius cogens*. Esta idea había encontrado eco en la jurisprudencia argentina, antes de la modificación del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) del año 2015¹⁴⁶.

71. Como señalan Scotti y Baltar y ya se ha remarcado en este trabajo, la determinación de cuándo las autoridades judiciales de un Estado cuentan con competencia para entender las relaciones jurídicas internacionales está en relación directa con los derechos humanos, en especial, con la defensa en juicio y la tutela judicial efectiva¹⁴⁷. En Argentina la figura del foro de necesidad fue incorporada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en el caso E. Cavura c. A Vlasov en el año 1960¹⁴⁸.

72. A partir del año 2015 se encuentra expresamente regulada en el artículo 2602 del CCCN: “Aunque las reglas del presente Código no atribuyan jurisdicción internacional a los jueces argentinos, éstos pueden intervenir, excepcionalmente, con la finalidad de evitar la denegación de justicia, siempre que no sea razonable exigir la iniciación de la demanda en el extranjero y en tanto la situación privada presente contacto suficiente con el país, se garantice el derecho de defensa en juicio y se atienda a la conveniencia de lograr una sentencia eficaz”¹⁴⁹. De un análisis exegético del mismo, se desprenden como sus requisitos de procedibilidad ante el supuesto que las reglas del CCCN no atribuyan jurisdicción internacional a los jueces argentinos, los mismos pueden intervenir: a) con la finalidad de evitar la denegación de justicia; b) siempre que no sea razonable exigir la iniciación de la demanda en el extranjero; c) en tanto la situación privada presente contacto suficiente con el país; d) se garantice el derecho de defensa en juicio; e) se atienda a la conveniencia de lograr una sentencia eficaz¹⁵⁰. Desde la estructura de la norma, y siguiendo a Soto, el foro de necesidad se ubica en las características negativas de la consecuencia jurídica de la norma indirecta referida a los problemas generales de la jurisdicción internacional¹⁵¹.

73. La exigencia de contacto suficiente buscar evitar la asunción exorbitante de jurisdicción, descartando la posibilidad de jurisdicción universal a favor del juez argentino. Se trata de un concepto indeterminado, que necesita ser precisado en su alcance, pero la adjetivización da cuenta que no basta con cualquier contacto¹⁵². Como explican Scotti y Baltar debe ser excepcional y no la regla, para no caer en foros exorbitantes¹⁵³, y en ese sentido los recaudos que se establecen para su procedencia. No

¹⁴⁶ J.L. OCHOA MUÑOZ, “Acceso transnacional a la...”, *op. cit.*, p. 340-341.

¹⁴⁷ L. SCOTTI/ L. BALTAR, “El *forum actoris* en el Derecho Internacional Privado argentino”, *Pensar en derecho*, 9, n° 15, 2020, p. 375.

¹⁴⁸ CSJN, Cavura de Vlasov, Emilia c/ Vlasov, Alejandro sobre divorcio y separación de bienes, 28/3/1960. Fallos 246:87.

¹⁴⁹ Se señalan como antecedentes el Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio de 1998 (art. 2500) y el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado Argentino de 2003 (art. 19). Puede verse G. GERBAUDO, “La aplicación del foro de necesidad en los contratos internacionales de consumo electrónicos”, *Diario Comercial*, n° 223, 2019, p. 1. J. PASCUARELLI, “Algunos aspectos de la regulación de la jurisdicción internacional en el Código Civil y Comercial de la Nación”, SJA 18/11/2015, 26, TR LALEY AR/DOC/5537/2015, p. 7.

¹⁵⁰ L. SCOTTI, “El acceso a la...”, *op. cit.*, p. 36. Puede verse también: D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, “Artículo 2602. Foro de necesidad”, en J. RIVERA Y G. MEDINA (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. VI, CABA: La ley, 2014, pp. 804-807. A. DREYZIN DE KLOR, “Artículo 2602. Foro de necesidad”, en R. LORENZETTI (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. XI, Santa Fé: Rubinzal Culzoni, 2015, pp. 513-517.

¹⁵¹ A. SOTO, “Artículo 2602. Foro de necesidad”, en J. ALTERINI (dir.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, T. XI, CABA: La ley, 2016, p. 1002.

¹⁵² J. QUARANTA COSTERG, “Identificación de problemas sobre jurisdicción internacional. Soluciones”, *El Derecho- diario*, Tomo 273, 769. Cita on line ED-DCCLXXVI-778, 2017, p. 2.

¹⁵³ L. SCOTTI/ L. BALTAR, “El *forum actoris* en el...”, *op. cit.*, p. 408.

obstante, lo cual, tales requisitos pueden ser valorados cómo de una exigencia tal que tornen operativa la posibilidad de aplicación fáctica¹⁵⁴.

5. Funcionamiento conjetural y restricción de las conductas: el uso estratégico del foro de necesidad

74. Consideramos que el establecimiento del foro de necesidad como *ultima ratio* para el acceso a la tutela judicial efectiva ha de ser considerado también en su funcionamiento conjetural y de este modo analizar su potencial para el control social a través de la restricción de las conductas de los sujetos¹⁵⁵. Como ha sido analizado por Whytock las funciones de gobernanza global de los tribunales nacionales son importantes para los litigantes, de igual manera que su función jurisdiccional, pero lo son más allá de las fronteras y de los juicios particulares, afectando el comportamiento de los actores transnacionales. De este modo, el autor toma la metáfora de la “sombra transnacional de la ley” para hacer referencia a los efectos de los tribunales domésticos que se irradian más allá de las fronteras y más allá de las partes en juicios particulares¹⁵⁶.

75. Específicamente aplicado al foro de necesidad Marullo ha señalado la posibilidad de su rol disuasorio respecto de la restricción por parte de las empresas multinacionales en la violación de los derechos humanos¹⁵⁷. Esta situación nos llevaría a pensar la estrategia jurídica en relación a la regulación del foro de necesidad, en vínculo a las posibilidades conjeturales de su uso ya mencionadas¹⁵⁸. Como remarca Whytoc en ocasiones los demandantes están más interesados en la estrategia que en los efectos directos del litigio transnacional, como sucede en los casos de litigio de derecho público transnacional. Siguiendo a Koh, explica el autor que los jueces pueden afirmar que están resolviendo solo una disputa en particular, pero en realidad están “declarando (o negando) normas internacionales que los litigantes transportan a otros foros para su uso en la negociación”¹⁵⁹.

76. Muir-Watt apunta que, a través de la afirmación de la territorialidad como principio rector, el DIPr. ha sido cómplice en impedir la afirmación de la responsabilidad social de las empresas multinacionales. Así, ha mantenido la responsabilidad corporativa dentro de los límites de la ley local compartimentada a través tanto del *forum non conveniens* como de la *lex loci delicti*, lo que ha alentado la migración de los sitios de producción a entornos legales donde, detrás del velo soberano, la competencia internacional por la inversión tiende a mantenerse¹⁶⁰. Como relata Zamora Cabot contamos con múltiples tomas de posturas doctrinarias para preservar e impulsar el acceso a la justicia¹⁶¹.

IV. Justificación jurisprudencial del *forum necessitatis*

77. En este apartado se consignan resoluciones judiciales en las que se analiza la institución del foro de necesidad. De la propia definición, así como del carácter excepcional de este foro, se desprende lógicamente la consecuencia que un tribunal puede declararse competente para evitar una denegación internacional de justicia a pesar de que no haya en su sistema una norma expresa que lo faculte a actuar

¹⁵⁴ Puede verse T. SOSA, “Competencia basal en el Código Civil y Comercial. Medidas provisionales urgentes y foro de necesidad”, *La ley*, La Ley 2016-F, 619, TRLA LEY AR/DOC/3338/2016, p. 3.

¹⁵⁵ Sobre funcionamiento conjetural puede verse M.A CIURO CALDANI, *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica*, Rosario: FIJ, 2000.

¹⁵⁶ C. WHYTOCK, “Domestic Court and Global Governance”, *Tulane Law Review*, Vol. 84, 67, 2009, pp. 97-99.

¹⁵⁷ M. MARULLO, “La lucha contra la impunidad...”, *op. cit.*, p. 31.

¹⁵⁸ Sobre estrategia jurídica puede verse M. CIURO CALDANI, *Estrategia Jurídica*, Rosario: UNR editora, 2011.

¹⁵⁹ C. WHYTOCK, “Domestic Court...”, *op. cit.*, p. 100.

¹⁶⁰ H. MUIR WATT, “Private International Law Beyond the Schism”, *Transnational Legal Theory*, 2 (3), 2011, p. 43.

¹⁶¹ F. ZAMORA CABOT, “Gobernanza mundial y el binomio empresas-derechos humanos”, *Anales de la Real Academia de los doctores de España*, Vol. 5, n° 1, 2020, p. 107.

de ese modo. Una conclusión adelantada nos permite manifestar que dicho foro favorece el derecho humano fundamental de acceso a la justicia.

78. De esta forma, encontramos en primer lugar el Caso Akala et. al. contra Comilog Internacional, *SA Francia y Congo, 2007-2015*¹⁶². El caso hace referencia a la declaración de incompetencia por parte de un tribunal francés en 2011 para conocer del conflicto suscitado entre una empresa congoleña, filial del grupo francés Eramet, y casi 1000 trabajadores por su despido sin indemnización. Los trabajadores decidieron interponer un recurso de apelación ante la corte de París. Este tribunal, ya en 2013, sí asumió la competencia por virtud del foro de necesidad. El juez argumenta que no se puede denegar el acceso a la justicia a unos trabajadores que han visto como su petición no se resolvía desde comienzo de los años 90: “Una situación como esa, contraria al principio según el cual la justicia debe llevarse a cabo en un plazo razonable, comporta evidentemente una denegación de justicia”. Así, se satisfacen los requisitos para que el foro de necesidad se pueda activar: que exista imposibilidad de que otro tribunal pueda conocer del caso, y que, a su vez, el litigio esté conectado con la corte francesa, en el caso que se presenta, a través del vínculo de la nacionalidad de la empresa (francesa). De esta forma, decidió condenar a la empresa congoleña a indemnizar a los trabajadores por despido improcedente. A pesar de recurrirse dicha sentencia por la empresa, el tribunal de casación francés ratifica en 2015 la sentencia del 2013¹⁶³.

79. En el caso Anvil Mining la Asociación Canadiense contra la Impunidad inició una demanda colectiva contra Anvil Mining Ltd. en Quebec por las acciones de la empresa en una masacre en la República Democrática del Congo (RDC) acaecida en el año 2004. La empresa tenía su casa matriz en Australia, pero había abierto una oficina en Montreal en el año 2005, siendo su actividad principal la explotación de una mina en la RDC. La Corte Suprema de Quebec en 2011 se pronunció por su jurisdicción para conocer en el asunto, argumentando que en el supuesto de decidir el rechazo de la solicitud no habría una mejor jurisdicción para tramitar la reclamación civil de las víctimas. El juez entendió que, dado que la mina ubicada en la RDC era la principal mina de Anvil Mining Ltd, entonces el trabajo en la compañía en Quebec estaba necesariamente relacionado con las operaciones en la RDC. El magistrado reconoce como aplicable el artículo 3136 que regula el foro de necesidad. No obstante, la Corte de Apelaciones de Quebec en 2012 anuló la decisión y desestimó la demanda entendiendo que la corte de primera instancia no tenía jurisdicción. Fundamentó remarcando que en el momento de la masacre no había actividad u oficina en Quebec, y que la controversia no estaba sustancialmente vinculada con el trabajo de Anvil Mining Ltd en Quebec. Sentenció que la reclamación podía presentarse en Australia, donde la empresa tenía su casa matriz, o ante los tribunales de la RDC¹⁶⁴.

80. En el caso Choc v. Hudbay Minerals el Tribunal Superior de Justicia de Ontario en el año 2013 se declaró competente para conocer en las acciones iniciadas contra la empresa Hudbay Minerals por las violaciones a los derechos humanos de miembros de la comunidad Maya Q’eqchi’ cometidos por su filial en Guatemala en el año 2009. Las víctimas alegaron negligencia por parte de la empresa matriz que autorizó al personal de seguridad de la filial a intervenir con el uso de la fuerza durante la protesta en el Proyecto Minero Fénix y en ese accionar mataron y agredieron sexualmente a integrantes de la comunidad. En el caso, se considera que hay una conexión suficiente entre Ontario y el objeto de litigio dado que la empresa está constituida en Canadá y tiene presencia en el país. Se valora asimismo que en virtud del *common law* vigente, Canadá tenía jurisdicción para decidir sobre las acciones presentadas, y que lo contrario hubiese implicado la denegación del acceso a la justicia para las víctimas¹⁶⁵.

¹⁶² OBSERVATORIO DE RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA, *Los mecanismos de acceso a remedio en materia de empresas y derechos humanos*, Madrid: Ministerio de asuntos exteriores y cooperación, 2019, pp. 16-17.

¹⁶³ *Cour d’appel de Paris, 10 septembre 2015. Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 28 janvier 2015.*

¹⁶⁴ S. IMAI ET. AL., “El Sistema Judicial Canadiense y la Empresa Minera Hudbay en Guatemala”, Research Paper, *Comparative Research in Law & Political Economy*, n° 11, 2013, pp. 28-31. S. MIJARES PEÑA, “Human Rights Violations by Canadian Companies Abroad: Choc v. Hudbay Minerals Inc”, *Western Journal of Legal Studies*, Vol. 5, Issue 1, 2014, p. 7.

¹⁶⁵ S. MIJARES PEÑA, “Human Rights Violations...”, *op. cit.*, pp. 1-19, en especial pp.15-16.

81. Otro caso en el que aparece la cuestión del foro de necesidad (aunque fue rechazada su utilización), fue en un conflicto entre una nacional española, la Sra. Mercedes y Ashghal, una entidad pública de Qatar, y el Estado de Qatar. El caso fue seguido por la Audiencia Provincial de Barcelona en marzo de 2015¹⁶⁶. La Sra. Mercedes presentó una demanda alegando que era la autora de una obra de diseño y que ambas demandadas habían vulnerado sus derechos morales sobre la obra. Ashghal y el Estado de Qatar presentaron una declinatoria alegando inmunidad de jurisdicción, falta de competencia internacional y falta de competencia territorial de los juzgados de Barcelona. El juzgado mercantil resolvió primero la falta de competencia internacional, basándose en el lugar donde se produjo la infracción, que sería Qatar. Sin embargo, no resolvió sobre la alegación de inmunidad de jurisdicción. Mercedes interpuso un recurso de apelación argumentando la competencia de los tribunales españoles y alegando la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva. También cuestionó la interpretación del artículo 22. 3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) realizada por el juzgado mercantil. El tribunal considera que es inquestionable que la interpretación y aplicación de las reglas de competencia judicial internacional pueden afectar el derecho a la tutela judicial efectiva. Sin embargo, señala que el derecho de acceso a la tutela se refiere al acceso mismo y no necesariamente al derecho de obtener una tutela de fondo. No se ha alegado que existan dificultades en el acceso a la justicia en este caso. En cuanto a la interpretación del artículo 22. 3º LOPJ, el tribunal analiza si es necesario aplicar los criterios jurisprudenciales en torno al artículo 5.3 del Reglamento comunitario 44/2001. Considera que no se justifica abrir un foro de necesidad a favor de los tribunales españoles, ya que no se han presentado datos que demuestren que existen dificultades mayores para obtener tutela en Qatar. Además, el foro de necesidad solo se justifica en situaciones extremas, que no son aplicables en este caso. En resumen, el tribunal no encuentra justificación para abrir un foro de necesidad a favor de los tribunales españoles. Tampoco considera que la interpretación del artículo 22. 3º LOPJ realizada por el juzgado mercantil sea errónea a la luz de los criterios jurisprudenciales.

82. Finalmente, encontramos la sentencia *Vedanta Resources Plc. & another v. Lungowe* (2019), en el que se sitúa al caso como un supuesto de acceso a la justicia¹⁶⁷. Este litigio involucró a un grupo de 1.826 ciudadanos de Zambia que vivían en cuatro comunidades cerca de la Mina de Cobre Nchanga en Zambia. Alegaron que las emisiones tóxicas de la mina causaron perjuicios a su salud y actividades agrícolas. La mina es propiedad de Konkola Copper Mines (KCM), una empresa pública en Zambia, y su empresa matriz es Vedanta Resources, un grupo multinacional con sede en el Reino Unido. Las reclamaciones contra ambos demandados se basaron en la negligencia del derecho común y el incumplimiento del deber legal. El principal problema en esta apelación es la jurisdicción de los tribunales en Inglaterra y Gales para conocer estas reclamaciones. Los demandantes argumentaron que la jurisdicción debía establecerse de acuerdo con el Reglamento de Bruselas I bis para Vedanta, y el Código procesal inglés para KCM. La historia procesal involucra la emisión del formulario de demanda, la notificación de documentos y la impugnación de la jurisdicción por parte de ambos demandados. Las impugnaciones de ambas empresas fueron inicialmente desestimadas tanto por el Tribunal Superior como posteriormente por la Corte de Apelación. Los demandados, en un último intento de conseguir su pretensión de impugnar la jurisdicción, apelaron ante el Tribunal Supremo, apelación que se resolvió en enero de 2019. El fallo de dicho tribunal hace especial énfasis en la importancia de la proporcionalidad a la hora de debatir las cuestiones de jurisdicción. Llegó a la conclusión no sólo de que existía un riesgo real, sino una probabilidad de que los demandantes no obtuvieran acceso a la justicia, de modo que, en su opinión, y a pesar de la necesidad de cautela y de pruebas convincentes, esta razón para preferir la jurisdicción inglesa a la zambiana estaba demostrada por un margen sustancial más allá del riesgo real que exige la ley. También enfatizó el fallo del Tribunal Supremo, en la importancia de la contención judicial en disputas de jurisdicción que llegan a tribunales superiores, especialmente cuando la Corte de Apelación ya ha coincidido con el análisis del juez de primera instancia¹⁶⁸.

¹⁶⁶ Roj: AAP B 1256/2015 - ECLI:ES: APB:2015: 1256ª. Mercedes vs. ASHGHAL. Y el Estado de Qatar

¹⁶⁷ M. MARULLO, J. ESTEVE-MOLTÓ, y F. ZAMORA-CABOT, "La responsabilidad de las empresas multinacionales a través de la litigación transnacional: estudio comparado de casos de relieve", *Iberoamerican Journal of Development Studies*, 2021, p. 16. DOI: 10.26754/ojs_ried/ijds.676

¹⁶⁸ F. ZAMORA-CABOT, "Acceso a la justicia y empresa y derechos humanos: importante decisión del Tribunal Supremo de

V. Conclusiones

83. Es necesario abordar la cuestión de la jurisdicción en el proceso civil internacional y replantearla desde la vertiente de los derechos humanos, en particular, desde el derecho de acceso a la justicia, que garantice el ejercicio de la tutela judicial y que conlleve a una prohibición de denegación de la justicia.

84. Del análisis de los instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Constitucional comparado se deduce que se han realizado importantes aportaciones para el reconocimiento y positivización de los derechos y garantías del acceso a la justicia, lo cual representa un desafío para los legisladores y los jueces y demás operadores judiciales, que deben aplicar integradamente los diferentes instrumentos normativos, a fin de garantizar el derecho de acceso a la justicia, sin distinciones ni privilegios injustificados.

85. Igualmente si la UE quiere plasmar sus propias normas y aplicar a fondo el artículo 6° del Convenio Europeo de Derechos Humanos, debería considerar la posibilidad de abrir su sistema judicial para garantizar la prevalencia de los derechos fundamentales en todas partes, incluso en el caso de nacionales de terceros países que se hayan visto afectados por las actividades de producción de empresas de la UE en el extranjero. El ejercicio de la jurisdicción en estos casos no debe percibirse como una invasión de la soberanía de otros países. Al contrario, debe considerarse como el debido ejercicio de la soberanía de los propios Estados europeos sobre sus personas jurídicas. Quizás existe una excesiva precaución ante el foro de necesidad, porque, su aplicación por los jueces nacionales, podría tener el riesgo de dar entrada a la figura del *forum shopping*, dado que sería de aplicación discrecional por los jueces.

86. Los criterios acumulativos desarrollados por Chilenye Nwapi son útiles para intentar circunscribir las condiciones que dan lugar a la apertura de una jurisdicción *forum necessitatis*. Sin embargo, la armonización de los criterios que deben mantenerse en el Reglamento RBI bis si el *forum necessitatis* se consagrara en una futura versión refundida del marco del Reglamento promete ser difícil. De hecho, hasta la fecha, ninguna jurisdicción ha sido capaz de proporcionar una definición clara de estas condiciones, dejando mucho margen de maniobra a los tribunales nacionales en cuanto a los criterios justificativos para la aplicación de la doctrina del *forum necessitatis*¹⁶⁹ La propia recomendación del Consejo de Europa del 2016, ya avisaba a “los tribunales nacionales que ejerzan su jurisdicción sobre las demandas civiles relativas a abusos de los derechos humanos relacionados con las empresas contra las filiales, dondequiera que tengan su sede, de las empresas comerciales domiciliadas en su jurisdicción, si tales demandas están estrechamente relacionadas con las demandas civiles contra estas últimas empresas”¹⁷⁰.

87. En Latinoamérica se ha relevado una posición favorable a la regulación del foro de necesidad a través de diversos instrumentos de *soft law*, así como una posición restrictiva en relación a la admisibilidad de *forum non conveniens*. En cuanto a las normas de *hard law*, solo se encuentra recepcionado como jurisdicción indirecta en la Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras (CIDIP III) del año 1984. No obstante, se advierte el restringido ámbito de aplicación al haber sido ratificado sólo por dos Estados. La recepción en particular como norma interna de DIPr., como sucede en el caso argentino, y que por razones de extensión no hemos analizado en otros Estados del continente, puede ir en la tónica de las legislaciones que garantizan el acceso a la justicia.

Reino Unido en el caso *Vedanta v. Lungo*”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, n° 63, 2020, pp. 33-56. En especial, y sobre el razonamiento para declararse competente ver pp. 38-43.

¹⁶⁹ A. MICHOD, “Of Rights and Men...”, *op.*, cit., p. 26 y ss.

¹⁷⁰ Consejo de Europa, “Recomendación CM/Rec (2016) 5 del Comité de ministros “a los Estados miembros sobre la libertad en Internet” (13 de abril de 2016) párrafo 35. Citado por A. MICHOD, “Of Rights and Men...”, *op.*, cit., p. 31.

88. Entendemos valiosa la posibilidad de pensar la admisibilidad como *ultima ratio* del *forum necessitatis*, en razón de la función de control social de las conductas que puede llevar a cabo, y sobre todo por significar la garantía de acceso a la justicia en los casos en que de otra manera se produciría una denegación de la misma. La admisibilidad del foro de necesidad en los casos jurisprudenciales da cuenta de cómo puede funcionar como último bastión para la garantía del derecho humano, máxime cuando se trate de supuestos de graves violaciones a los derechos humanos. La entidad de los hechos denunciados y la conexión con el foro, da cuenta de que cabe la posibilidad del instituto sin convertirse en un foro exorbitante, ni dar entrada a la figura del *forum shopping*.

89. Quedan por supuesto, más opciones legislativas a analizar sobre el binomio empresas-derechos humanos, tales como las conexiones para pensar en un sentido más amplio la jurisdicción competente y el Derecho aplicable, en el entendimiento que el DIPr tiene a su alcance estrategias regulatorias para desarrollar en el escenario de la gobernanza actual.

Breves reflexiones sobre las obras de arte robadas por los nazis

Few brief thoughts on the works of art stolen by the Nazis

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA

*Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad Carlos III de Madrid*

ORCID ID: 0000-0003-2236-4641

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ

*Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad de Murcia*

ORCID ID: 0000-0002-0347-7985

Recibido: 14.05.2023 / Aceptado: 08.05.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.8055

Resumen: Los litigios sobre bienes culturales suelen ser fascinantes, creativos, complejos y llenos de elementos de todo tipo. Muchos de ellos se desarrollan ante tribunales de los Estados Unidos. Una de las partes suele ser un judío o un heredero de ese judío que fue expoliado de una obra de arte por los nazis. Se cumplen 90 años desde la llegada del nacionalsocialismo al poder en Alemania (1933). No obstante, este tipo de casos siguen produciéndose. La finalidad de este ensayo es mostrar las coordenadas técnicas que explican las razones de que se litigue con frecuencia ante tribunales estadounidenses y los criterios utilizados por éstos para determinar cuál es el ordenamiento jurídico aplicable a la eventual restitución de la pintura, el dibujo, la partitura, la escultura, la porcelana o cualquier otro objeto semejante que se reclame.

Palabras clave: Arte robado, buena fe, cuenta bloqueada, excepción de expropiación, expolio nazi, interdictos para recuperar la posesión, Ley de Inmidades Soberanas Extranjeras, Lex loci de la presunta transmisión (*Lex rei sitae*), repatriación de arte robado, test del contacto más significativo, unilateralismo jurídico.

Abstract: Cultural property litigation is often fascinating, creative, complex and full of all sorts of elements. Many of them take place before courts in the United States. One of the parties is usually a Jew or an heir to that Jew who was plundered from a work of art by the Nazis. 90 years have passed since National Socialism came to power in Germany (1933). However, these types of cases continue to occur. The purpose of this essay is to show the technical coordinates that explain the reasons why it is

* Este artículo está dedicado a nuestro amigo JORGE SÁNCHEZ CORDERO, que goza de justa fama como reconocido experto de Derecho del Arte en todo el mundo, por su ejemplo personal y profesional, por sus enseñanzas y por las muchas y buenas veladas que hemos pasado con él en Washington DC y en Roma.

Texto de la Ponencia presentada en el Seminario Derecho internacional privado y restitución de bienes culturales: una obra, un caso, dirigido por A.-L. CALVO CARAVACA y C.ª. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, 27 marzo 2023, Universidad Carlos III de Madrid, online. Agradecemos a la profesora CELIA M.ª. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ las sugerencias formuladas, especialmente valiosas, viniendo de una de las mejores especialistas europeas en comercio internacional de obras de arte.

frequently litigated before US courts and the criteria used by them to determine which is the legal system applicable to the eventual restitution of the painting, the drawing, the score, sculpture, porcelain or any other similar object that is claimed.

Keywords: Stolen Art, good faith, blocked account, expropriation exception, nazi spoliation, replevin actions, Foreign Sovereign Immunities Act, the law of the State where the property is located at the time of the alleged transfer, repatriation of stolen Art, the most significant contact-Test, legal unilateralism.

Sumario: I. Controversias relativas a bienes culturales. 1. Regulación jurídica del patrimonio cultural en Derecho internacional privado. 2. Dos casos célebres en los que ha participado España. A) Naufragio en aguas internacionales y Derecho internacional privado: *Odyssey y Nuestra Señora de las Mercedes* (2009). B) El caso Cassirer (2022). II. Concepto de “obras de arte robadas por los nazis”. III. Clases de acciones judiciales que pueden ejercerse. IV. Concepto e importancia jurídica de las “relaciones privadas internacionales”. V. Razones que explican la frecuencia con que se litiga en Estados Unidos sobre arte robado por los nazis. 1. Transmisión de la propiedad de los bienes muebles. 2. Competencia internacional de los tribunales de Estados Unidos sobre litigios de restitución de obras de arte. 3. Peculiaridades del procedimiento en los Estados Unidos. VI. Cuestiones de Derecho aplicable: La *Gretchenfrage*. 1. Convivir con la complejidad (*Welcome to the United States*). 2. El caso Cassirer llega al Tribunal Supremo de Estados Unidos. 3. Qué soluciones quedan. A) La regla de la *Lex Loci* de la presunta transmisión. B) El *most significant contact-Test*. VII. Eficacia extraterritorial de decisiones. 1. Consideraciones introductorias. 2. Delimitación conceptual: Reconocimiento y *exequatur*. 3. Causas de denegación del reconocimiento y el *exequatur*. A) Contrariedad al orden público internacional español. B) Control de la competencia judicial internacional. 4. Ejecución. VIII. Epílogo: Datos y hechos.

“Das Gewissen ist eine jüdische Erfindung”

ADOLF HITLER,

(H. RAUSCHNING, *Gespräche mit Hitler*, Zürich, Europa Verlag, 1940, p. 210)

“A de facto confiscation of a work of art that arose out of a notorious exercise of man’s inhumanity to man now ends with the righting of that wrong through the mundane application of common law principles. The mills of justice grind slowly, but they grind exceedingly fine”

Vineberg v. Bissonnette 548 F.3d 50, 58-59

(1st Cir. 2008)

I. Controversias relativas a bienes culturales

1. Las disputas internacionales relativas al patrimonio cultural son fascinantes, creativas, complejas y llenas de elementos de todo tipo...¹. En este ensayo, se pretende analizar las cuestiones fundamentales que, desde la perspectiva del Derecho internacional privado, plantean los litigios suscitados

¹ *Vid., ad ex.*, M. BRIAT/J.A. FREEDBERG-SWARTZBURG (Eds.), *Legal aspects of international art trade / Aspects juridiques du commerce international de l’art / Aspectos jurídicos del comercio internacional del arte*, vol. 4, Deventer, Kluwer, Paris, ICC, 1993; Z. CRESPI REGHIZZI, “Profilo di diritto internazionale privato del commercio dei beni culturali”, *Diritto del commercio internazionale*, 33.2, 2019, pp. 361-384; I. LINDSAY, *The History of Loot and Stolen Art from Antiquity until the Present Day*, London, Unicorn Press Ltd, 2014; J.M.A. MAGÁN PERALES, *La circulación ilícita de bienes culturales*, Valladolid, Lex Nova, 2001; L. PÉREZ- PRAT DURBÁN/Z. RUIZ ROMERO (Eds.), *El expolio de bienes culturales*, Huelva, Universidad de Huelva, 2022; G. REICHELT, “Internationaler Kulturgüterschutz -rechtliche und kulturpolitische Aspekte-”, en *Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut / Nr. 143*, Europa-Institut der Universität Saarlandes, 30. Mai 1988, disponible en <https://europainstitut.de/fileadmin/schriften/143.pdf>; K. SIEHR, “Rechtsschutz im internationalen Kulturgutverkehr: Dreispurigkeit des Rechtsschutzes vor deutschen Gerichten”, en *Festschrift für Reinhold Geimer zum 80. Geburtstag*, München, Beck, 2017, pp. 661-669; M. WEBER, “Private international law and cultural property and art disputes”, en *Research Handbook on Intellectual Property and Cultural Heritage*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing, 2022, pp. 517-543.

por la restitución de obras de arte que fueron obtenidas por los nazis sin el consentimiento de sus legítimos propietarios². Escrito por juristas, este ensayo es obviamente un *estudio jurídico*. Pero esto no designa más que su *objeto formal*, la perspectiva desde la que se aborda un sector de la vida social. Desde el punto de vista de este último, su *objeto material* es la “Cultura”, de la que las obras de arte no son más que una manifestación. FRIEDRICH THIEMANN, que era un personaje imaginario de una obra de teatro (*Schlageter*) de HANNS JOHST, dramaturgo nacionalsocialista³, obra estrenada en la *Staatlichen Schauspielhaus* de Berlín, el 20 abril 1933, cumpleaños de Hitler y en presencia de éste, declaraba: “Cuando oigo ‘cultura’, le quito el seguro a mi Browning” (“*Wenn ich Kultur höre... entsichere ich meinen Browning*”) (Acto primero, escena primera)⁴. De esta frase, algunos han sacado la impresión de que los nacionalsocialistas y la cultura -en especial, el Arte- eran incompatibles. Si esto fuera cierto, no hubieran adoptado una política sistemática e, incluso, obstinada de incautación de obras de arte, que agravó la tragedia que vivían miles de personas⁵.

1. Regulación jurídica del patrimonio cultural en Derecho internacional privado

2. Existen *cinco elementos claves* en la regulación jurídica del patrimonio cultural en Derecho internacional privado que son importantes para los museos de todo el mundo.

3. 1º) ¿El patrimonio cultural pertenece a un *particular*, a un *museo* o a un *Estado* o más bien pertenece a una sola persona? ¿Debe protegerse legalmente el patrimonio cultural de una persona, de una empresa, de un museo o de un Estado? ¿A quién *pertenece* realmente el bien cultural?⁶

No es un patrimonio cualquiera. Es un *patrimonio cultural*; por lo tanto, debemos protegerlo como reflejo de una “cultura” específica⁷. La cultura es un elemento social, una expresión de una sociedad; por consiguiente, debe protegerse la pertenencia del *bien cultural a la sociedad* de la que es una expresión⁸: “*The men and women of these countries have the right to recover these cultural assets which are part of their being*”⁹. Esta idea está latente en quienes defienden la *descolonización* de las obras de arte y el regreso de ellas a sus países de origen (*repatriation of stolen Art*)¹⁰. Es el caso, *ad ex.*, de la

² H. HARTUNG, *Kunstraub in Krieg und Verfolgung: die Restitution der Beute- und Raubkunst im Kollisions- und Völkerrecht*, Berlín, De Gruyter Recht, 2005, pp. 62-63.

³ Ingresó formalmente en el NSDAP el 1 noviembre 1932, con el número de militante 1.352.376, *Bundesarchiv R 9361-IX KARTEI/18510781*. Sobre él, *vid.*, *ad ex.*, R. DÜSTERBERG, “Johst, Hanns: 8.7.1890 - 23.11.1978”, 2004, disponible en <http://www.polunbi.de/pers/johst-01.html> (consultado el 25 febrero 2023); I. PETZSCHMANN, “Hanns Johst 1890-1978”, *LEMO Lebendiges Museum Online*, 14 septiembre 2014, disponible en <https://www.dhm.de/lemo/biografie/hanns-johst> (consultado el 25 febrero 2023).

⁴ “Cuando oigo la palabra cultura, echo mano a la pistola”, *DesEquiLIBROS*, 9 junio 2010, disponible en <http://desequilibros.blogspot.com/2010/06/cuando-oigo-la-palabra-cultura-echo.html> (consultado el 25 febrero 2023).

⁵ *Id.*, *ad ex.*, L. PÉREZ-PRAT DURBÁN/G. FERNÁNDEZ ARRIBAS (EDS.), *Holocausto y bienes culturales*, Huelva, Universidad de Huelva, 2019; A. RYDELL, *Hitlers Bilder: Kunstraub der Nazis – Raubkunst in der Gegenwart*, Frankfurt/New York, Campus Verlag, 2014; B. SCHWARZ, *Auf Befehl des Führers: Hitler und der NS-Kunstraub*, Darmstadt, Theiss, 2014.

⁶ *Id.*, *ad ex.*, P. GERSTENBLITH, “The Public Interest in the Restitution of Cultural Objects”, *Connecticut Journal of International Law*, 16, 2, Spring 2001, pp. 197-246; A. JAKUBOWSKI/K. HAUSLER/F. FIORENTINI, *Cultural heritage in the European Union: a critical inquiry into law and policy*, Leiden, Brill Nijhoff, 2019; P.-T. STOLL, “Where Should Nefertiti Go? Reflections on International Cultural Law”, en *Coexistence, Cooperation and Solidarity: Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum*, vol. I, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, pp. 303-316.

⁷ P. HÄBERLE, “La protección constitucional y universal de los bienes culturales: un análisis comparativo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 54, 1998, pp. 11-38; E. PIERROUX, *La propriété des oeuvres d'art corporelles: éléments pour une propriété spéciale*, 2 vols., Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de droit et de science politique, 2003.

⁸ *Id.*, *ad ex.*, J. BLAKE, “On Defining the Cultural Heritage”, *International and Comparative Law Quarterly*, 49, 1, January 2000, pp. 61-85; A.-L. CALVO CARAVACA/C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “Derecho a la cultura versus comercio internacional de obras de arte”, en *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Vol. 1, Madrid, Dykinson, 2008, pp. 255-280; K. SIEHR, “The Protection of Cultural Heritage and International Commerce”, *International Journal of Cultural Property*, 6, 2, July 1997, pp. 304-325.

⁹ AMADOU-MAHTOR M'BOU, “A plea for the return of an irreplaceable cultural heritage to those who created it”, *Museum*, vol. XXXI, nº 1, 1979, p. 58.

¹⁰ *Id.*, *ad ex.*, W. BULLINGER/S. TERKER, “Koloniales Erbe, Verantwortung und Provenienz”, *NJW*, 2019, pp. 731-736; A.

donación por el Papa Francisco de tres fragmentos de mármol del Partenón que se custodiaban en los museos Vaticanos a la Iglesia ortodoxa griega¹¹. Sería también el caso, *ad ex.*, si el Reino Unido devolviese a perpetuidad a Grecia los mármoles de Elgin, que son los mármoles del Partenón que constituyen una de las principales atracciones del *British Museum*¹².

4. 2º) Una sola protección del patrimonio de un país hecha a través de las leyes de ese país es ineficaz: es un “juego egoísta”; porque los demás países harán lo mismo para que el patrimonio cultural de un país sólo sea protegido por la autoridades de aquel país, pero no por las autoridades del resto del mundo. *Esta partida se pierde siempre*, si se juega en modo egoísta; porque el mundo es muy grande... La protección del patrimonio cultural a través de normas internas (nacionales) (= normas nacionales de Derecho internacional privado) *no suele ser muy eficaz* (unilateralismo jurídico): cada país tiene, por consiguiente, su propio nivel de protección, que es diferente de un país a otro¹³. Por el contrario, la protección del patrimonio cultural a través de *Convenios internacionales* y normas supranacionales de *Derecho europeo* es más eficaz y eficiente: basta con conocer una sola legislación (= Derecho consensuado, Derecho europeo) para proteger con justicia el patrimonio cultural en los diferentes países y tribunales¹⁴.

HERMAN, *Restitution: The Return of Cultural Artefacts*, London, Lund Humphries Publishers Ltd, 2021; E. JAYME, “Restitution von Kolonialgut: Narrative Wiedergutmachung und kulturelle Identität im Kunstrecht”, en Id., *Internationales Privatrecht - Rechtsvergleichung und Rechtsgeschichte - Kulturgüterschutz, Kunstrecht und Urheberrecht: Vorträge - Aufsätze - Betrachtungen*, Heidelberg, C.F. Müller, 2022, pp. 390-398; K. KUPRECHT, “Kulturgüter aus der Kolonialzeit und Restitution: Änderungen ohne Änderungen”, en M. WELLER ET AL. (HRSG.), *Raubkunst und Restitution Zwischen Kolonialzeit und Washington Principles: Tagungsband des Dreizehnten Heidelberger Kunstrechtstags am 18. und 19. Oktober 2019*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, Zürich, St. Gallen, Dike, Wien, facultas, 2020, pp. 153-166; G. REICHEL, “Neue Perspektiven für Schutz von Kulturgut aus kolonialem Kontext”, en M. WELLER/N.B. KEMLE/T. DREIER (HRSG.), *Handel, Provenienz, Restitution: Tagungsband des Zwölften Heidelberger Kunstrechtstags am 20. und 24. Oktober 2018*, Baden-Baden, Nomos, Wien, facultas, Zürich, St. Gallen, Dike, 2020, pp. 45-58; K. SIEHR, “Kolonialismus – Dekolonisierung – Neokolonialismus”, *Bulletin Kunst und Recht*, 2020/2-2021/1, pp. 13-20. También A. LEONE, “De vuelta en casa, la restitución del patrimonio artístico de las excolonias”, *Brújula Global*, Roma, 10 enero, 2022, disponible en <https://www.brujulaglobal.com/articulos/de-vuelta-en-casa-la-restitucion-del-patrimonio-artistico-de-las-excolonias> (consultado el 24 febrero 2023); Anónimo, “Bélgica cifra en 84.000 las obras de arte ‘robadas’ que devolverá al Congo”, *SWI swissinfo.ch*, 19 febrero 2022, disponible en https://www.swissinfo.ch/spa/bélgica-colonialismo_bélgica-cifra-en-84.000-las-obras-de-arte--robadas--que-devolverá-al-congo/47362064 (consultado el 24 febrero 2023).

¹¹ L. PACHO, “El Papa devuelve a Grecia los mármoles del Partenón que conserva en los Museos Vaticanos”, *El País*, 16 diciembre 2022, disponible en <https://elpais.com/cultura/2022-12-16/el-papa-devuelve-a-grecia-los-marmoles-del-partenon-que-conserva-en-los-museos-vaticanos.html> (consultado el 14 enero 2023).

¹² *Vid.*, *ad ex.*, J.H. MERRYMAN, “Thinking About the Elgin Marbles”, *Michigan Law Review*, 83, 8, August 1985, pp. 1881-1884 y 1888-1923; G. ROBERTSON, *Who Owns History?: Elgin’s Loot and the Case for Returning Plundered Treasure*, London, Biteback Publishing, 2019. Europa Press Internacional, “Reino Unido descarta contactos con Grecia para devolver los mármoles del Partenón”, 11 enero 2023, disponible en <https://www.europapress.es/internacional/noticia-reino-unido-descarta-contactos-grecia-devolver-marmoles-partenon-20230111204645.html> (consultado el 14 enero 2023); C. FRESNEDA, “La ministra de Cultura británica cierra la puerta a Grecia: ‘Los mármoles del Partenón nos pertenecen’”, *Diario El Mundo*, 12 enero 2023, disponible en <https://www.elmundo.es/cultura/arte/2023/01/12/63bfff06321efa04e3f8b457b.html> (consultado el 3 febrero 2023).

¹³ *Vid.*, *ad ex.*, C. BRÜNING, “Staatliche Kulturpflege im liberalen Rechtsstaat”, en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 27-38; A. JAGIELSKA-BURDUK, *Cultural Heritage as a Legal Hybrid: Between Public and Private Law*, Cham, Springer International Publishing, 2022.

¹⁴ *Vid.*, *ad ex.*, G. AVANZINI, “La circolazione intracomunitaria dei beni culturali privati tra tutela del patrimonio nazionale e identità culturale europea”, *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, XXVIII, 3-4, 2018, pp. 689-704; G. CARDUCCI, *La restitution internationale des biens culturels et des objets d’art volés ou illicitement exportés: droit commun, Directive CEE, conventions de l’Unesco et d’Unidroit*, Paris, LGDJ, 1997; E. CATANI/G. CONTALDI/F. MARONGIU BUONAIUTI, *La tutela dei beni culturali nell’ordinamento internazionale e nell’Unione europea: convegno di studi, Macerata 24 ottobre 2018*, Macerata, EUM, Edizioni Università di Macerata, 2020; M.J. ELVIRA BENAYAS, “Transposición al ordenamiento español de la Directiva 2014/60/UE sobre restitución de bienes que hayan salido de forma ilegal de un Estado miembro mediante la Ley 1/2017”, *REDI*, 70, 1, 2018, pp. 181-200; M. FRIGO, “La transition en droit interne italien de la Directive 2014/60 relative à la restitution de biens culturels ayant quitté illicitement le territoire d’un État membre”, en *Un patrimoine vivant, entre nature et culture: liber amicorum en l’honneur de Jérôme Fromageau*, Paris, Mare & Martin, 2019, pp. 327-339; W. HYJEK, *Unionsrecht des Kulturgüterschutzes im Binnen- und Außenverhältnis: Gleichlauf oder Unterschiede?*, Hamburg, Verlag Dr. Kovač, 2021; K.A. SHORT, “Note - Preventing the Theft and Illegal Export of Art in a Europe without Borders”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 26, 1993, pp. 633-665; S. MANSERVISI, *Corso di diritto comunitario dei beni culturali*, Roma, Aracne, 2006; L. MARTÍN REBOLLO, *El comercio del arte y la Unión Europea: la legislación española del patrimonio histórico y el Mercado interior: la normativa comunitaria sobre exportación y tráfico de bienes culturales*, Madrid, Civitas, Fundación Universidad Empresa,

Éste sería el caso, *ad ex.*, del Convenio UNIDROIT sobre bienes culturales robados o exportados ilícitamente (Roma, 24 junio 1995)¹⁵, la Convención de la UNESCO sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales (París, 14 noviembre 1970)¹⁶ y la Convención de la UNESCO sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático (París, 2 noviembre 2001)¹⁷.

5. 3º) La técnica jurídica para lograr una protección adecuada del patrimonio cultural en un contexto internacional es una cuestión crucial¹⁸. Hay varias posibilidades:

1994; J.H. MERRYMAN, “Cultural Property Internationalism”, *International Journal of Cultural Property*, 12, 1, February 2005, pp. 11-39; A. MIGLIO, “Kulturgüterschutz in einem Mehrebenensystem: die UNIDROIT-Konvention 1995 und die Vertragsabschlusskompetenz der EU”, *Jahrbuch für italienisches Recht*, 30, 2018, pp. 97-119; L.V. PROTT, “UNESCO and UNIDROIT: A Partnership against Trafficking in Cultural Objects”, *Uniform Law Review*, 1, 1, January 1996, pp. 59-71; A.F.G. RASCHER, *Kulturgütertransfer und Globalisierung: UNESCO-Konvention 1970, Unidroit-Konvention 1995, EG-Verordnung 3911/92, EG-Richtlinie 93/7, schweizerisches Recht*, Zürich, Schulthess, Baden-Baden, Nomos 2000; G. REICHEL, “International Protection of Cultural Property”, *Uniform Law Review*, 13, 1, January 1985, pp. 42-153; E. RODRÍGUEZ PINEAU/C. MARTÍNEZ CAPDEVILA, “La protección de los bienes culturales en la UE: un régimen puesto a prueba”, en L. PÉREZ-PRAT DURBÁN/A. LAZARI (COORD.), *El tráfico de bienes culturales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 227-269; D. SAVY, “La disciplina dell’Unione europea in tema di traffico illecito dei beni culturali”, *Archeologia ferita*, 2018, pp. 95-107; K. SIEHR, “The Protection of Cultural Property: The 1995 UNIDROIT Convention and the EEC Instruments of 1992/93 Compared”, *Uniform Law Review*, 3, 2-3, April 1998, pp. 671-683; I.A. STAMATOUDI, *Cultural Property Law and Restitution. A Commentary to International Conventions and European Union Law*, Northampton, Edward Elgar, 2011; A.-K. UHL, *Der Handel mit Kunstwerken im europäischen Binnenmarkt: freier Warenverkehr versus nationaler Kulturgüterschutz*, Berlin, Duncker & Humblot, 1993; M. WELLER, *Rethinking EU cultural property law: towards private enforcement*, Baden-Baden, Nomos, 2018.

¹⁵ *Vid.*, *ad ex.*, A.-L. CALVO CARAVACA/C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “El Convenio de Unidroit de 24 de junio de 1995”, en C.R. FERNÁNDEZ LIESA/J.J. PRIETO DE PEDRO (DIRS.), *La protección jurídico internacional del patrimonio cultural: especial referencia a España*, Madrid, Colex, 2009, pp. 155-190; C. FOX, “The UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects: An Answer to the World Problem of Illicit Trade in Cultural Property”, *American University Journal of International Law and Policy*, 9, 1, 1993, pp. 225-267; B. THORN, *Internationaler Kulturgüterschutz nach der UNIDROIT-Konvention*, Berlin, De Gruyter Recht, 2005.

¹⁶ *Vid.*, *ad ex.*, K. CHAMBERLAIN, “UK Accession to the 1970 UNESCO Convention”, *Art, Antiquity and Law*, 7, 3, September 2002, pp. 231-252; P. O’KEEFE, *Commentary on the 1970 UNESCO Convention*, Leicester, AnchorPrint, 2007; E. PORTELA VÁZQUEZ, “La protección de bienes culturales robados e ilícitamente exportados a EE.UU. Incorporación del Artículo 7 de la Convención de la Unesco de 1970 al Ordenamiento jurídico estadounidense”, *CDT*, 7, 1, 2015, pp. 142-185.

¹⁷ *Vid.*, *ad ex.*, E.M. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *La protección jurídica del patrimonio cultural subacuático en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012; M. ALZAGA GARCÍA/C. GARCÍA RIVERA, “La protección del patrimonio arqueológico subacuático ante actividades legítimas”, en F.X. NIETO PRIETO/M. BETHENCOURT NÚÑEZ (COORD.), *Arqueología subacuática española: Actas del I Congreso de Arqueología Náutica y Subacuática Española, Cartagena, 14, 15 y 16 de marzo de 2013*, vol. 2, 2014, pp. 311-320; M.J. AZNAR GÓMEZ, *La protección internacional del patrimonio cultural subacuático: con especial referencia al caso de España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004; V. BOU FRANCH, “La Convención de la UNESCO sobre la protección del patrimonio cultural subacuático”, en C.R. FERNÁNDEZ LIESA/J.J. PRIETO DE PEDRO (DIR.), *La protección jurídico internacional del patrimonio cultural: especial referencia a España*, Madrid, Colex, 2009, pp. 191-228; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Derechos reales”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho internacional privado*, 2ª ed., Tomo III, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 3589-3721 (pp. 3668-3673); M. GARCÍA GARCÍA-REVILLO/M.J. AGUDO ZAMORA, “Patrimonio cultural subacuático y objetos sumergidos: problemas conceptuales, dificultades normativas”, en RAFAEL CASADO RAIGÓN (DIR.), *L’évolution et l’état actuel du droit international de la mer: Mélanges de droit de la mer offerts à Daniel Vignes*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 335-372; E. PÉREZ-ÁLVARO, “The underwater cultural heritage for the benefit of the humankind: a double-edged sword”, en F.X. NIETO PRIETO/M. BETHENCOURT NÚÑEZ (COORD.), *Arqueología subacuática española: Actas del I Congreso de Arqueología Náutica y Subacuática Española, Cartagena, 14, 15 y 16 de marzo de 2013*, vol. 2, 2014, pp. 305-310; J.J. PERIAGO MORANT/M.J. AZNAR GÓMEZ, “Expolio del patrimonio cultural subacuático: régimen jurídico en España”, en L. PÉREZ-PRAT DURBÁN/Z. RUIZ ROMERO (EDS.), *El expolio de bienes culturales*, Huelva, Universidad de Huelva, 2022, pp. 167-198; E. PORTELA VÁZQUEZ, “La Convención de la UNESCO sobre la Protección del Patrimonio Subacuático: Principios Generales”, *CDT*, 3, 2, 2011, pp. 317-337; M. THEY, “La Convention de l’Unesco de 2001 sur la protection du patrimoine culturel subaquatique: un succès en demi-teinte”, *Revue de droit international d’Assas*, nº 4, 2021, pp. 32-71.

¹⁸ *Vid.*, *ad ex.*, L.M. KAYE, “Looted Art: What Can and Should be Done”, *Cardozo Law Review*, 20, 2, December 1998, pp. 657-670; F. KOHLS, *Kulturgüterschutz: Wirkungen von Verstößen gegen Ausfuhrverbote und Möglichkeiten der Rückführung illegal verbrachter Kulturgüter: eine vergleichende Untersuchung mit den Rechten Dänemarks, Norwegens und Schwedens*, Frankfurt am Main, Lang, 2001; P. LÓPEZ-CARCELLER MARTÍNEZ, *La reivindicación de los bienes culturales muebles ilegalmente exportados*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001; H. NIEĆ, “Legislative Models of Protection of Cultural Property”, *Hastings Law Journal*, 27, May 1976, pp. 1089-1122; K. ODENDAHL, *Kulturgüterschutz: Entwicklung, Struktur und Dogmatik eines ebenenübergreifenden Normensystems*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005; P. OTRANTO, “Più aperto e più rischioso il mercato internaziona-

- a) En primer lugar, la *simple restitución* del bien ilícitamente exportado a otro país tal como se hace, *ad ex.*, con los menores¹⁹.
- b) En segundo lugar, atribución *al Estado de origen* de la propiedad del bien cultural exportado ilícitamente. La ley que determina si el bien salió legal o ilegalmente del Estado de origen no debería ser, por tanto, si se quiere facilitar la restitución de la obra de arte, la *lex rei sitae* o ley del Estado donde actualmente se encuentra el objeto de arte reclamado, sino la *lex originis* o ley del Estado en que se encontraba dicho bien mueble, cuando se produjo la primera salida de un territorio estatal, cuya legalidad se cuestiona²⁰. *Ejemplo*: El Museo de Pontevedra devolvió al Ministerio de Cultura de Polonia dos pinturas del siglo XV: Una *Dolorosa* y un *Ecce Homo* de la escuela del pintor flamenco DIERIC BOUTS, destacado representante de la Escuela de Lovaina. Estos dos cuadros pertenecían a la *Colección de la Princesa Czartoryski*. Los *Czartoryski* eran una familia de la alta aristocracia polaca, con su propio museo (creado en 1796), integrado por cerca de dos mil representaciones pictóricas²¹. Los cuadros estaban depositados en el castillo de Gołuchów, pero, antes de que terminara la guerra, fueron saqueados por los nazis (1944). La Gestapo arrestó al heredero de la colección, AUGUSTYN JÓZEF, y su esposa, la princesa española MARÍA DOLORES BORBÓN-DOS SICILIAS, que fueron deportados a nuestro país gracias a la mediación del Estado español. Según parece, en 1973, un empresario español (J. FERNÁNDEZ LÓPEZ) consiguió dichas obras de una galería de Arte de Madrid o Barcelona. En 1994, ambos cuadros fueron adquiridos por la Diputación Provincial de Pontevedra, que compró toda la colección de 313 cuadros perteneciente al industrial gallego²².
- c) Por último, se pueden establecer *prohibiciones de exportación* de bienes culturales, acompañadas por multas y otras *sanciones* (*ad ex.*, nulidad del contrato) a quienes los exporten ilegalmente²³. Como ha subrayado, entre otros, P. MANKOWSKI, las *prohibiciones de exporta-*

le dei beni culturali italiani”, *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, XXVIII, 3-4, 2018, pp. 705-723; A.F.G. RASCHER, *Kulturgüterschutz und Globalisierung. UNESCO-Konvention 1970, UNIDROIT-Konvention 1995, EG-Verordnung 3911/92, EG-Richtlinie 93/7, Schweizerisches Recht*, Zürich, Schulthess, 2000; M.-A. RENOLD/P. GABUS, *Claims for the restitution of looted art / La revendication des oeuvres d’art spoliées*, Zürich, Schulthess, 2004; K. SIEHR, “Schicksal von unrechtmäßig verbrachtem Kulturgut nach dessen Rückgabe in den Herkunftsstaat der EU: zu Art. 12 der Richtlinie 93/7/EWG und Art. 13 der Richtlinie 2014/60/EU”, en *Europa als Rechts- und Lebensraum: Liber amicorum für Christian Kohler zum 75. Geburtstag am 18. Juni 2018*, Bielefeld, Giesecking, 2018, pp. 461-472.

¹⁹ *Vid.*, *ad ex.*, N. PALMER, “Recovering Stolen Art”, *Current Legal Problems*, 47, 2, 1994, pp. 215-254; L. PÉREZ-PRAT DURBÁN, “El retorno de los bienes culturales”, en L. PÉREZ-PRAT DURBÁN/Z. RUIZ ROMERO (EDS.), *El expolio de bienes culturales*, Huelva, Universidad de Huelva, 2022, pp. 265-314; M. WELLER, “Restitution nationalsozialistischer Raubkunst. Das deutsche Zurechnungsmodell unter der Lupe”, en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 85-98.

²⁰ *Vid.*, *ad ex.*, D. FINCHAM, “How Adopting the *Lex Originis* Rule Can Impede the Flow of Illicit Cultural Property”, *Columbia Journal of Law and the Arts*, 32, 1, 2008, pp. 111-150; O.R. KURPIERS, *Die lex-originis-Regel im internationalen Sachenrecht: grenzüberschreitende privatrechtliche Ansprüche auf Herausgabe von abhanden gekommenen und unrechtmäßig ausgeführten Kulturgütern*, Frankfurt am Main, Lang 2005; K. SIEHR, “The *lex originis* for cultural objects in European private international law”, en *Liber Fausto Pocar*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 879-891; V. WIESE, *Der Einfluss des EG-Rechts auf das Internationale Sachenrecht der Kulturgüter*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2020; T. SZABADOS, “In Search of the Holy Grail of the Conflict of Laws of Cultural Property: Recent Trends in European Private International Law Codifications”, *International Journal of Cultural Property*, 27, 3, 2020, pp. 323-347.

²¹ *Vid.* página web oficial de este Museo (*Czartoryski Museum*), disponible en: <https://krakow.wiki/czartoryski-museum/> (consultada el 3 febrero 2023).

²² “El Museo de Pontevedra devuelve a Polonia dos cuadros procedentes del expolio nazi”, en *Pecados del Arte*, 26 enero 2023, disponible en <https://pecadosdelarte.com/noticia/324/actualidad/el-museo-de-pontevedra-devuelve-a-polonia-dos-cuadros-procedentes-del-expolio-nazi.html> (consultado el 2 febrero 2023); RTVE.ES/EFE, “El Museo de Pontevedra devuelve a Polonia dos obras expoliadas por los nazis durante la IIGM”, disponible en <https://www.rtve.es/noticias/20230125/museo-pontevedra-devuelve-polonia-dos-obras-expoliadas-nazis-durante-iigm/2417661.shtml> (consultado el 3 febrero 2023).

²³ *Vid.*, *ad ex.*, A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos de importación y exportación de bienes culturales”, en M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA/A. SALINAS DE FRIAS (COORDS.), *Soberanía del Estado y Derecho internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, vol. 1, Sevilla, Universidad de Córdoba, Universidad de Sevilla, Universidad de Málaga, 2005, pp. 259-292; D. MOLL, *Ausfuhrverbote für NS-Raubkunst*, Berlin, Boston, de Gruyter, 2017; K. SIEHR, “Inländische Anerkennung ausländischer Verbote, Kulturgüter illegal auszuführen – 40 Jahre Attorney-General of New Zealand v. Ortiz”, *Kunst und Recht*, 25, 2023, pp. 2-11.

ción de bienes culturales (*Ausfuhrverbote für nationale Kulturgüter*) son normas internacionalmente imperativas (*Eingriffsnormen*)²⁴; es decir, disposiciones de Derecho interno acompañadas de una norma unilateral expresa o implícita, de origen legislativo o jurisprudencial, que tutelan un interés general, no intereses de particulares, y que, por lo tanto, son absolutamente irrenunciables para los tribunales del foro, incluso en presencia de un elemento extranjero o aunque sea una legislación extranjera la que, en virtud de la norma de conflicto ordinaria, regule el conjunto de la relación de que se trate, tal como ocurre en materia de contratos internacionales (art. 9 Reglamento Roma I) o de obligaciones extracontractuales internacionales (art. 16 Reglamento Roma II)²⁵.

6. 4º) La protección de los *terceros de buena fe*: los terceros de buena fe pueden haber adquirido el bien cultural exportado ilícitamente a un país determinado de conformidad con la ley de aquel país (*lex rei sitae*); de tal manera que consideren que han adquirido legítimamente el bien²⁶.

Sin embargo, la protección de los terceros que actúan de buena fe *no es igual* en todos los ordenamientos del mundo. En algunos sistemas, todos los bienes, incluso si son robados, adquiridos de buena fe, pasan a ser propiedad del comprador. En otros sistemas, el bien robado se convierte en *extra commercium* y no puede ser adquirido por nadie, ni siquiera de buena fe²⁷. Las posiciones legales se vuelven inestables en un contexto internacional.

7. 5º) La *inmunidad de jurisdicción*: los tribunales de un Estado no pueden juzgar a otro Estado sin el consentimiento de éste²⁸. Como afirmaba ya BARTOLO DE SASSOFERRATO, un célebre estatuario italiano: “*Non enim una civitas potest facere legem super alteram, quia par in parem non habet imperium*”²⁹. La inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero ha sido alegada en varias ocasiones, cuando se trataba de litigios que tenían por objeto la restitución de obras de arte robadas por los nazis (*ad ex.*, *Altmann v. Republic of Austria*, 541 U.S. 677 [2004]; *Fred Westfield et al. v. Federal Republic of Germany*, No. 09-cv-204 [M.D. Tenn., filed Mar. 2, 2009]; *De Csepel v. Republic of Hungary* 859 F.3d 1094 [D.C.Cir. 2017]; *Republic of Hungary, et al. v. Rosalie Simon, et al.*, 592 US _ [2021]³⁰;

²⁴ H.-P. MANSEL, “Eingriffsnormen im internationalen Sachenrecht”, en T. ACKERMANN/J. KÖNDGEN (HRSG.), *Privat- und Wirtschaftsrecht in Europa: Festschrift für Wulf-Henning Roth zum 70. Geburtstag*, München, C.H. Beck, 2015, pp. 375-382 (pp. 380-381).

²⁵ P. MANKOWSKI, *Internationales Privatrecht*, vol. 2 (*Besonderer Teil*), 2ª ed., München, C.H. Beck, 2019, p. 462; H.-P. MANSEL, “Eingriffsnormen im internationalen Sachenrecht”, en T. ACKERMANN/J. KÖNDGEN (HRSG.), *Privat- und Wirtschaftsrecht in Europa: Festschrift für Wulf-Henning Roth zum 70. Geburtstag*, München, C.H. Beck, 2015, pp. 375-382 (pp. 377-378); K. SIEHR, “Kulturgüter als *res extra commercium* im internationalen Rechtsverkehr”, en *Lebendiges Recht: von den Sumerern bis zur Gegenwart. Festschrift für Reinhold Trinkner zum 65. Geburtstag*, Heidelberg, Verl. Recht und Wirtschaft, 1995, pp. 703-722 (pp. 715-716).

²⁶ M. ANTON, *Rechtshandbuch Kulturgüterschutz und Kunstrestitutionsrecht*, vol. 2 (*Zivilrecht – Guter Glaube im internationalen Kunsthandel*), Berlin, New York, 2010; J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, p. 3; S. RUDOLPH, *Restitution von Kunstwerken aus jüdischem Besitz: Dingliche Herausgabeansprüche nach deutschem Recht*, Berlin, Boston, De Gruyter, 2007, pp. 190-236.

²⁷ *Vid.*, *ad ex.*, K. SIEHR, “Kulturgüter als *res extra commercium* im internationalen Rechtsverkehr”, en *Lebendiges Recht: von den Sumerern bis zur Gegenwart. Festschrift für Reinhold Trinkner zum 65. Geburtstag*, Heidelberg, Verl. Recht und Wirtschaft, 1995, pp. 703-722; A. WEIDNER, *Kulturgüter als res extra commercium im internationalen Sachenrecht*, Berlin, New York, Walter de Gruyter, 2001.

²⁸ *Vid.*, *ad ex.*, E.K. BANKAS, *The state immunity controversy in international law: private suits against sovereign states in domestic courts*, 2ª ed., Berlin, Springer, 2022; M. BERENTELG, *Die Act-of-State-Doktrin als Zukunftsmodell für Deutschland?: zur Nachprüfung fremder Hoheitsakte durch staatliche Gerichte*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010; H. FOX/P. WEBB, *The Law of State Immunity*, 3ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2013; S. TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, “La inmunidad del Estado y los bienes culturales”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 19, 2015, pp. 153-181 (también, con ligeros cambios, como ID., “Las obras de arte del Estado y su inmunidad”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 10, 2017, pp. 401-426); X. YANG, *State Immunity in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

²⁹ BARTOLUS DE SAXOFERRATO, *Tractatus represaliarum*, 1354, Questio I/3, § 10, citado por X. YANG, *State Immunity in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 517, nota 87.

³⁰ Disponible en <https://www.oyez.org/cases/2020/18-1447> (consultado el 13 abril 2023). *Vid.*, *ad ex.*, K.L. BOYD, “International Arbitration and the Future of Holocaust Restitution in the Aftermath of Republic of Hungary v. Simon and Federal Republic of Germany v. Philipp” (4 marzo 2021), disponible en <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/03/04/in->

Federal Republic of Germany, et al. v. Alan Philipp, et al., 592 US _ [2021]³¹; *Berg v. Kingdom of the Netherlands*, N° 20-1765 [4th Cir. 2022]³²). Como se ha señalado, “el reconocimiento de la inmunidad del Estado en los supuestos de reclamación de bienes ha constituido uno de los grandes límites a los que las víctimas han tenido enfrentarse a fin de poder recuperar sus propiedades”³³.

Ejemplo 1: Un cuadro perteneciente al Estado español reclamado por los judíos a los que había sido robado por nazis alemanes³⁴. Uno de ellos averiguó dónde se encontraba la pintura impresionista (2000). Tras algunas gestiones que no tuvieron éxito, presentó una demanda de restitución contra el Estado español y el Museo Thyssen-Bornemisza ante los tribunales de California (2005)³⁵. El primer escollo que tenía que salvar el demandante era la *inmunidad de jurisdicción* de, al menos, el Estado español. Éste no era un valladar insalvable: El Tribunal Supremo de los Estados Unidos había resuelto un año antes que la “excepción de expropiación” (*expropriation exception*) era aplicable al expolio de obras de arte por los nazis (*Altmann v Republic of Austria*)³⁶. Según la *Foreign Sovereign Immunities Act*, 28

ternational-arbitration-and-the-future-of-holocaust-restitution-in-the-aftermath-of-republic-of-hungary-v-simon-and-federal-republic-of-germany-v-philipp/ (consultado el 13 abril 2023); W.S. DODGE, “Brief of Professor William S. Dodge as *Amicus Curiae* in Support of Plaintiffs-Appellants, Simon v. Republic of Hungary (February 5, 2018)”, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3118607> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3118607> (consultado el 13 abril 2023); D.G. SAVAGE, “Supreme Court weighs heirs’ claims over forced Jewish art sales during Nazi era”, *Los Angeles Times*, 3 diciembre 2020, disponible en <https://www.latimes.com/politics/story/2020-12-03/supreme-court-weighs-if-heirs-of-jewish-art-dealers-can-sue-over-nazis-forced-sale-of-relics> (consultado el 13 abril 2023); T. SHARMA/A. WHISTLER, “Republic of Hungary v. Simon”, disponible en <https://www.law.cornell.edu/supct/cert/18-1447> (consultado el 13 abril 2023).

³¹ Disponible en <https://www.oyez.org/cases/2020/19-351> (consultado el 13 abril 2023). Comentado por J. MIKOLAJCZAK/D.M. BIALER, “Federal Republic of Germany v. Philipp”, disponible en <https://www.law.cornell.edu/supct/cert/19-351> (consultado el 13 abril 2023); F. ROMANI/A. CHECHI/M.-A. RENOLD, “Case Guelph Treasure – Alan Philipp, Gerald G. Stiebel and Jed R. Leiber v. Germany and Prussian Cultural Heritage Foundation”, Platform ArThemis (<http://unige.ch/art-adr>), Art-Law Centre, University of Geneva, disponible en <https://plone.unige.ch/art-adr/cases-affaires/case-guelph-treasure-2013-alan-philipp-gerald-g-stiebel-and-jed-r-leiber-v-germany-and-prussian-cultural-heritage-foundation-1> (consultado el 13 abril 2023); J. ZEDER, “Looted: A Saga of Nazi-Stolen Art: The maddening tale of the Guelph Treasure’s theft and the enduring quest for restitution by the heirs and their attorney Nicholas O’Donnell ’03.”, *BC Law, Boston College Law School Magazine Online*, Summer 2021, disponible en <https://lawmagazine.bc.edu/2021/07/looted-a-saga-of-nazi-stolen-art/> (consultado el 13 abril 2023).

³² Disponible en <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca4/20-1765/20-1765-2022-02-03.html> y en <https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCOURTS-ca4-20-01765/pdf/USCOURTS-ca4-20-01765-0.pdf> (consultados el 13 abril 2023). Comentado por S. DRAWDY, “Multi-million dollar collection remains with the Netherlands after heirs lose U.S. and Dutch claims” (13 mayo 2020 y actualizado el 27 mayo 2020), disponible en <https://ial.uk.com/collection-remains-with-netherlands-after-heirs-lose-us-and-dutch-claims/> (consultado el 13 abril 2023).

³³ *Vid.*, *ad ex.*, G. FERNÁNDEZ ARRIBAS, “La inmunidad del Estado como límite a la restitución de los bienes expoliados durante el Holocausto”, en L. PÉREZ- PRAT DURBÁN/G. FERNÁNDEZ ARRIBAS (Eds.), *Holocausto y bienes culturales*, Huelva, Universidad de Huelva, 2019, pp. 153-176 (p. 156).

³⁴ *Cassirer v. Thyssen-Bornemisza Collection Foundation*, 596 U.S. ___ (2022), disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/596/20-1566/#tab-opinion-4571695>. *Vid.*, *ad ex.*, C. KOTUBY, “U.S. Supreme Court decides *Cassirer v. Thyssen-Bornemisza Collection Foundation*” (28 abril 2022), disponible en <https://conflictoflaws.net/2022/u-s-supreme-court-decides-cassirer-v-thyssen-bornemisza-collection-foundation/>; M. LUFKIN, “In US Supreme Court hearing over Nazi-looted Pissarro, justices question Spanish museum’s position” (18 enero 2022), disponible en <https://www.theartnewspaper.com/2022/01/18/us-supreme-court-cassirer-pissarro-nazi-loot-hearing>; S. MARTÍNEZ, “Los Cassirer, la familia judía que exige al Thyssen el cuadro que les salvó la vida en la Alemania nazi”, *Diario El Español*, 17 marzo 2018, disponible en https://www.elespanol.com/reportajes/20180317/cassier-familia-exige-thyssen-cuadro-salvo-alemania/292471811_0.html, consultado el 23 enero 2023; N. O’DONNELL, “District Court Dismisses Cassirer Claim for Pissarro against Thyssen Bornemisza Collection by Applying Spanish Law of Adverse Possession”, June 8, 2015, disponible en <https://blog.sullivanlaw.com/artlawreport/2015/06/08/district-court-dismisses-cassirer-claim-for-pissarro-against-thyssen-bornemisza-collection-by-applying-spanish-law-of-adverse-possession/> (consultado el 5 febrero 2023); A. PATEL, “Case Review: *Cassirer et al. v. Thyssen Bornemisza Collection Foundation* (2022)” (27 mayo 2022), disponible en <https://itsartlaw.org/2022/05/27/case-review-cassirer-et-al-v-thyssen-bornemisza-collection-foundation-2022-2/>; D.D. SAVAGE, “Supreme Court hears Californians’ claim to painting taken by Nazis, sold to museum” (18 enero 2022), disponible en <https://www.latimes.com/politics/story/2022-01-18/supreme-court-hears-california-familys-claim-to-painting-taken-by-nazis-sold-to-museum>; S. SHERRY, “What Should Happen Next in *Cassirer*?” (22 abril 2022), *Transnational Litigation Blog*, disponible en <https://tlblog.org/what-should-happen-next-in-cassirer/>; M. WELLER, “Kollisionsrecht und NS-Raubkunst: U.S. Supreme Court, Entscheidung vom 21. April 2022, 596 U.S. 142 S.Ct. 1502 (2022) – Cassirer et al. / Thyssen-Bornemisza Collection Foundation”, *IPRax*, 2023, 1, pp. 97-100.

³⁵ *Cassirer v. Kingdom of Spain* 2006 WL 8423211 at *1 (C.D.Cal. 2006).

³⁶ *Altmann v. Republic of Austria* 142 F.Supp.2d 1187 (C.D.Cal. 2001); *aff’d and rem’d* 317 F.3d 954 (9th Cir. 2002); opi-

U.S.C. § 1605 (*FSIA*), los tribunales estadounidenses tienen competencia judicial internacional, cuando la demanda tenga por objeto la restitución de propiedades que sus legítimos propietarios perdieron en virtud de una violación del Derecho internacional y cuando el Estado extranjero, organismo público extranjero o construcción jurídica instrumental creada y organizada por uno de los anteriores haya realizado actividades comerciales en los Estados Unidos³⁷. En un principio, la defensa del Estado español y su Museo sostuvo que la FSIA era inaplicable en su caso; pero un Tribunal del Noveno Circuito rechazó este alegato, basándose en que ambos demandados eran organismos extranjeros de carácter público y en que era irrelevante, a estos efectos, que España no hubiese participado, en 1939, en la expropiación de la obra, sino que lo hubiera sido la Alemania nazi (2012) (*application to non-expropriating State*): “*In sum, the statute states that the property at issue must have been ‘taken in violation of international law’. It does not state ‘taken in violation of international law by the foreign state being sued’ [...] For these reasons, we conclude that § 1605(a)(3) does not require that the foreign state against whom suit is brought be the foreign state that took the property at issue in violation of international law*”³⁸. El Tribunal recurrió, por tanto, a *dos argumentos*. Primero: *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* (Digesto, 6.2.8). Segundo: la redacción en voz pasiva de la disposición legal en la que se basaba su razonamiento pone en evidencia que lo relevante es que un Estado se haya apropiado ilegítimamente del objeto de arte, no quién haya sido o si tiene que serlo el Estado que actualmente tiene la obra de arte (*argumento por analogía* extraído de *Dean v. United States*, 556 U.S. 568 [2009])³⁹. El Tribunal del Noveno Circuito zanjó así una cuestión interesante, en la que realmente no entró, a saber: si es un acto estatal *iure gestionis* o *iure imperii* la adquisición por el Estado demandado de la propiedad de una obra de arte de manera legítima, cuando ésta ha sido objeto de una apropiación ilegítima previa que el actual Estado propietario desconocía⁴⁰.

Ejemplo 2: El Estado austriaco estaba en posesión del cuadro “retrato de Adele Bloch-Bauer I” (1917) de GUSTAV KLIMT, comúnmente conocido como *Woman in Gold*, que estuvo expuesto durante muchos años en la Galería estatal de Belvedere, en Viena⁴¹. En el año 2000, la Sra. MARIA ALTMANN, heredera de FERDINAND BAUER-BLOCH, que estaba domiciliada en California desde 1945, solicitó la restitución de dicho cuadro ante los tribunales estadounidenses. Para ello, demandó al Estado austriaco y a la Galería de Belvedere. Austria se opuso a la restitución e invocó su *inmunidad de jurisdicción*. Esto

nion amended and rehearing den’d 327 F.3d 1246 (9th Cir. 2003); aff’d on other grounds 541 U.S. 677 (2004); 377 F.3d 1105 (9th Cir. 2004); 335 F.Supp.2d 1066 (C.D.Cal. 2004). Sieher ferner 538 U.S. 1029 (2003) – granting stay und 539 U.S. 987 (2003) – granting certiorari in part. *Vid., ad ex.*, D.P. VANDENBERG, “In the Wake of Republic of Austria v. Altmann: The Current Status of Foreign Immunity in United States Courts”, *University of Colorado Law Review*, 77, 2006, pp. 739-766.

³⁷ *Cassirer v. Kingdom of Spain* 461 F.Supp.2d 1157, 1178 (C.D.Cal. 2006); aff’d in part, rev’d in part 580 F.3d 1048 (9th Cir. 2009); rev’d en banc 616 F.3d 1019 (9th Cir. 2010): “*The Court concludes that Defendants have engaged such numerous commercial contacts with the United States that the ‘commercial activity’ element of the expropriated property exception is easily established [...] There are sales to United States residents of reproductions of the Painting, [...] and hundreds of other contacts involving the purchase and sale of merchandise [...] some of which are directly related to Pissarro and even the Painting itself*”.

³⁸ *Cassirer v. Kingdom of Spain* 616 F.3d 1019, 1031 f. (9th Cir. 2010). Sobre esta cuestión, *vid., ad ex.*, B.L. HAY, “*Cassirer v. Kingdom of Spain and Thyssen-Bornemisza Collection Foundation*”, en *Id.*, *Nazi-looted Art and the Law: the American cases*, Cham, Springer, 2017, § 7.3.1.

³⁹ Disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/556/568/> (consultado el 10 febrero 2023).

⁴⁰ *Vid., ad ex.*, B. ARP, “Dos males, un bien no hacen: el asunto Cassirer ante los tribunales estadounidenses y la inmunidad de jurisdicción de España”, *REDI*, 63, 2, 2011, pp. 161-177; G. FERNÁNDEZ ARRIBAS, “La inmunidad del Estado como límite a la restitución de los bienes expoliados durante el Holocausto”, en L. PÉREZ- PRAT DURBÁN/G. FERNÁNDEZ ARRIBAS (EDS.), *Holocausto y bienes culturales*, Huelva, Universidad de Huelva, 2019, p. 167.

⁴¹ *Altmann v. Republic of Austria* 142 F.Supp.2d 1187 (C.D.Cal. 2001); aff’d and rem’d 317 F.3d 954 (9th Cir. 2002); opinion amended and rehearing den’d 327 F.3d 1246 (9th Cir. 2003); aff’d on other grounds 541 U.S. 677 (2004); 377 F.3d 1105 (9th Cir. 2004); 335 F.Supp.2d 1066 (C.D.Cal. 2004). Sieher ferner 538 U.S. 1029 (2003) – granting stay und 539 U.S. 987 (2003) – granting certiorari in part. *Vid., ad ex.*, A.-L. CALVO CARAVACA/C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “El caso Klimt”, en A.-L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ (COORDS.), *La Unión Europea ante el Derecho de la Globalización*, Madrid, Colex, 2008, pp. 61-86; M.J. CHORAZAK, “Clarity and Confusion: Did Republic of Austria v. Altmann Revive State Department Suggestions of Foreign Sovereign Immunity”, *Duke L.J.*, 55, 2005, pp. 373-404; J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 84-88; W.H. RECHBERGER, “Adele, Amalie und das Belvedere. Zur Kunstrückgabe am Beispiel zweier Klimt-Porträts”, en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 62-73.

último era comprensible; puesto que, en aquel momento, no estaba claro en la jurisprudencia estadounidense si la *Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA)*, que había sido aprobada en 1976, tenía efectos retroactivos; es decir, si era aplicable a actos jurídicos anteriores a esa fecha o si, por el contrario, los litigios jurídicos, cuyo origen se encontrase en tiempos de la Segunda Guerra Mundial, debían resolverse exclusivamente con la legislación vigente en aquella época -que, a diferencia de la FSIA, seguía la teoría de la *immunidad absoluta* del Estado extranjero-. Con *Altmann v. Republic of Austria*, el Tribunal Supremo de Estados Unidos resolvió dicha cuestión en favor de la aplicación retroactiva de la FSIA y, por tanto, de los intereses de los demandantes (*Altmann v. Republic of Austria* 541 U.S. 677 [2004]): “[...] we affirm the panel’s judgment because the Act, [...] clearly applies to conduct, like petitioners’ alleged wrongdoing, that occurred prior to 1976 and, for that matter, prior to 1952 when the State Department adopted the restrictive theory of sovereign immunity”⁴².

2. Dos casos célebres en los que ha participado España

8. Dos casos litigiosos muestran hasta qué punto dichas controversias legales pueden ser variadas:

A) Naufragio en aguas internacionales y Derecho internacional privado: *Odyssey* y *Nuestra Señora de las Mercedes* (2009)

9. La compañía americana *Odyssey* recuperó el pecio conocido como *Black Swan*, que correspondía a la fragata de guerra española *Nuestra Señora de las Mercedes*⁴³. Este navío fue hundido el 5 de octubre de 1804 en aguas del Atlántico, en la batalla del cabo Santa María (5 octubre 1804), frente a las costas del Algarve portugués, por otra fragata inglesa, aunque no existía ninguna declaración previa de guerra⁴⁴. Unos dos meses después de la pérdida de la fragata, el rey español Carlos IV declaró formalmente la guerra a Gran Bretaña, lo que llevó a un desastre aún mayor, la batalla de Trafalgar (21 octubre 1805)⁴⁵. Los restos del naufragio de la *Mercedes* constaban de cerca de 600.000 monedas de oro y plata, entre otros objetos.

⁴² *Altmann v. Republic of Austria* 541 U.S. 677, 700 (2004).

⁴³ *Vid.*, ad ex., M.A. ALCOCEBA GALLEGÓ, “Algunas consideraciones sobre los aspectos competenciales del caso *Odyssey* y el régimen de protección del patrimonio subacuático español”, en C.R. FERNÁNDEZ LIESA/J.J. PRIETO DE PEDRO (DIR.), *La protección jurídico internacional del patrimonio cultural: especial referencia a España*, Madrid, Colex, 2009, pp. 455-462; F.J. CARRERA HERNÁNDEZ, “El asunto del ‘Nuestra Señora de las Mercedes’ (*Odyssey*)”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 17, 2009; F. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, “La fragata del rey Nuestra Señora de las Mercedes”, *Desperta Ferro. Arqueología e Historia*, nº 3, 2015, pp. 32-37; C. GARCÍA DEL PINO/F. ESCOBAR GUIO, “Almiranta ‘Nuestra Señora de las Mercedes’: Naufragio”, *Revista de arqueología*, Año nº 24, nº 262, 2003, pp. 54-59; S. GARCÍA RAMÍREZ, “La última misión de la fragata Nuestra Señora de las Mercedes”, *Revista de Historia Naval*, año nº 32, nº 127, 2014, pp. 27-41; G. GIMÉNEZ DE LA CUADRA, “La fragata nuestra Señora de las Mercedes y el caso *Odyssey*”, *La Toga*, nº 177, 2010, pp. 40-41; J.A. GOULD/E. DE CABO, “España gana el caso Nuestra Señora de las Mercedes: un éxito jurídico, histórico y cultural”, en *El último viaje de la fragata Mercedes: la razón frente al expolio. Un tesoro cultural recuperado*, Madrid, Museo Naval, Museo Arqueológico Nacional, 2014, pp. 135-145; C. GUTIÉRREZ NEIRA/I. MONTERO RUIZ/C. MARCOS ALONSO, “Análisis elemental de las monedas de oro procedentes de la fragata Nuestra Señora de las Mercedes (1804)”, en P. GRAÑEDA MIÑÓN (ED. LIT.), *Patrimonio numismático y museos: actas XV Congreso Nacional de Numismática. Madrid, 28-30 de octubre de 2014*, Madrid, 2016, pp. 643-654; C. MARCOS ALONSO, “Las monedas de la fragata Nuestra Señora de las Mercedes, una historia mutilada”, en F.X. NIETO PRIETO/M. BETHENCOURT NÚÑEZ (COORD.), *Arqueología subacuática española: Actas del I Congreso de Arqueología Náutica y Subacuática Española, Cartagena, 14, 15 y 16 de marzo de 2013*, vol. 1, 2014, pp. 313-322; C. MARCOS ALONSO/P. OTERO MORÁN/P. GRAÑEDA MIÑÓN, “Las monedas de la fragata Nuestra Señora de las Mercedes”, en *El último viaje de la fragata Mercedes: la razón frente al expolio. Un tesoro cultural recuperado*, Madrid, Museo Naval, Museo Arqueológico Nacional, 2014, pp. 337-350; F.X. NIETO PRIETO, “El cargamento de la fragata Nuestra Señora de las Mercedes: un proyecto arqueológico y museístico”, en F.X. NIETO PRIETO/M. BETHENCOURT NÚÑEZ (COORD.), *Arqueología subacuática española: Actas del I Congreso de Arqueología Náutica y Subacuática Española, Cartagena, 14, 15 y 16 de marzo de 2013*, vol. 1, 2014, pp. 305-312.

⁴⁴ Las razones que llevaron a la flota británica a atacar las explica S. GARCÍA RAMÍREZ, “La última misión de la fragata Nuestra Señora de las Mercedes”, *Revista de Historia Naval*, año nº 32, nº 127, 2014, pp. 27 y ss. (pp. 35-38).

⁴⁵ S. GARCÍA RAMÍREZ, “La última misión de la fragata Nuestra Señora de las Mercedes”, *Revista de Historia Naval*, año nº 32, nº 127, 2014, pp. 38-41.

El buque español fue reflotado por la empresa americana Odyssey y llevado a Florida -que lo proclamó el 18 mayo 2007-. En su anuncio público, la empresa estadounidense, que bautizó la operación como *cisne negro* (*Black Swan*), no indicó ni la ubicación ni el pabellón del navío⁴⁶. El pecio se encontraba en aguas internacionales, fuera de toda soberanía territorial de cualquier Estado.

10. Debe recordarse que:

- a) La Compañía Odyssey sostuvo que, aunque la fragata pertenecía a la Armada Española, se encontraba en una misión comercial, contratada de forma privada y transportando carga de propiedad privada. El navío puede ser un “buque de Estado”, pero no su cargamento, que nunca había sido propiedad del Reino de España.
- b) Por otra parte, la República del Perú mantuvo que el tesoro fue fabricado en el Perú con metales peruanos y, por lo tanto, le pertenecía⁴⁷.
- c) El Reino de España alegó que *Nuestra Señora de las Mercedes* era un buque de Estado y, por lo tanto, pertenecía al Estado español.

11. En la resolución del caso por los tribunales estadounidenses se declaró que:

- a) El navío *Nuestra Señora de las Mercedes* era una nave de Estado propiedad del Reino de España.
- b) Por consiguiente, los tribunales estadounidenses no tenían competencia para decidir sobre la propiedad del pecio. La inmunidad soberana aplicable a los buques de Estados extranjeros impedía que los tribunales estadounidenses se pronunciasen sobre la cuestión de su propiedad⁴⁸.

12. Fue Odyssey quien inició el proceso judicial ante los jueces norteamericanos, que culminó con el informe y la recomendación del Tribunal de Tampa (Florida) de 3 junio 2009, cuyo ponente fue el juez MARK A. PIZZO⁴⁹. Por tanto, no fue el Reino de España quien reivindicó la propiedad del pecio ante los tribunales estadounidenses.

13. El 22 diciembre 2009, el Juez de distrito estadounidense STEVEN D. MERRYDAY desestimó las demandas de Odyssey y Perú, considerando que carecía de jurisdicción para conocer del caso, y ordenó a Odyssey que restituyese los restos del naufragio que tuviera en su poder a España⁵⁰.

Todo el cargamento fue entregado al Reino de España por el tribunal norteamericano, únicamente como depósito, en espera de una decisión del tribunal competente sobre la cuestión de su *propiedad* y eventualmente de los *derechos de Odyssey* derivados de su descubrimiento. El tesoro se encuentra ahora en el *Museo marítimo de Cartagena*.

⁴⁶ Sobre los argumentos de Perú, F.J. CARRERA HERNÁNDEZ, “El asunto del ‘Nuestra señora de la Mercedes’ (Odyssey)”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 17, 2009, pp. 16-17.

⁴⁷ Sobre la identificación del pecio y su ubicación, F.J. CARRERA HERNÁNDEZ, “El asunto del ‘Nuestra señora de la Mercedes’ (Odyssey)”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 17, 2009, pp. 4-6.

⁴⁸ F.J. CARRERA HERNÁNDEZ, “El asunto del ‘Nuestra señora de la Mercedes’ (Odyssey)”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 17, 2009, pp. 7-16.

⁴⁹ Case N°. 8:07-CV-614-SDM-MAP. United States District Court. Middle District of Florida. Tampa Division. *Odyssey marine exploration, inc. (plaintiff) v. The Unidentified Shipwrecked Vessel (defendant in rem) and The Kingdom of Spain, The Republic of Peru, et al. (claimants)*. El texto íntegro está disponible en https://www.gc.noaa.gov/documents/2012/122209_Mercedes-black_swan.pdf (consultado el 30 diciembre 2022); <https://www.culturaydeporte.gob.es/fragatamercedes/dam/jcr:8c6c973b-e529-45b8-88d6-fa3df2829650/02--order-district-judge--22-12-2009.pdf> (consultado el 30 diciembre 2022).

⁵⁰ *Odyssey Marine Exploration, Inc. v. The Unidentified Shipwrecked Vessel*, Case N° 8:07-cv-614-T-23MAP, Order of the District Judge, 22 December 2009. El texto íntegro está disponible en <https://case-law.vlex.com/vid/odyssey-marine-v-unknown-891049376> (consultado el 30 diciembre 2022); https://sherloc.unodc.org/cld/uploads/res/case-law-doc/trafficking-cultural-property/crimetype/usa/2012/case_shipwreck_mercedes_html/Odyssey_Marine_v._Unidentified_Shipwrecked_Vessel_675_F_Supp._2d_1126_-_Dist.pdf (consultado el 30 diciembre 2022). *Vid.* V.S. VADI, “International Law and the Uncertain Fate of Military Sunken Vessels”, *The Italian Yearbook of International Law*, 19, 1, 2010, pp. 253-276.

B) El caso *Cassirer* (2022)

14. En 1900, PAUL CASSIRER, que tenía una galería de arte en Berlín, compró el cuadro *Rue de Saint-Honoré dans l'après-midi. Effet de pluie* (*Rue Saint-Honoré por la tarde. Efecto de lluvia*) a un agente del pintor CAMILLE PISSARRO, que era de origen judío⁵¹.

En 1939, el cuadro pertenecía a LILLY CASSIRER NEUBAUER, la hija de PAUL. Ésta se vio forzada a vender el cuadro para obtener un visado de salida al Reino Unido para ella y su segundo marido, que deseaban huir de la Alemania nazi. LILLY aceptó, como precio de venta, 900 Reichsmark, el equivalente a 360 dólares estadounidenses de 1939, una cantidad muy por debajo de su valor real⁵²; aunque, en realidad, nunca recibió el dinero: se pagó en una cuenta ya bloqueada (*Sperrkonto*) por el régimen nazi. El cuadro fue comprado por JAKOB SCHEIDWIMMER, marchante miembro del partido nacionalsocialista, quien, a su vez, lo revendió a JULIUS SULZBACHER, coleccionista de arte judío, que huyó con él a Países Bajos. Durante la ocupación alemana de este país, el cuadro fue confiscado por la Gestapo y devuelto a Alemania, donde un comprador anónimo lo adquirió en pública subasta.

LILLY y su marido lograron escapar a Estados Unidos desde un campo de concentración en Marruecos.

Se sabe que, en 1951, SYDNEY BRODY, coleccionista estadounidense, compró el cuadro en la galería de FRANK PERLS, en Beverly Hills (California, EE.UU.). En 1952, siguiendo las instrucciones del Sr. BRODY, el mismo marchante al que lo compró puso el cuadro a la venta en la Galería Knoedler de Nueva York (EE.UU.). En ese año, SYDNEY SCHOENBERG, un coleccionista de Missouri (EE.UU.) lo compró para su colección privada en St. Louis, Missouri (EE.UU.), donde permaneció entre 1952 y 1976.

15. Una vez finalizada la guerra, LILLY reclamó la restitución del cuadro a la República Federal de Alemania. De hecho, en 1950 interpuso una demanda ante los tribunales alemanes. La devolución no se pudo llevar a cabo; puesto que, tras la pública subasta antes mencionada, el cuadro se hallaba en *paradero desconocido*. En 1958, LILLY aceptó recibir una compensación del Gobierno de la República Federal de Alemania. Éste la reconoció como propietaria y le otorgó, como reparación, 120.000 marcos. Las partes consideraron que esta cantidad, que equivaldría hoy a 250.000 \$, era un precio justo. En la actualidad, el Pissarro está valorado en decenas de millones de dólares. Como consecuencia del acuerdo transaccional, ni LILLY ni sus herederos intentaron de nuevo localizar o recuperar el cuadro. De esa transacción, deben destacarse tres datos: 1º) Además de LILLY, se benefició la heredera de J. SULZBACHER, que recibió 14.000 marcos del total de 120.000 antes indicado. 2º) Como consecuencia del acuerdo transaccional, LILLY renunció al ejercicio de cualquier *acción futura contra las otras partes* de este acuerdo -es decir, el Estado alemán, JAKOB SCHEIDWIMMER y JULIUS SULZBACHER (en realidad, la heredera de éste)-. Conforme a la regla *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*, un acuerdo no crea obligaciones ni derechos para terceros sin su consentimiento. 3º) El acuerdo transaccional entre el Gobierno alemán y unos particulares víctimas del nacionalsocialismo se alcanzó en virtud de la legislación especial dictada para solventar situaciones de este tipo⁵³ y, en concreto, la *Ley federal que regula las obligaciones monetarias del Reich alemán y entidades legales equivalentes sujetas a la Ley de restitución* (*Bundesgesetz zur Regelung der rückerstattungsrechtlichen Geldverbindlichkeiten des Deutschen Reichs und gleichgestellter Rechtsträger [Bundesrückerstattungsgesetz - BRÜG]*) de 19 julio 1957⁵⁴.

16. En 1976, el cuadro fue comprado en la *Stephen Hahn Gallery* de Nueva York por el Barón HANS HEINRICH THYSSEN-BORNEMISZA, heredero de un imperio siderúrgico en Alemania, que pagó

⁵¹ <https://www.museothyssen.org/coleccion/artistas/pissarro-camille/rue-saint-honore-tarde-efecto-lluvia>.

⁵² *Cassirer v. Kingdom of Spain* 616 F.3d 1019, 1023 (9th Cir. 2010).

⁵³ Sobre esta normativa especial, *vid., ad ex.*, H.-J. BRODESSER, *Wiedergutmachung und Kriegsfolgenliquidation: Geschichte - Regelungen - Zahlungen*, München, Beck, 2000, pp. 82-130; A. LEHMANN-RICHTER, "Die gerichtliche Beurteilung rückwirkender Gesetzesänderungen im Wiedergutmachungsrecht", *forum historiae iuris*, Artikel vom 11. Dezember 2002, disponible en <https://forhistiur.net/media/zeitschrift/0212lehmann-richter.pdf> (consultado el 2 enero 2023).

⁵⁴ Texto completo disponible en https://www.gesetze-im-internet.de/br_g/BJNR007340957.html (consultado el 2 enero 2023).

275.000 dólares por él y otros tres cuadros⁵⁵. El Barón se llevó el cuadro a su residencia en Lugano (Suiza), donde formó parte de la Colección Thyssen-Bornemisza. Consta que, desde entonces hasta 1990, el cuadro de PISARRO viajó fuera de Suiza, como parte de *siete exposiciones temporales*, que tuvieron lugar en Australia, Japón, Reino Unido, Alemania, Francia, Italia y España. Cada una de ellas fue objeto, en su momento, de una *amplia publicidad*.

17. En 1993, el Barón vendió el cuadro y casi toda su colección al Reino de España, a la Colección Thyssen-Bornemisza, entidad creada por el Estado español⁵⁶. El Reino de España pagó 300 millones de dólares por la colección y le cedió el edificio del antiguo palacio de Villahermosa. Fue decisivo para que el barón rechazara otras ofertas el hecho de que estuviese casado con la española TITA CERVERA, su quinta esposa.

18. El nieto de LILLY, CLAUDE, se enteró, en 1999, de que el cuadro estaba en Madrid y demandó a la Fundación Thyssen ante los tribunales de California, reclamando la restitución del cuadro⁵⁷.

19. El Estado español y la Fundación Thyssen-Bornemisza sostuvieron que los tribunales de California carecían de jurisdicción en este caso; porque se trataba de un Estado extranjero que, como tal, se beneficiaría de la inmunidad de jurisdicción y ejecución que le reconocía el Derecho internacional (*Foreign State Immunity*)⁵⁸. La formulación de la *excepción de jurisdicción* por la parte española era *anacrónica y errónea*. Era anacrónica; porque, ya en aquel momento, el Derecho internacional había abandonado la *teoría de la inmunidad absoluta* del Estado extranjero y la había sustituido por la *teoría de la inmunidad relativa* del Estado extranjero. Era errónea porque, como consecuencia de lo anterior, era preciso determinar cuáles eran los supuestos en los que se consideraba que el Estado extranjero conservaba su inmunidad (*acta iure imperii*) y cuales eran aquéllos en los que se comportaba como un particular cualquiera y, por tanto, carecía de aquélla (*acta iure gestionis*). Éstos no debían buscarse en el Derecho internacional general ni en la práctica antigua práctica de los tribunales estadounidenses, sino en el Derecho federal de los Estados Unidos: la “Ley de inmunidades” (*The Foreign Sovereign Immunities Act [FSIA]* de 1976)⁵⁹. Según la *Foreign Sovereign Immunities Act*, 28 U.S.C. § 1605(a)(3), “*A foreign state shall not be immune from the jurisdiction of courts of the United States or of the States in any case – [...] (3) in which rights in property taken in violation of international law are in issue and that property or any property exchanged for such property is present in the United States in connection with a commercial activity carried on in the United States by the foreign state; or that property or any property exchanged for such property is owned or operated by an agency or instrumentality of the foreign state and that agency or instrumentality is engaged in a commercial activity in the United States [...]*”.

⁵⁵ “La rue Saint Honoré de Pissarro: de los Cassirer al barón Thyssen-Bornemisza”, en *Los grandes robos de arte: Las obras robadas de la historia del arte*, disponible en <https://losgrandesrobosdearte.wordpress.com/2022/04/08/la-rue-saint-honore-de-pissarro-de-los-cassirer-al-baron-thyssen-bornemisza/> (consultado el 8 enero 2023).

⁵⁶ I. GUARDANS I CAMBÓ, “El contrato de adquisición de la colección Thyssen-Bornemisza”, *REDI*, 45, 2, 1993, pp. 604-608.

⁵⁷ *Vid., ad ex.*, C.M. DIEZ SOTO, “Cassirer v. Fundación Thyssen: adquisición por usucapción extraordinaria de obra de arte robada durante el holocausto”, *CDT*, 8, 2, 2016, pp. 377-403; B.L. HAY, “Cassirer v. Kingdom of Spain and Thyssen-Bornemisza Collection Foundation”, en *Id.*, *Nazi-looted Art and the Law: the American cases*, Cham, Springer, 2017, pp. 269-307.

⁵⁸ *Vid., ad ex.*, B.L. HAY, “Cassirer v. Kingdom of Spain and Thyssen-Bornemisza Collection Foundation”, en *Id.*, *Nazi-looted Art and the Law: the American cases*, Cham, Springer, 2017, pp. 272-276; S. TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, “Algunas reflexiones sobre el caso *Cassirer c. Fundación Thyssen-Bornemisza* desde el Derecho Internacional Público”, en L. PÉREZ-PRAT DURBÁN/G. FERNÁNDEZ ARRIBAS (EDS.), *Holocausto y bienes culturales*, Huelva, Universidad de Huelva, 2019, pp. 203-243; E. ZARRINI, “Of Hitler and Camille Pissarro: Jurisdiction in Nazi Art Expropriation Cases under the Foreign Sovereign Immunity Act”, *Fordham J. Corp. & Fin. L.*, 16, 2011, pp. 437-463.

⁵⁹ *Vid., ad ex.*, AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement (Fourth) of the Foreign Relations Law of the United States. Tentative Draft*, Philadelphia, PA, American Law Institute, 2016, §§ 455-463; L.P. MALSON ET AL., “The Foreign Sovereign Immunities Act: 2009 Year in Review”, *Law & Business Review of the Americas*, 17, 2011, pp. 39-80, disponible en <https://scholar.smu.edu/lbra/vol17/iss1/5> (consultado el 15 marzo 2023); D.P. VANDENBERG, “In the Wake of Republic of Austria v. Altmann: The Current Status of Foreign Immunity in United States Courts”, *University of Colorado Law Review*, 77, 2006, pp. 739-766; C.A. WHYTOCK, “Foreign State Immunity and the Right to Court Access”, *Boston University Law Review*, 93, 2013, pp. 2033-2093.

A la luz de esta normativa el Tribunal de Distrito de California consideró que efectivamente la Fundación Thyssen era o se asemejaba a una fundación estatal: era una “*instrumentality*”; puesto que, aunque tenía gestión privada, el Estado español la había creado, la había organizado, había comprado los cuadros que integraban su colección y, además, tenía amplios poderes para nombrar a los directores-, y, por tanto, sí estaba sometida a los tribunales de California en virtud del FSIA⁶⁰. Si el Tribunal de Distrito californiano no profundizó más ni la demandada española recurrió en apelación es porque, por un lado, se trataba de una excepción procesal de la que todos eran conscientes de que tenía un corto recorrido y, por otro, que la FSIA no consideraba inmunes a las “actividades en violación del Derecho internacional”, que, como se verá, fue un tema muy polémico en su momento -aunque, hoy en día, cueste imaginarlo-. Desde entonces, el enfrentamiento por el cuadro de Pissarro entre los Cassirer y la Fundación Thyssen-Bornemisza dejó de ser sólo un litigio, para convertirse en una *saga* de ellos, larga, compleja y apasionante⁶¹.

20. En abril de 2022, el Tribunal Supremo de EE. UU. dictaminó que se debe aplicar la regla de conflicto de leyes de California, no la regla federal de conflicto de leyes de EE.UU.⁶².

21. Como consecuencia de ello, así es como están las cosas ahora:

— Si se aplicase la *Ley española*: el barón HANS HEINRICH VON THYSSEN-BORNEMISZA lo compró, junto con otros tres cuadros, en 1976, de buena fe (buena fe confirmada por la Corte Suprema de los Estados Unidos) por 275.000 dólares a una galería de Nueva York⁶³. Pertenece al museo español del Reino de España por varias razones:

a) La adquisición por parte del Museo Thyssen se ha realizado de buena fe por un tercero y, aunque el bien sea sustraído, ha sido un hecho de dominio público durante tres años (art. 1956 CC).

b) Si el comprador es de mala fe, con seis años de posesión adquiere la propiedad. El Thyssen exhibió el Pissarro durante casi ocho años antes de que los Cassirer exigieran su restitución por primera vez en 2001, un año después de que CLAUDE lo hubiera localizado⁶⁴.

— Si se aplicase la *Ley de California*: Según la ley de California, un objeto obtenido de este modo (contrario al Derecho internacional) no puede crear un título legítimo incluso si el adquirente actúa de buena fe. El cuadro sería propiedad de Claude, el nieto de la anterior propietaria⁶⁵.

⁶⁰ B.L. HAY, “Cassirer v. Kingdom of Spain and Thyssen-Bornemisza Collection Foundation”, en *Id.*, *Nazi-looted Art and the Law: the American cases*, Cham, Springer, 2017, p. 273.

⁶¹ *Cassirer v. Kingdom of Spain et al.* 2006 WL 8423211 (C.D.Cal. 2006); 461 F.Supp.2d 1157 (C.D.Cal. 2009); *aff'd* in part, *rev'd* in part, *rem'd* 580 F.3d 1048 (9th Cir. 2009) – Cassirer I; order for rehearing en banc 590 F.3d 981 (9th Cir. 2009); *diss'd* in part, *aff'd* in part 616 F.3d 1019 (9th Cir. 2010); *cert. den.* 564 U.S. 1037; 2012 WL 12875771 (C.D.Cal. 2012); 2012 WL 12882881 (C.D.Cal. 2012); *aff'd* in part, *rev'd* in part and *rem'd* 737 F.3d 613 (9th Cir. 2013) – Cassirer II; 2014 WL 5510996 (C.D.Cal. 2014); 2015 WL 12672087 (C.D.Cal. 2015); 153 F.Supp.3d 1148 (C.D.Cal. 2015); *rev'd* and *rem'd* 862 F.3d 951 (9th Cir. 2017) – Cassirer III; *cert. den.* 138 S.Ct. 1992 (Mem); C.D.Cal. 2019 – findings of facts and conclusions of law, disponible *online* en <https://www.courthousenews.com/wp-content/uploads/2019/05/CassirerThyssen-JUDGMENT.pdf> (consultado el 12 abril 2023); *aff'd* 2020 WL 4746626 (9th Cir. 2020) – Cassirer IV; *Cassirer v. Thyssen-Bornemisza Collection Found.*, 142 S. Ct. 1502, 1506 (2022) – Cassirer V. Para una relación de las sentencias estadounidenses sobre este asunto, *vid.* https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/20/20-1566/185307/20210729143916595_20-1566%20Brief%20in%20Opposition.pdf (consultado el 6 febrero 2023). *Vid.* “Nota de la Fundación Colección Thyssen-Bornemisza sobre el fallo del Tribunal Supremo de Estados Unidos en el caso Cassirer v. Fundación Colección Thyssen- Bornemisza”, disponible en https://www.museothyssen.org/sites/default/files/document/2022-04/Nota_Pissarro_22.04.2022.pdf (consultado el 22 enero 2023).

⁶² *Vid.* M. WELLER, “Kollisionsrecht und NS-Raubkunst: U.S. Supreme Court, Entscheidung vom 21. April 2022, 596 U.S. 142 S.Ct. 1502 (2022) – Cassirer et al. / Thyssen-Bornemisza Collection Foundation”, *IPRax*, 2023, 1, pp. 97-100.

⁶³ C. ECKL, *Treu und Glauben im spanischen Vertragsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007.

⁶⁴ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Derechos reales”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho internacional privado*, 2ª ed., Tomo III, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 3589-3721 (pp. 3627-3628).

⁶⁵ LAW JOURNAL EDITORIAL BOARD, “Choice of Law Question Settled: The Supreme Court issued a little-noticed but important clarifying decision resolving a lopsided circuit split”, *New Jersey Law Journal*, 12 junio 2022, disponible en <https://www.law.com/njlawjournal/2022/06/12/choice-of-law-question-settled/> (consultado el 20 febrero 2023).

22. Cabe observar que la solución a la que conduce el Derecho español equivale a la que resultaría en caso de que se aplicaran otras legislaciones europeas -como, *ad ex.*, el ordenamiento italiano-. En el *Derecho italiano*, la persona que compra en Italia, de buena fe, bienes robados adquiere tales bienes por usucapión con posesión de diez años y, si es poseedor de mala fe, se requiere posesión de veinte años (art. 1161 CC). Además, el adquirente y propietario de buena fe de cosas muebles, con justo título, adquiere la propiedad de tales cosas en forma definitiva e irrevocable (art. 1153 CC)⁶⁶.

23. La *regla de conflicto de leyes aplicable es lex rei sitae* tanto si el caso se resuelve en los tribunales de Estados Unidos o España o Italia: el cuadro estaba en España, cuando el Estado español lo compró en 1993; porque toda la colección ya estaba arrendada por España. Por consiguiente, en tanto el bien se encontraba en España, se aplica la ley española con las consecuencias antes señaladas.

II. Concepto de “obras de arte robadas por los nazis”

24. Muchas de las obras de arte robadas por los nazis han acabado siendo objeto de litigios ante los tribunales de los Estados Unidos⁶⁷. Ahora bien cabe preguntarse a qué nos referimos exactamente cuando hablamos de “obras de arte robadas por los nazis”⁶⁸. Se trata de un concepto muy preciso en el que cabe distinguir un *elemento material*, un *elemento espiritual* y un *elemento temporal*.

25. El término “robo” debe ser comprendido en un *sentido amplio*⁶⁹. Con él nos referimos a cualquier cambio de propiedad como consecuencia del cual se haya privado a un propietario judío de una obra de arte; ya sea por confiscación, robo, hurto, venta forzosa o venta a un precio mucho más bajo que el del mercado para financiar la huída al extranjero⁷⁰.

26. Los *motivos* para que a tales personas se les privase de su propiedad fueron la raza (*Rassische Verfolgung*), la religión (*Verfolgung aus Gründen des Glaubens*), la ideología (*Verfolgung aus Gründen der Weltanschauung*), la oposición al nacionalsocialismo (*Politische Verfolgung*) u otras causas (*weitere Verfolgungsgründe*)⁷¹. Se trataba, en definitiva, de víctimas de actos despiadados y cobardes de un régimen bárbaro.

27. Los robos de obras de arte tuvieron lugar entre el 30 enero 1933 y el 8 mayo 1945 (art. 1.1 de la *Military Government Law 59, “Restitution of Identifiable Property”*, November 10, 1947 [*Gesetz Nr. 59: Rückerstattung feststellbarer Vermögensgegenstände der Militärregierung Deutschland – Amerikanisches Kontrollgebiet – vom 10.11.1947*, ABl. der US-Militärregierung v. 10.11.1947])⁷². La Ley nº

⁶⁶ G. MAGRI, “Der gutgläubige Erwerb vom Nichtberechtigten und die Besonderheiten des italienischen Rechts im europäischen Kontext”, en H. GROTHE/P. MANKOWSKI (HRSG.), *Europäisches und internationales Privatrecht: Festschrift für Christian von Bar zum 70. Geburtstag*, München, C.H. Beck, 2022, pp. 215-224.

⁶⁷ *Vid.*, *ad ex.*, B.L. HAY, *Nazi-looted Art and the Law: the American cases*, Cham, Springer, 2017; J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021.

⁶⁸ *Vid.* *Lootedart.com., The Central Registry of Information on Looted Cultural Property 1933-1949*, disponible en <https://www.lootedart.com> (consultado el 14 febrero 2023). *Vid.*, *ad ex.*, I. LINDSAY, “World War II, Hitler, Goering and the other Nazi leaders”, en ID., *The History of Loot and Stolen Art from Antiquity until the Present Day*, London, Unicorn Press Ltd, 2014; L. PÉREZ- PRAT DURBÁN/G. FERNÁNDEZ ARRIBAS (EDS.), *Holocausto y bienes culturales*, Huelva, Universidad de Huelva, 2019.

⁶⁹ J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, p. 3, nota 14.

⁷⁰ *Vid.*, *ad ex.*, H. HARTUNG, *Kunstraub in Krieg und Verfolgung: die Restitution der Beute- und Raubkunst im Kollisions- und Völkerrecht*, Berlin, De Gruyter Recht, 2005, pp. 59-63; S. RUDOLPH, *Restitution von Kunstwerken aus jüdischem Besitz: Dingliche Herausgabeansprüche nach deutschem Recht*, Berlin, Boston, De Gruyter, 2007, pp. 11-56.

⁷¹ *Vid.*, *ad ex.*, H.-J. BRODESSER, *Wiedergutmachung und Kriegsfolgenliquidation: Geschichte - Regelungen – Zahlungen*, München, Beck, 2000, pp. 96-103; J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, p. 3, nota 14.

⁷² Texto disponible en <https://dfs.ny.gov/system/files/documents/2019/02/us-military-law-59.pdf> (consultado el 7 febrero 2023). *Vid.*, *ad ex.*, J.M. FERGUSON, “Military Government Property Laws in Occupied Germany”, *Kentucky Law Journal*, 37,

59 del Gobierno militar americano marcó la senda que siguieron las leyes análogas de las otras potencias occidentales de ocupación (Gran Bretaña y Francia)⁷³.

28. Cabe preguntarse si la restitución de las obras de arte robadas por el Estado nacionalsocialista es una *cuestión carente de interés*. La respuesta es “no”. Se calcula que el régimen nazi llegó a robar entre 600.000 a 650.000 obras de arte⁷⁴. Esto supuso 1/3 de todas las obras de arte de particulares que había en Europa⁷⁵. ROBERT G. STOREY, fiscal estadounidense en el juicio contra los principales criminales de guerra en Nuremberg, proclamó que el expolio de arte por el Tercer Reich equivalía a todos los tesoros del Museo Metropolitano de Arte de Nueva York, el Museo Británico de Londres, el Louvre de París y la Galería Tretyakov de Moscú juntos⁷⁶. B. SCHWARZ lo resumió con estas palabras: “Probablemente fue el mayor robo de arte de todos los tiempos” (*Es war wahrscheinlich der größte Kunstraub aller Zeiten*)⁷⁷.

Actualmente quedan por restituirse unas 100.000 de ellas⁷⁸. Con esta cantidad de obras de arte robadas, no puede extrañar que se siga litigando sobre su propiedad; aunque hayan transcurrido más de 75 años desde que finalizó la Segunda Guerra mundial.

Ejemplo 1: Uno de los países más castigados por el expolio de obras de arte durante la Segunda Guerra Mundial y los años que siguieron a ésta fue Polonia⁷⁹. Se calcula que, como consecuencia de la rapiña nazi (1939-1944) y soviética (1944-1950), perdió cerca de 516.000 obras de arte -lo que supuso más del 70% de su patrimonio artístico-⁸⁰.

1, 1948, pp. 45-56 (pp. 54-55), disponible en <https://uknowledge.uky.edu/klj/vol37/iss1/3> (consultado el 7 febrero 2023); J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 11-12.

⁷³ Vid. *Rückerstattung feststellbarer Vermögensgegenstände an Opfer der nationalsozialistischen Unterdrückungsmaßnahmen der Militärregierung Deutschland – Britisches Kontrollgebiet – vom 12.05.1949* (VOBl. der britischen Militärregierung, S. 152); *Anordnung BK/O (49) 180 der Alliierten Kommandantur Berlin für die westlichen Sektoren von Berlin vom 12.05.1949 – Rückerstattung feststellbarer Vermögensgegenstände an Opfer der nationalsozialistischen Unterdrückungsmaßnahmen (REAO)* (VOBl. für Groß-Berlin, S. 221); *VO Nr. 120 über die Rückerstattung geraubter Vermögensobjekte vom 10.11.1947 der Militärregierung Deutschland (Französisches Kontrollgebiet)* (ABl. der französischen Oberkommandos in Deutschland Nr. 119 v. 14.11.1947, S. 1219). Vid., ad ex., J. LILLTEICHER, *Raub, Recht und Restitution – Die Rückerstattung jüdischen Eigentums in der frühen Bundesrepublik*, Göttingen, Wallstein Verlag, 2007; D. MOLL, *Ausführverbote für NS-Raubkunst*, Berlin, Boston, De Gruyter, 2017; J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 11-14; S. RUDOLPH, *Restitution von Kunstwerken aus jüdischem Besitz: Dingliche Herausgabeansprüche nach deutschem Recht*, Berlin, Boston, De Gruyter, 2007, pp. 69-114.

⁷⁴ D. MOLL, *Ausführverbote für NS-Raubkunst*, Berlin, Boston, de Gruyter, 2017, p. 3.

⁷⁵ J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 1-2.

⁷⁶ R. SEYDEWITZ/MAX SEYDEWITZ, *Die Dame mit dem Hermelin. Der größte Kunstraub aller Zeiten*, Berlin, Henschelverlag, 1963, p. 48.

⁷⁷ B. SCHWARZ, *Auf Befehl des Führers: Hitler und der NS-Kunstraub*, Darmstadt, Theiss, 2014, p. 11.

⁷⁸ L.M. KAYE, “Avoidance and Resolution of Cultural Heritage Disputes: Recovery of Art Looted During the Holocaust”, *Willamette J. Intl L. & Dis. Res.*, 14, 2006, pp. 243-268 (p. 244). Siguiendo su estela, J. BARNES, “Holocaust Expropriated Art Recovery (HEAR) Act of 2016: A Federal Reform to State of Limitations for Art Restitution Claims”, *Colum. J. Transant'l L.*, 56, 2018, pp. 593-635 (p. 598); J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, p. 2.

⁷⁹ Vid., ad ex., S. AREND, “‘Die Faszination des Möglichen’: Die Beteiligung von Prof. Dr. Dagobert Frey (Universität Breslau) und Prof. Dr. Otto Kletzl (Reichsuniversität Posen) am NS-Kulturrab im besetzten

Polen in der Zeit des Zweiten Weltkriegs”, en R. DEHNEL (HRSG.), *NS-Raubgut in Museen, Bibliotheken und Archiven*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2012, pp. 217-230; N. CIESLINSKA-LOBKOWICZ, “Wer, was, woher, wohin. Geographie des NS-Kunstraubs in Polen und verschiedene Ausfuhrwege der konfiszierten Kulturgüter”, en R. DEHNEL (HRSG.), *NS-Raubgut in Museen, Bibliotheken und Archiven*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2012, pp. 175-192; B. SCHWARZ, “6. Kunstraub in Polen”, en ID., *Auf Befehl des Führers: Hitler und der NS-Kunstraub*, Darmstadt, Theiss, 2014, pp. 111-136.

⁸⁰ “El Museo de Pontevedra devuelve a Polonia dos cuadros procedentes del expolio nazi”, en *Pecados del Arte*, 26 enero 2023, disponible en <https://pecadosdelarte.com/noticia/324/actualidad/el-museo-de-pontevedra-devuelve-a-polonia-dos-cuadros-procedentes-del-expolio-nazi.html>, consultado el 2 febrero 2023. Sobre el expolio de obras de arte por los soviéticos, en general, vid., ad ex., I. LINDSAY, “1945, the Soviets and Stalin”, en ID., *The History of Loot and Stolen Art from Antiquity until the Present Day*, London, Unicorn Press Ltd, 2014.

Ejemplo 2: el caso Gurlitt. En septiembre 2010, aduaneros descubrieron que un anciano (77 años) que regresaba en el tren de Zúrich a Munich llevaba en efectivo consigo una cantidad significativa (9.000 €). Se llamaba CORNELIUS GURLITT. Es cierto que era una cantidad inferior a la que la legislación obligaba a declarar cuando se viajaba de un país a otro. Pero un cúmulo de hechos declarados por el propio GURLITT levantaron las sospechas de los aduaneros alemanes: el dinero procedía de las ventas de cuadros, acostumbraba a venderlos a un mismo marchante suizo (EBERHARD KORNFELD), que siempre le pagaba en cheque o efectivo, y nunca declaró oficialmente un trabajo o empleo. Quedaba por saber si declaraba o no a Hacienda los ingresos derivados de la venta de cuadros -venta que justificaba para vivir y pagarse el tratamiento médico-. Hicieron llegar sus datos a la oficina tributaria, que confirmó que CORNELIUS no declaraba ningún ingreso. Se emitió una orden para registrar su vivienda en Munich. Los investigadores hicieron un hallazgo espectacular: GURLITT poseía más de 1258 obras de “arte degenerado” (*Entartete Kunst, Degenerate Art*) en Munich y más de 200 obras de ese tipo en Salzburgo⁸¹. Muchas de ellas habían sido obtenidas sin el consentimiento de sus legítimos propietarios judíos. Todas se las había transmitido su padre (HILDEBRAND GURLITT)⁸². CORNELIUS era un proveedor del *mercado negro* de obras de arte robadas a judíos. Es natural preguntarse cuántos “otros GURLITT” quedarán por ser descubiertos⁸³.

29. El *transcurso del tiempo* ha dejado su huella sobre estos litigios. En un principio eran muy sencillos: por un lado, estaban las víctimas del régimen nazi o sus herederos y, por otro, quienes se habían aprovechado. Con independencia del país en el que se litigase, la solución era muy simple: salvo en caso de prescripción o usurpación, debía procederse a la restitución⁸⁴.

Hoy, por el contrario, se enfrentan *dos partes igualmente inocentes*: por un lado, los herederos de los propietarios originariamente privados de la obra de arte y, por otro, un adquirente de buena fe⁸⁵.

⁸¹ El 18 julio 1937, celebración del Día del Arte alemán (*Tag der Deutschen Kunst*) en Munich, ADOLF HITLER pronunció un discurso en el que dejó claro qué consideraba el Nacionalsocialismo “arte degenerado”: “*Kubismus, Dadaismus, Futurismus, Impressionismus usw. haben mit unserer deutschen Volke nichts zu tun. Denn alle diese Begriffe sind weder alt noch sind sie modern, sondern sie sind einfach das gekünstelte Gestammel von Menschen, denen Gott die Gnade einer wahrhaft künstlerischen Begabung versagt [...]*” (citado por A. RYDELL, *Hitlers Bilder: Kunstraub der Nazis – Raubkunst in der Gegenwart*, Frankfurt/New York, Campus Verlag, 2014, p. 48). El odio sistemático al Arte moderno se plasmó en una política de expropiación sistemática que oficialmente duró cuatro años (finales de junio de 1937 a finales de junio de 1941), que tuvo su fundamento legal en la *Gesetz über Einziehung von Erzeugnissen entarteter Kunst, Reichsgesetzblatt 1938, Teil I, S. 612* (disponible en <https://www.sachsen.schule/~detektei/dok/kunst.htm> [consultado el 11 abril 2023]). Un autor –D. SCHMIDT, *Schriften deutscher Künstler im zwanzigsten Jahrhundert*, vol. 2 (*In letzter Stunde. Künstlerschriften 1933 bis 1945*), Dresden 1964, p. 221- señaló que: “El propósito de la ley es ocultar permanentemente a la vista del público este círculo de engendros artísticos, del cual, como se ha verificado, emana un efecto nocivo” (“*Der Zweck des Gesetzes ist, diesen seinem Umfange nach feststehenden Kreis von Kunsterzeugnissen, von denen eine schädliche Wirkung ausgeht, für immer den Augen der Öffentlichkeit zu entziehen*”). *Vid., ad ex.*, M. HOFFMANN, “Die Brücke-Künstler und die nationalsozialistische Aktion ‘Entartete Kunst’”, disponible en <https://www.bruecke-museum.de/de/sammlung/perspektiven/776/die-bruecke-kunstler-und-die-nationalsozialistische-aktion-entartete-kunst> (consultado el 11 abril 2023); A. MAGET DOMINICÉ, “Une collection d’œuvres d’art qui soulève de nombreuses questions: Réflexions sur la collection Gurlitt”, *sui-generis*, 2014, p. 46, §§ 12 a 16, disponible en <https://sui-generis.ch/article/view/sg.4/636> (consultado el 11 abril 2022); J. POLTERMANN, “‘Wiedergutmachung’ für deutsche Museen? Die Beschlagnahmen ‘entarteter’ Kunst in den Bayerischen Staatsgemäldesammlungen 1937/38 und deren Entschädigung”, *Jahresbericht / Bayerische Staatsgemäldesammlungen*, 2016, pp. 136-152, disponible en http://archiv.ub.uni-heidelberg.de/artdok/6063/1/Poltermann_Wiedergutmachung_fuer_deutsche_Museen_2016.pdf (consultado el 11 abril 2023).

⁸² *Vid.* sobre este personaje M. HOFFMANN/N. KUHN, *Hitlers Kunsthändler: Hildebrand Gurlitt 1895–1956. Die Biographie*, München, C.H.Beck, 2016.

⁸³ C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “El caso o los casos Gurlitt”, en L. PÉREZ- PRAT DURBÁN/G. FERNÁNDEZ ARRIBAS (EDS.), *Holocausto y bienes culturales*, Huelva, Universidad de Huelva, 2019, pp. 245-270; A. MAGET DOMINICÉ, “Une collection d’œuvres d’art qui soulève de nombreuses questions: Réflexions sur la collection Gurlitt”, *sui-generis*, 2014, p. 46, disponible en <https://sui-generis.ch/article/view/sg.4/636> (consultado el 11 abril 2022).

⁸⁴ D.L. CAREY MILLER/D.W. MEYERS/A.L. COWE, “Restitution of Art and Cultural Objects: A Re-assessment of the Role of Limitation”, *Art, Antiquity and Law*, 6, 1, March 2001, pp. 1-17; J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, p. 3.

⁸⁵ *Vid., ad ex.*, A. HAWKINS/R.A. ROTHMAN/D.B. GOLDSTEIN, “A Tale of Two Innocents: Creating an Equitable Balance between the Rights of Former Owners and Good Faith Purchasers of Stolen Art”, *Fordham Law Review*, 64, 1, 1995, pp. 49-96; R. HÜTTEMANN/P. RAWERT, “NS-verfolgungsbedingt entzogenes Kulturgut und der stiftungsrechtliche Grundsatz der Vermögenserhaltung”, en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo*

Así, *ad ex.*, CLAUDE CASSIRER falleció en 2010 y le sucedieron, como litigantes, sus hijos -DAVID y AVA CASSIRER- y la *Jewish Federation* del Condado de San Diego (California, EE.UU.). Para resolver su diferencia, se ejerce una acción judicial, se acude a un procedimiento contradictorio y se llega a una solución final en la que sólo cabe un ganador.

Ejemplo: Never Say Never Again. O, como dicen otros, *Never Say Die!* En la práctica procesal, puede ser difícil precisar si la prescripción de las acciones legales se ha producido o no. El asunto *Cassirer* es un buen ejemplo de ello. En el año 2000, CLAUDE CASSIRER, nieto y heredero de LILLY CASSIRER, se enteró por unos amigos de que el cuadro de PISARRO que había pertenecido a su familia y del que los nazis se habían apoderado estaba expuesto en el Museo de la Fundación Thyssen-Bornemisza en Madrid (España). Fracasadas las negociaciones y contactos para su restitución, CLAUDE demandó al Estado español y a la Fundación Thyssen-Bornemisza ante un tribunal federal de Los Ángeles en mayo de 2010. En ese mismo año, CLAUDE falleció. Sus herederos continuaron el litigio contra el Museo (dejaron al Estado español al margen en virtud de un acuerdo al que llegaron). Pero, en mayo de 2012, el Tribunal de Distrito consideró que la acción había prescrito. El Tribunal de Distrito empleó dos argumentos. Primero, la acción había prescrito; porque se presentó la demanda con dos años más de retraso que los tres años de prescripción previstos por la legislación del Estado de California: se tuvo conocimiento de la ubicación del cuadro en el 2000, la posible acción prescribió en 2003 y la primera demanda se presentó en 2005⁸⁶. Segundo, si bien era cierto que los legisladores de California habían ampliado, en 2010, el plazo de prescripción de 3 a 6 años, cuando se trataba de reclamaciones de obras de arte contra museos y galerías (Cal. Civ. Proc. Code § 338(c)(3) (2010), dicha reforma legal era inconstitucional. *doctrine of foreign affairs preemption*. En 2013, el Tribunal de Apelación consideró que era constitucional la Ley de California aprobada en 2010, ampliando a seis años la prescripción de acciones sobre objetos de arte contra museos y galerías, y que, por tanto, el procedimiento podía continuar⁸⁷.

III. Clases de acciones judiciales que pueden ejercerse

30. Una acción judicial es el “derecho a perseguir en juicio lo que a uno se le debe” (*actio nihil aliud est quam ius persequendi iudicio quod sibi debetur* [Digesto, 44, 7, 51]). Quienes deseen recuperar una obra de arte robada por los nazis pueden interponer fundamentalmente *dos tipos de acciones legales*: una acción reivindicatoria (*rei vindicatio*) o una acción para averiguar dónde se encuentra la obra de arte o quién la posee. Pero también pueden ejercer *otro tipo de acciones* -como, *ad ex.*, las que se ejercen para la adopción de medidas provisionales que garanticen, en caso de condena, que la ejecución de la sentencia es factible, para que se devuelva un bien cultural que fue objeto de préstamo internacional por un museo nacional a un museo extranjero⁸⁸ o para que se ejecute una deuda sobre el bien cultural que se entregó como garantía⁸⁹.

31. En el caso nº 20–1566, *David Cassirer, et al., petitioners v. Thyssen-Bornemisza Collection Foundation*, 21 abril 2022, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos proclamó que, en una demanda

Schack zum 70. Geburtstag, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 50-61; J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, p. 3; S.C. SYMEONIDES, “A Choice-of-Law for Conflicts Involving Stolen Cultural Property”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 38, 2005, pp. 1177-1198 (pp. 1190-1191).

⁸⁶ *Cassirer v. Thyssen-Bornemisza Foundation*, 2012 WL 1285771 (C.D. Cal. 2012).

⁸⁷ *Cassirer v. Thyssen-Bornemisza Foundation*, 737 F.3d 613 (9th Cir. 2013), disponible en <https://casetext.com/case/cassirer-v-thyssen-bornemisza-collection-found> (consultado el 16 marzo 2023). *Vid.*, *ad ex.*, B.L. HAY, “Cassirer v. Kingdom of Spain and Thyssen-Bornemisza Collection Foundation”, *Nazi-looted Art and the Law: the American cases*, Cham, Springer, 2017, § 7.2.

⁸⁸ S.-M. RAACH, *Herausgabeklagen in internationale Kulturgutleihgaben*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2020.

⁸⁹ H.-P. MANSEL, “Kunstwerke als Kreditsicherheit bei internationaler Einlagerung: zum internationalen Privatrecht der Sicherungsabrede bei Sicherungseigentum”, en *Grundlagen des Arbeits- und Sozialrechts: Festschrift für Ulrich Preis zum 65. Geburtstag*, München, C.H. Beck, 2021, pp. 825-837.

que suscita reclamaciones no federales contra un Estado extranjero u otra estructura jurídica instrumental bajo la *Foreign Sovereign Immunities Act*, un tribunal debería determinar el Derecho sustantivo, usando la misma norma de conflicto aplicable en una demanda similar contra un demandado que fuese un particular⁹⁰. Por consiguiente, el Tribunal no se pronunció sobre quién era el propietario, ni sobre quién tenía el cuadro litigioso ni sobre dónde se encontraba éste. Se ejerció una acción de ese *otro tipo de acciones*, que antes se ha referido.

Es cierto que dicha acción se inserta en el marco de una acción reivindicatoria, que se encuentra en el origen del litigio. Pero su finalidad no es la restitución de la obra de arte robada. Ni siquiera es señalar cuál es el Derecho aplicable a dicha restitución, sino una cuestión técnica previa que estaba por resolver: cuál es el sistema de Derecho internacional privado -o, si se prefiere, la norma de conflicto- que debería fijar cuál es el Derecho material competente que debe aplicarse al fondo del litigio y que, por consiguiente, regirá la cuestión de la restitución del bien reclamado.

32. En la práctica judicial estadounidense, las acciones judiciales de devolución de las obras de arte obtenidas por los nazis sin el consentimiento de sus legítimos propietarios se dirigieron especialmente contra demandados que pertenecían a uno de estos tres grandes grupos (*three general groups*)⁹¹: museos públicos (*ad ex.*, *United States v. Portrait of Wally*⁹², *Rosenberg v. Seattle Art Museum*⁹³, *Grosz v. Museum of Modern Art*⁹⁴, *Museum of Fine Arts, Boston v. Seger Thomschitz*⁹⁵, *Detroit Institute of Arts and Toledo Museum of Art v. Ullin*⁹⁶, *Schoeps v. Museum of Modern Art*⁹⁷, *Von Saher v. Norton Simon Museum of Art*⁹⁸)⁹⁹, coleccionistas particulares (*Goodman v. Searle*¹⁰⁰, *Orkin v. Taylor*¹⁰¹, *Bakalar v. Vavra*¹⁰², *Dunbar v. Seger-Thomschitz*¹⁰³, *Vineberg v. Bissonnette*¹⁰⁴) y Estados extranjeros (*ad ex.*, *Altmann*

⁹⁰ Supreme Court of the United States, n° 20-1566, *David Cassirer, et al., petitioners v. Thyssen-Bornemisza Collection Foundation* (April 21, 2022).

⁹¹ B.L. HAY, *Nazi-looted Art and the Law: the American cases*, Cham, Springer, 2017, pp. 17-18; E. POCKOCK, "Spoliation of Works of Art During the Holocaust and World War II Period - A Commentary on the National Museum Directors' Conference First Progress Report on Provenance Research for the Period 1933-1945", *Art, Antiquity and Law*, 5, 1, March 2000, pp. 81-96.

⁹² *U.S. v. Portrait of Wally* 105 F.Supp.2d 288 (S.D.N.Y. 2000); reargument den. 2000 WL 1890403 (S.D.N.Y. 2000); summary judgment granted 2002 WL 553532 (S.D.N.Y. 2002); summary judgment den. 663 F.Supp.2d 232 (S.D.N.Y. 2009); stipulation and order of settlement and discontinuance, No. 99-CV-09940 (S.D.N.Y. 2010).

⁹³ *Rosenberg v. Seattle Art Museum* 42 F.Supp.2d 1029 (W.D.Wash. 1999); 124 F.Supp.2d 1207 (W.D.Wash. 2000).

⁹⁴ *Grosz v. Museum of Modern Art* 772 F.Supp.2d 473 (S.D.N.Y. 2010); aff'd 403 F.App'x 575 (2nd Cir. 2010); cert. den. 565 U.S. 819 (2011).

⁹⁵ *Museum of Fine Arts, Boston v. Seger-Thomschitz* 2009 WL 6506658 (D.Mass. 2009); aff'd 623 F.3d 1 (1st Cir. 2010); cert. den. 131 S.Ct. 1612 (2011); reh'g den. 131 S.Ct. 2176 (2011).

⁹⁶ *Detroit Institute of Arts v. George Ullin et al.*, No. 06-cv-10333 (E.D. Mich., filed Jan. 24, 2006); *Toledo Museum of Art v. George Ullin et al.*, No. 06-cv-7031 (N.D. Ohio, filed Jan. 24, 2006). *The Detroit Institute of Arts v. Ullin* 2007 WL 1016996 (E.D.Mich. 2007). *Toledo Museum of Art v. Ullin* 477 F.Supp.2d 802 (N.D. Ohio 2006).

⁹⁷ *Schoeps v. Museum of Modern Art* 549 F.Supp.2d 543 (S.D.N.Y. 2008); 594 F.Supp.2d 461 (S.D.N.Y. 2009); request den. 599 F.Supp.2d 532 (S.D.N.Y. 2009); 603 F.Supp.2d 673 (S.D.N.Y. 2009).

⁹⁸ *Von Saher v. Norton Simon Museum of Art at Pasadena* 2007 WL 4302726 (C.D.Cal. 2007); aff'd in part, rev'd in part, rem'd 578 F.3d 1016 (9th Cir. 2009); amended and superseded on denial for rehearing en banc 592 F.3d 954 (9th Cir. 2009); cert. den. 564 U.S. 1037, 131 S.Ct. 3055 (2011) - von Saher I; 862 F.Supp.2d 1044 United (C.D.Cal. 2012); rev'd and rem'd 754 F.3d 712 (9th Cir. 2014) - von Saher II; cert. den. 135 S.Ct. 1158 (Mem); 2015 WL 12910626 (C.D.Cal. 2015); 2016 WL 7626149 (C.D.Cal. 2016); 2016 WL 7626153 (C.D.Cal. 2016); aff'd 897 F.3d 1141 (9th Cir. 2018) - von Saher III; cert. den. 139 S.Ct. 2616 (Mem).

⁹⁹ *Vid.*, *ad ex.*, C. CRONIN, "Ethical Quandaries: The Holocaust Expropriated Art Recovery Act and Claims for Works in Public Museums", *St. John's Law Review*, 92, 3, Fall 2018, pp. 509-549; E. FURTWÄNGLER/M. LAMMERT (HRSG.), *Kunst und Profit: Museen und der französische Kunstmarkt im Zweiten Weltkrieg = Art e profit: les Musées et le marché de l'art français pendant la Seconde guerre mondiale*, Berlin, De Gruyter, 2022.

¹⁰⁰ *Goodman v. Searle* No. 96-6459 (N.D.Ill. 1996).

¹⁰¹ *Adler v. Taylor* 2005 WL 4658511 (C.D.Cal. 2005); aff'd sub nomine *Orkin v. Taylor* 487 F.3d 734 (9th Cir. 2007); cert. den. 552 U.S. 990 (2007).

¹⁰² *Bakalar v. Vavra* 2008 WL 4067335 (S.D.N.Y. 2008); vac'd and rem'd 619 F.3d 136 (2nd Cir. 2009); 819 F.Supp.2d 293 (S.D.N.Y. 2011); aff'd 500 Fed.App'x. 6 (2nd Cir. 2012); cert. den. 569 U.S. 968, 133 S.Ct. 2038; 2006 WL 2311113 (S.D.N.Y. 2006); 550 F.Supp.2d 548 (S.D.N.Y. 2008); 851 F.Supp.2d 489 (S.D.N.Y. 2011).

¹⁰³ *Dunbar v. Seger-Thomschitz* 638 F.Supp.2d 659 (E.D.La. 2009); aff'd 615 F.3d 574 (5th Cir. 2010); cert. den. 562 U.S. 1221.

¹⁰⁴ *Vineberg v. Bissonnette* 529 F.Supp.2d 300 (D.R.I. 2007); aff'd 548 F.3d 50 (1st Cir. 2008).

v. *Republic of Austria*¹⁰⁵, *Westfield v. Federal Republic of Germany*¹⁰⁶, *Orkin v. Swiss Confederation*¹⁰⁷, *Cassirer v. Kingdom of Spain*¹⁰⁸, *De Csepel v. Republic of Hungary*¹⁰⁹).

IV. Concepto e importancia jurídica de las “relaciones privadas internacionales”

33. El “objeto” de una disciplina jurídica es el “conjunto de relaciones sociales” que tal disciplina jurídica regula¹¹⁰. Pues bien: el objeto del Derecho internacional privado son las “situaciones privadas internacionales”. Al respecto, cabe destacar varios aspectos.

- 1º) Las “situaciones privadas internacionales”, debido a su carácter “internacional”, suscitan “dificultades jurídicas especiales”. En efecto, estas situaciones exigen la precisión de los tribunales competentes, de la legislación estatal aplicable y de la eficacia de resoluciones extranjeras
- 2º) Estas “situaciones privadas internacionales” exigen la presencia de una rama del Derecho específica que las regule: el Derecho internacional privado (“*the applicable rules and doctrines on choice of law*”)¹¹¹.
- 3º) El Derecho civil, mercantil y procesal de cada Estado son disciplinas jurídicas diseñadas para regular, exclusivamente, situaciones privadas “internas”, pero no para regular situaciones privadas “internacionales”.

34. Visto que el objeto del Derecho internacional privado son las “situaciones privadas internacionales”, resulta necesario analizar con detalle qué se entiende por situación “privada” y qué se entiende por situación “internacional”.

35. Se conoce como “situación jurídica privada” aquella cuyos sujetos intervinientes son sujetos particulares o bien actúan en calidad de tales. Los sujetos de una situación jurídica “privada” ocupan una

¹⁰⁵ *Altmann v. Republic of Austria* 142 F.Supp.2d 1187 (C.D.Cal. 2001); aff’d and rem’d 317 F.3d 954 (9th Cir. 2002); opinion amended and rehearing den’d 327 F.3d 1246 (9th Cir. 2003); aff’d on other grounds 541 U.S. 677 (2004); 377 F.3d 1105 (9th Cir. 2004); 335 F.Supp.2d 1066 (C.D.Cal. 2004). Sieher ferner 538 U.S. 1029 (2003) – granting stay and 539 U.S. 987 (2003) – granting certiorari in part.

¹⁰⁶ *Westfield v. Germany* 2009 WL 2356554 (M.D.Tenn. 2009); aff’d 633 F.3d 409 (6th Cir. 2011).

¹⁰⁷ *Orkin v. Swiss Confederation* 2011 WL 167840 (S.D.N.Y. 2011); aff’d 444 Fed.App’x. 469 (2nd Cir. 2011).

¹⁰⁸ *Cassirer v. Kingdom of Spain et al.* 2006 WL 8423211 (C.D.Cal. 2006); 461 F.Supp.2d 1157 (C.D.Cal. 2009); aff’d in part, rev’d in part, rem’d 580 F.3d 1048 (9th Cir. 2009) – Cassirer I; order for rehearing en banc 590 F.3d 981 (9th Cir. 2009); diss’d in part, aff’d in part 616 F.3d 1019 (9th Cir. 2010); cert. den. 564 U.S. 1037; 2012 WL 12875771 (C.D.Cal. 2012); 2012 WL 12882881 (C.D.Cal. 2012); aff’d in part, rev’d in part and rem’d 737 F.3d 613 (9th Cir. 2013) – Cassirer II; 2014 WL 5510996 (C.D.Cal. 2014); 2015 WL 12672087 (C.D.Cal. 2015); 153 F.Supp.3d 1148 (C.D.Cal. 2015); rev’d and rem’d 862 F.3d 951 (9th Cir. 2017) – Cassirer III; cert. den. 138 S.Ct. 1992 (Mem); C.D.Cal. 2019 – findings of facts and conclusions of law, disponible en https://www.lootedart.com/web_images/pdf2019/CassirerThyssen-JUDGMENT%2030.4.19.pdf, consultado el 2 marzo 2023; aff’d 2020 WL 4746626 (9th Cir. 2020) – Cassirer IV.

¹⁰⁹ *De Csepel v. Republic of Hungary* 808 F.Supp.2d 113 (D.D.C. 2011); 2011 WL 13244741 (D.D.C. 2011); aff’d in part, rev’d in part 714 F.3d 591 (D.C.Cir. 2013); 75 F.Supp.3d 380 (D.D.C. 2014); 169 F.Supp.3d 143 (D.D.C. 2016); aff’d in part, rev’d in part, rem’d with instructions 859 F.3d 1094 (D.C.Cir. 2017); cert. den. 139 S.Ct. 784 (Mem); 2020 WL 2343405 (D.D.C. 2020); United States Court of Appeals

for the District of Columbia Circuit, argued October 7, 2021, decided March 8, 2022, No. 20-7047 David L. de Csepel, et al., appellees v. Republic of Hungary, a foreign state, et al., appellants, Appeal from the United States District Court for the District of Columbia (No. 1:10-cv-01261), No. 20-8001 In re: Republic of Hungary, et al., petitioners, Petition and Cross-Petition for Permission to Appeal Under 28 U.S.C. § 1292(b) from an Interlocutory Order of the United States District Court for the District of Columbia (No. 1:10-cv-01261), disponible en [https://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/B1B3B6C98C3A57B8852587FF0055D821/\\$file/20-7047-1938132.pdf](https://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/B1B3B6C98C3A57B8852587FF0055D821/$file/20-7047-1938132.pdf).

¹¹⁰ A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Derecho internacional privado: concepto, caracteres, objeto y contenido”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho internacional privado*, 2ª ed., Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 124-125.

¹¹¹ *Vid.*, ad. ex., J.M. CARRUTHERS, “Cultural Property and Law - An International Private Law Perspective”, *Juridical Review*, 3, 2001, pp. 27-45; M. WELLER, “Kollisionsrecht und NS-Raubkunst: U.S. Supreme Court, Entscheidung vom 21. April 2022, 596 U.S. 142 S.Ct. 1502 (2022) – Cassirer et al. ./ Thyssen-Bornemisza Collection Foundation”, *IPRax*, 2023, 1, pp. 97-100 (p. 97).

“posición jurídica de igualdad”. Los sujetos privados no disponen de poderes exorbitantes o privilegiados con arreglo a la Ley. Son particulares, sujetos privados. No operan como autoridades públicas dotadas de “poderes exorbitantes” atribuidos por el Derecho público. Por ello se habla de “relaciones jurídicas horizontales”. En consecuencia, el concepto de “situación privada” cubre las siguientes relaciones jurídicas.

- 1º) Relaciones jurídicas en las que intervienen sujetos particulares. Estas relaciones pueden adoptar una modalidad “contradictoria” o una modalidad “no contradictoria”¹¹².
- 2º) Relaciones jurídicas en las que interviene un sujeto de Derecho público pero que actúa sin “potestad de imperio”¹¹³. En la actualidad es muy frecuente la intervención del Estado y demás organismos públicos en la vida económica, mediante la realización de actividades desligadas de la función pública *stricto sensu*. Visto que tales entes participan en el comercio internacional despojados de su potestad de *imperium*, puede afirmarse que operan como “sujetos privados”, y por tanto el Derecho Público no es aplicable. Precisar cuándo un sujeto público interviene con o sin “potestad de *imperium*” no es nada sencillo. Esta cuestión surge con frecuencia en relación con los contratos internacionales en los que participa el Estado como parte del contrato.

36. El Derecho internacional privado regula las situaciones privadas “internacionales” y no las situaciones jurídicas privadas meramente internas. Ahora bien, la distinción entre “situaciones internas” y “situaciones internacionales” es más difícil de lo que parece. Ello es así porque hay muchos tipos de elementos extranjeros, de diferente naturaleza y de intensidad diferente. Además, como han indicado algunos autores, en la actualidad todo está conectado con todo y la práctica totalidad de las situaciones jurídicas contienen elementos extranjeros en mayor o menor medida. Por ello, multitud de tesis doctrinales han tratado de perfilar cuándo una situación jurídica privada es “internacional”. La más relevante es la tesis del “elemento extranjero puro”¹¹⁴.

37. Según la tesis del “elemento extranjero puro”, una situación privada manifiesta carácter “internacional” cuando presenta, al menos, un “elemento extranjero” (*Sachverhalt mit Auslandsberührung*), cualquiera que sea dicho “elemento”. El caso presenta “elementos extranjeros”, por lo que es “internacional” y debe ser regulado por el Derecho internacional privado. Esta tesis es la mayormente seguida por la jurisprudencia española¹¹⁵.

38. A la luz de lo anteriormente expuesto, ya estamos en condiciones de responder a dos preguntas:

- 1ª) Si la acción reivindicatoria de judíos estadounidenses contra la Fundación Thyssen-Bornemisza / el Estado español es una situación privada internacional. La respuesta es afirmativa. En efecto, como hemos visto una situación privada internacional es una relación jurídica multiconectada con los ordenamientos jurídicos de varios Estados, con independencia de cuál sea su naturaleza (personal, real o local o conductista). En el caso *Pisarro*, hay: a) *Elementos personales*: Los propietarios o poseedores del cuadro tenían distintas nacionalidades o domicilios en diversos Estados (Alemania, Países Bajos, California, Missouri, Nueva

¹¹² A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Derecho internacional privado: concepto, caracteres, objeto y contenido”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho internacional privado*, 2ª ed., Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 125.

¹¹³ A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Derecho internacional privado: concepto, caracteres, objeto y contenido”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho internacional privado*, 2ª ed., Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 125-126.

¹¹⁴ A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Derecho internacional privado: concepto, caracteres, objeto y contenido”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho internacional privado*, 2ª ed., Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 127.

¹¹⁵ A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Derecho internacional privado: concepto, caracteres, objeto y contenido”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho internacional privado*, 2ª ed., Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 127.

York, Suiza, España). b) *Elementos reales*: El cuadro ha estado en cada uno de ellos. En España, desde hace 30 años. c) *Elementos locales o conductistas*: El cuadro ha sido objeto de sucesivas ventas en Alemania (1939), Estados Unidos (1951), Suiza (1976) y España (1992). Tiene, pues, razón M. WELLER, cuando destaca que es propio de los procedimientos de arte saqueado por los nazis que los objetos reclamados se encuentren ellos mismos “al final de una larga cadena de transmisiones con un número de elementos extranjeros” (“at the end of a long chain of transfers with a number of foreign elements”)¹¹⁶.

- 2ª) ¿Cuáles son los problemas jurídicos fundamentales que hay que resolver en tales supuestos? El Derecho internacional privado. proporciona respuesta jurídica a *tres grandes cuestiones* (F. VISCHER)¹¹⁷: 1º) ¿Son competentes los órganos jurisdiccionales u otras autoridades públicas españolas para entrar a conocer del fondo del problema jurídico que plantea una situación privada internacional?; 2º) Si la respuesta al interrogante anterior es afirmativa, ¿cuál es, entonces, el Derecho aplicable a la situación privada internacional?; 3º) ¿Cuáles son los efectos jurídicos que producen en España los actos y decisiones extranjeras relativas a situaciones privadas internacionales? De este modo, el contenido del Derecho internacional privado está compuesto por tres “sectores de normas” que dan respuesta a los interrogantes anteriores: a) Competencia judicial internacional; b) Derecho aplicable a las situaciones privadas internacionales; c) Validez extraterritorial de actos y decisiones extranjeras¹¹⁸.

V. Razones que explican la frecuencia con que se litiga en Estados Unidos sobre arte robado por los nazis

39. Desde un *punto de vista sociológico*, como ha señalado J.P. RAPP, son varios los factores que explican el gran número de litigios sobre arte robado por los nazis que se han desarrollado y continúan llevándose ante los tribunales estadounidenses: *muchos judíos* se fueron a vivir a los Estados Unidos durante o después de la guerra; muchas obras de arte con un pasado nazi se encuentran en Estados Unidos, que es el *mayor mercado de arte del mundo*; los tribunales estadounidenses se ganaron la reputación de ser un foro con *claras ventajas* para las demandas de restitución de obras artísticas¹¹⁹.

40. Desde un *punto de vista jurídico* esas claras ventajas tienen que ver con la reglamentación por el Derecho de los Estados Unidos de la transmisión de la propiedad de los bienes muebles, la competencia internacional de sus tribunales y ciertas peculiaridades del procedimiento¹²⁰.

1. Transmisión de la propiedad de los bienes muebles

41. Existe una regla de Derecho internacional privado universalmente aceptada por las legislaciones nacionales para determinar cuál es la ley aplicable a la transmisión de la propiedad y demás

¹¹⁶ Vid. M. WELLER, “Kollisionsrecht und NS-Raubkunst: U.S. Supreme Court, Entscheidung vom 21. April 2022, 596 U.S. 142 S.Ct. 1502 (2022) – Cassirer et al. / Thyssen-Bornemisza Collection Foundation”, *IPRax*, 2023, 1, pp. 97-100 (p. 97).

¹¹⁷ F. VISCHER, “Bemerkungen zum Verhältnis von internationaler Zuständigkeit und Kollisionsrecht”, en *Mélanges Alfred E. von Overbeck*, Fribourg, 1990, pp. 349-377.

¹¹⁸ A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Derecho internacional privado: concepto, caracteres, objeto y contenido”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho internacional privado*, 2ª ed., Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 158; M. FRIGO, *Circulation de biens culturels, détermination de la loi applicable et méthodes de règlement des litiges*, La Haye, Académie de droit international de La Haye, 2016.

¹¹⁹ J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, p. 24. En general, sobre el papel desempeñado por las tropas estadounidenses, *vid.*, *ad ex.*, I. LINDSAY, “1945, the US army”, en *Id.*, *The History of Loot and Stolen Art from Antiquity until the Present Day*, London, Unicorn Press Ltd, 2014.

¹²⁰ *Vid.*, *ad ex.*, M.J. BAZYLER, *Holocaust Justice: The Battle for Restitution in America's Courts*, New York, 2003; J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 39 y ss.

derechos reales: la *lex rei sitae* o ley del Estado en que se encuentra el bien¹²¹. Dicha regla es necesaria; porque los Estados no regulan siempre de la misma manera la transmisión de la propiedad y otros derechos reales.

42. En el Derecho de cosas de los Estados Unidos existe un *principio: no good faith purchaser can obtain good title*¹²².

La expresión “Derecho de cosas” de los Estados Unidos es una *generalización*; puesto que existen tanto sistemas legales como Estados individuales existen en la Unión¹²³. Cuestión distinta es que se parecen mucho todos ellos, salvo significativas *desviaciones* del modelo mayoritario (especialmente Luisiana).

La *doctrina no good title* significa que: “Neither a thief nor a good faith purchaser from the thief, nor even subsequent good faith purchasers, can pass good title”¹²⁴. No es una novedad jurídica. Procede del Derecho romano. En él, estaba vigente el principio *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet* (Digesto, 50,17,54 y 41, 1, 20); es decir, nadie puede transmitir un derecho mayor que el que él tiene¹²⁵.

¹²¹ *Vid., ad ex.*, R. ALDEN, “Notes - Modernizing the Situs Rule for Real Property Conflicts”, *Texas Law Review*, 65, 3, February 1987, pp. 585-633; P.M. BATOR, “An Essay on the International Trade in Art”, *Stanford Law Review*, 34, 2, January 1982, pp. 275-384; I.F.G. BAXTER, “Conflicts of Law and Property”, *McGill Law Journal*, 10, 1, 1964, pp. 1-37; J.H. BEALE, “The Situs of Things”, *Yale Law Journal*, XXVIII, 6, April 1919, pp. 525-541; W. CARNAHAN, “Tangible Property and the Conflict of Laws”, *University of Chicago Law Review*, 2, 3, April 1935, pp. 345-384; J.M. CARRUTHERS, *Transfer of property and private international law*, Northampton, MA, Edward Elgar Publishing, 2016; P.B. CARTER, “Decisions of British Courts During 1981 Involving Questions of Public or Private International Law: B. Private International Law: Note - Transfer Inter Vivos of Movable Property”, *British Yearbook of International Law*, 52, 1, 1981, pp. 329-334; J.A. CLARENCE-SMITH, “Classification by the Site in the Conflict of Laws”, *Modern Law Review*, 26, 1, January 1963, pp. 16-33; C.W. FASSBERG, “On Time and Place in Choice of Law for Property”, *International and Comparative Law Quarterly*, 51, 2, April 2002, pp. 385-400; D. FINCHAM, “Rejecting Renvoi for Movable Cultural Property: The Islamic Republic of Iran v. Denyse Berend”, *International Journal of Cultural Property*, 14, 1, February 2007, pp. 111-120; M. FRANKLIN, “Comparative Law - Security of Acquisition and of Transaction: La Possession Vaut Titre and Bona Fide Purchase”, *Tulane Law Review*, 6, 1932, pp. 589-612; P. HAY, “The Situs Rule in European and American Conflicts Law - Comparative Notes”, en P. HAY/M.H. HOEFELICH (Eds.), *Property Law and Legal Education: Essays in Honor of John. E. Cribbet*, Urbana and Chicago, IL, USA, University of Illinois Press, 1988, pp. 109-132; A.E. HAYWORTH, “Notes - Stolen Artwork: Deciding Ownership is No Pretty Picture”, *Duke Law Journal*, 43, 2, November 1993, pp. 337-383; F. HELLENDALL, “The Characterization of Proprietary Rights to Tangible Movables in the Conflict of Laws”, *Tulane Law Review*, XV, 1941, pp. 374-393; F.V. KRUSE, “What Does ‘Transfer of Property’ Mean with Regard to Chattels? A Study in Comparative Law”, *American Journal of Comparative Law*, 7, 4, Autumn 1958, pp. 500-515; J.H.C. MORRIS, “The Transfer of Chattels in the Conflict of Laws”, *British Yearbook of International Law*, XXII, 1945, pp. 232-248; J.W. SINGER, “Property Law Conflicts”, *Washburn Law Journal*, 54, 1, Fall 2014, pp. 129-160; R.J. WEINTRAUB, “An Inquiry into the Utility of ‘Situs’ as a Concept in Conflicts Analysis”, *Cornell Law Quarterly*, 52, 1, Fall 1966, pp. 1-42.

¹²² *Vid., ad ex.*, M. ANTON, *Zivilrecht - Guter Glaube im internationalen Kunsthandel*, Berlin, de Gruyter, 2010; A.D.M. FORTE (Ed.), *Good faith in contract and property*, Oxford, Hart Publ., 1999; P. GALLO, *Contratto e buona fede: buona fede in senso oggettivo e trasformazioni del contratto*, Torino, Utet Giuridica, 2009; R. HARRISON, *Good faith in sales*, London, Sweet & Maxwell, 1997; R. MEYER, *Bona fides und lex mercatoria in der europäischen Rechtsstradition*, Göttingen, Wallstein-Verl., 1994; J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 40-46; J. SCHELLERER, *Gutgläubiger Erwerb und Ersitzung von Kunstgegenständen: BGB, Kunsthandel, Europäisches Privatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016; C. STEMPER, *Treu und Glauben im Unionsprivatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016; S.C. SYMEONIDES, “A Choice-of-Law for Conflicts Involving Stolen Cultural Property”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 38, 2005, pp. 1177-1198 (pp. 1190-1191); M. WEBER, “Internationale Aspekte des gutgläubigen Erwerbs gestohlener Kulturgüter”, en M. WELLER/N. KEMLE/T. DREIER (HRSG.), *Raub - Beute - Diebstahl: Tagungsband des Sechsten Heidelberger Kunstrechtstags am 28. und 29. September 2012*, Zürich, St. Gallen, Dike-Verl., Wien, facultas.wuv, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2013, pp. 45-76; R. ZIMMERMANN/S. WHITTAKER (Eds.), *Good faith in European contract law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

¹²³ J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, p. 40, nota 4.

¹²⁴ A. BIONDI, “The Merchant, the Thief and the Citizen: The Circulation of Works of Art Within the European Union”, *Common Market Law Review*, 34, 5, 1997, pp. 1173-1195; C.S.P. HARDING/M.S. ROWELL, “Protection of Property versus Protection of Commercial Transactions in French and English Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, 26, 2, April 1977, pp. 354-380; A. HAWKINS/R.A. ROTHMAN/D.B. GOLDSTEIN, “A Tale of Two Innocents: Creating an Equitable Balance Between the Rights of Former Owners and Good Faith Purchasers of Stolen Art”, *Fordham L. Rev.*, 64, 1995, pp. 49-96 (p. 50).

¹²⁵ G. MAGRI, “Der gutgläubige Erwerb vom Nichtberechtigten und die Besonderheiten des italienischen Rechts im europäischen Kontext”, en H. GROTHE/P. MANKOWSKI (HRSG.), *Europäisches und internationales Privatrecht: Festschrift für Christian von Bar zum 70. Geburtstag*, München, C.H. Beck, 2022, pp. 215-224.

43. La *ratio* que se esconde tras el Derecho de los Estados Unidos es que: “*The common law protects theft victims over commercial certainty in part on the philosophy that whereas original owners were unwillingly robbed of the art’s possession, subsequent purchasers made the choice to buy the art from the thief (albeit perhaps in good faith)*”¹²⁶. Dicho con otros términos, desde un punto de vista técnico, en el Derecho estadounidense el principio *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet* (seguridad del derecho subjetivo, *Rechtssicherheit*) ha triunfado sobre su opuesto, el principio *mobilia non habet sequelam* (la seguridad del tráfico, *Verkehrssicherheit*)¹²⁷.

44. A los actuales poseedores de la obra de arte, en la práctica, sólo les quedan *tres remedios* a los que acogerse eventualmente para no ser desposeídos:

45. 1º) La “prescripción” (adquisitiva). Conocida como *adverse possession, prescription* o *squatter rights* (derechos de los ocupantes ilegales) es un modo de adquisición de la propiedad en virtud del cual el poseedor no propietario de un bien consigue la propiedad de éste por el transcurso del tiempo¹²⁸. Equivale a nuestra *usucapión*.

Su valor en los litigios de restitución de obras de arte es “casi” insignificante. Es una figura que se aplica exclusivamente a los derechos reales inmobiliarios en casi todos los Estados de la Unión¹²⁹.

Existe, no obstante, una *excepción*, que se aplicó en el caso *Dunbar v. Seger-Thomschitz*¹³⁰. En el Estado de Luisiana sí existe la posibilidad de una prescripción adquisitiva; porque el Código Civil de Luisiana originariamente estuvo muy influido por el Código de Napoleón de 1804¹³¹. Se trataba de un cuadro de OSKAR KOKOSCHKA, *Portrait of a Youth* (1910). En el marco de un proceso de “arianización” (*Arisierung*), hubo una venta forzosa a un anticuario en 1939¹³². Después de la guerra, este anticuario emigró a Estados Unidos y, en 1946, su galería vendió el cuadro a la madre de SARAH B. DUNBAR. Ésta heredó el cuadro en 1973. Como quiera que descendientes del propietario judío obligado a vender reclamaron el cuadro, ella interpuso una *acción declarativa negativa (action to quiet title)* ante los tribunales

¹²⁶ J.A. KREDER, “Executive Weapons to Combat Infection of the Art Market”, *Wash. U. L. Rev.*, 88, 2011, pp. 1353-1363 (p. 1362).

¹²⁷ C. ROODT/D. CAREY-MILLER, “Stolen cultural property: implications of Vitium Reale in private law and private international law”, *Transnational Dispute Management*, 5, 2013, pp. 1-10. Sobre el segundo de estos principios, *vid.*, *ad ex.*, L.J. VAN APeldoorn, “Mobilia Non Habent Sequelam”, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis / Revue d’histoire du droit / The Legal History Review*, 11, 2, 1932, pp. 133-186.

¹²⁸ J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, p. 42.

¹²⁹ J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, p. 42.

¹³⁰ *Dunbar v. Seger-Thomschitz* 638 F.Supp.2d 659 (E.D.La. 2009); aff’d 615 F.3d 574 (5th Cir. 2010), disponible en <https://casetext.com/case/dunbar-v-seger-thomschitz-3> (consultado el 16 marzo 2023) y en <https://www.govinfo.gov/app/details/US-COURTS-ca5-09-30717/summary> (consultado el 16 marzo 2023); cert. den. 562 U.S. 1221. *Id.*, *ad ex.*, J.A. KREDER, “The New Battleground of Museum Ethics and Holocaust-Era Claims: Technicalities Trumping Justice or Responsible Stewardship for the Public Trust?”, *Oregon Law Review*, 88, 2009, pp. 37-94; K. ASHTA/A. CHECHI/M.-A. RENOLD, “Case Portrait of a Youth – Reichel Heirs v. Sarah Blodgett Dunbar”, *Platform ArThemis* (<http://unige.ch/art-adr>), Art-Law Centre, University of Geneva, disponible en <https://plone.unige.ch/art-adr/cases-affaires/portrait-of-a-youth-2013-reichel-heirs-v-sarah-blodgett-dunbar> (consultado el 16 marzo 2023); B.L. HAY, “Museum of Fine Arts, Boston v. Seger-Thomschitz”, en *Id.*, *Nazi-looted Art and the Law: the American cases*, Cham, Springer, 2017, §§ 10.1 a 10.6 (§ 10.6); C.J. MIRAMADI, “Too Little, Too Late: Dunbar v. Seger-Thomschitz and the Ongoing Challenge Posed by Prescriptive Periods in Holocaust-Era Art and Cultural Property Restitution Matters”, *Art Antiquity and Law*, 17, 2012, pp. 69-89.

¹³¹ J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 43-44.

¹³² La bibliografía sobre la “arianización” (o expropiación y expulsión de los judíos) de la vida social y económica durante el Tercer Reich es casi imposible de abarcar. Algunas obras -más allá de las generales- son especialmente interesantes por la meticulosidad de la exposición o la sutileza del análisis, como, *ad ex.*, R. EISFELD (HRSG.), *Mitgemacht: Theodor Eschenburgs Beteiligung an ‘Arisierungen’ im Nationalsozialismus*, Wiesbaden, Springer VS, 2015; T.B. HESSLING, *Auflösung jüdischer Haushalte im ‘Dritten Reich’: zur ‘Arisierung’ in Bayerisch Schwaben: Augsburg und Fischach*, Hamburg, Verlag Dr. Kovač, 2018; M. KISSNER/A. ROTH, *Notare in der nationalsozialistischen ‘Volksgemeinschaft’: Das westfälische Anwaltsnotariat 1933-1945*, Baden-Baden, Nomos, 2017; A.A. WEISE, *Nach dem Raub: die Vermögensverwertungsstelle beim Oberfinanzpräsidenten Hannover (1941-1950)*, Göttingen, Wallstein Verlag, 2017.

de Luisiana. El objeto de la acción era que se declarase que ella era la legítima propietaria del cuadro y que no lo era ninguna otra persona (ni los reclamantes ni cualquier potencial demandante futuro). Los tribunales de Luisiana le dieron la razón; puesto que: 1º) Se presume que se quiere poseer como propietario, salvo que se haga en nombre y representación de otra persona (art. 3421 CC de Luisiana). 2º) Quien ha poseído un mueble como propietario durante diez años adquiere la propiedad por prescripción. No es necesario para esta prescripción que haya ni título ni buena fe (art. 3427 CC de Luisiana).

46. 2º) La “usucapión” (o prescripción adquisitiva). Su importancia real es muy reducida. Los Estados como Nueva York o California aplican una regla muy favorable a los titulares originarios a los que se privó de su propiedad: la *demand and refusal rule*. Este principio fue establecido -como recuerda J.P. RAPP- en uno de los primeros casos de restitución ante los tribunales estadounidenses que hubo (*Menzel v. List* 267 N.Y.S.2d 804, 809 (NY Sup. Ct. 1966)¹³³. Significa que “*The rule in this State is that a cause of action for replevin against the good-faith purchaser of a stolen chattel accrues when the true owner makes demand for return of the chattel and the person in possession of the chattel refused to return it*” (*Solomon R. Guggenheim Found. v. Lubell* 77 N.Y.2d 311, 316 s. [NY Ct. App. 1991]).

47. 3º) Las denominadas “defensas equitativas” (*equitable defenses*), como la *doctrine of laches*. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos definió esta doctrina en *Costello v. United States* 365 US 265, 282 (1961): “*Laches requires proof of (1) lack of diligence by the party against whom the defense is asserted, and (2) prejudice to the party asserting the defense*”¹³⁴. Tradicionalmente, para invocar la *doctrine of laches*, se ha requerido que se demuestren tres elementos: (a) Que el actor demore la presentación de la demanda (en argot forense, que se “haya dormido en sus derechos”) (*delay*). (b) Que no se pueda explicar dicho retraso de manera racional (*unreasonable*). (c) Que, como consecuencia de esta demora, los testigos y/o las pruebas puedan haberse perdido o ya no estén disponibles y que las circunstancias hayan cambiado de tal manera que dicha demora perjudique injustamente al demandado (*injury*). Esta doctrina es un reflejo de una vieja máxima jurídica latina: *Vigilantibus non dormientibus aequitas subvenit*. -es decir, que “la equidad ayuda a los que están vigilantes, no a aquellos que se duermen en sus derechos”-. “*Laches*” procede del término latino *laxus*. La *doctrine of laches* equivale, *servata distantia*, a nuestra *doctrina de los actos propios*.

2. Competencia internacional de los tribunales de Estados Unidos sobre litigios de restitución de obras de arte

48. Nada de todo lo anterior sería posible si no fuera *fácil y rápido justificar la competencia internacional* de los tribunales estadounidenses para conocer de las acciones interpuestas contra el poseedor de la obra de arte.

49. En primer lugar, los tribunales estadounidenses pueden ser internacionalmente competentes, ejerciendo la *personal jurisdiction* contra el poseedor actual del objeto de arte reclamado y potencial obligado a su restitución; es decir, apoyándose en el hecho de que al demandado se le ha notificado personalmente el inicio de un procedimiento judicial contra él, estando presente en el territorio de este

¹³³ J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, p. 46.

¹³⁴ Citando *Gallagher v. Cadwell*, 145 U.S. 368, 145 U.S. 372; *Southern Pacific Co. v. Bogert*, 250 U.S. 483, 250 U.S. 488-490; *Gardner v. Panama R. Co.*, 342 U.S. 29, 342 U.S. 31. Disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/365/265/> (consultado el 22 marzo 2023). *Vid., ad ex.*, B. DEMARSIN, “Has the Time (of Laches) Come? Recent Nazi-Era Art Litigation in the New York Forum”, *Buff. L. Rev.*, 59, 2011, pp. 621-692; K.E. FORT, “The New Laches: Creating Title Where None Existed”, *Geo. Mason L. Rev.*, 16, 2, 2009, pp. 357-401; A.R. IBRAHIM, “The Doctrine of Laches in International Law”, *Virginia Law Review*, 83, 3, April 1997, pp. 647-692; A. MINKOVICH, “The Successful Use of Laches in the World War II-Era Art Theft Disputes: It’s Only a Matter of Time”, *Colum. J.L. & Arts*, 27, 2004, pp. 349-384; J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 201-209.

Estado, sin que importe, a estos efectos, que su presencia sea transitoria o permanente¹³⁵. Lo proclama el § 28 *Restatement (Second) of Conflict of Laws*: “A state has power to exercise judicial jurisdiction over an individual who has present within its territory, whether permanently or temporarily”.

Ejemplo: La Fundación Thyssen-Bornemisza alegó ante el Tribunal de Distrito californiano que los tribunales de California carecían de competencia judicial internacional para enjuiciar al Museo a la luz de una demanda que exigía la restitución de una obra de arte robada por los nazis o su indemnización.

La Fundación esgrimió varios argumentos contra la *personal jurisdiction*: (a) En Estados Unidos, está constitucionalmente prohibido que se prive a las personas de su propiedad sin un “proceso legal justo” (*due process of law*)¹³⁶. (b) Según la denominada “cláusula del proceso justo” (*due process clause*), se prohíbe generalmente que un tribunal ejerza su jurisdicción sobre una parte no residente, salvo que ésta tenga “contactos mínimos” (*minimum contacts*) suficientes con el foro (en este caso, California) para que el procedimiento sea respetuoso con el “juego limpio y justicia sustancial” (*fair play and substantial justice*)¹³⁷. (c) En el caso concreto de que se trataba, faltaban los contactos mínimos necesarios para que un tribunal californiano pudiera ejercer la jurisdicción personal sobre un museo público español.

El Tribunal de Distrito de California desestimó dicha argumentación. En primer lugar, consideró que el marco legal de la contienda no debía buscarse tanto en la jurisprudencia anterior, como en la legislación federal: Era la *Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA)* la que fijaba cuáles eran los supuestos en que los tribunales estadounidenses podían ejercer jurisdicción sobre Estados extranjeros. En segundo lugar, el demandado no podía exigir ninguna conexión territorial adicional con los Estados Unidos que no se hallara recogida por la Ley misma. Por último, no era necesario investigar más a fondo el grado de contacto entre el Museo y los Estados Unidos; puesto que los *Cassirer* fundamentaban la competencia de los tribunales estadounidenses, sobre todo, en la denominada *excepción de expropiación (expropriation exception)* de la FSIA, que era poco discutible en este caso.

50. En segundo lugar, los *long arm statutes* permiten que se justifique la jurisdicción en virtud de *mínimos contactos de negocios* en los Estados Unidos (= abandono de los requerimientos mecánicos de consentimiento, presencia física o domicilio [*Pennoyer v. Neff* 95 U.S. 714 (1878)] por obra de *International Shoe Co. v. Washington* 326 U.S. 310 (1945))¹³⁸. Esto es válido tanto para demandados nacionales como extranjeros¹³⁹.

51. En tercer lugar, según la *Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA)*, la competencia para conocer de litigios sobre restitución de obras de arte sustraídas por los nazis se puede basar en el ejercicio de una actividad comercial (*commercial activity exception*) relacionada con el territorio de los Estados Unidos¹⁴⁰,

¹³⁵ A.L. PARRISH, “Sovereignty, Not Due Process: Personal Jurisdiction over Nonresident Aliens”, *Wake Forest Law Review*, 41, 2006, pp. 1-60; T.D. PETERSON, “The Timing of Minimum Contacts”, *George Washington Law Review*, 79, 2010, pp. 101-160; J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 73-74; C.W. RHODES/C.B. ROBERTSON, “Toward a New Equilibrium in Personal Jurisdiction”, *UC Davis Law Review*, 48, 2014, pp. 207-270.

¹³⁶ *Cassirer*, 461 F. Supp.2d at 1168 (quoting *Altmann v. Republic of Austria*, 142 F. Supp.2d 1187, [C.D. Cal. 2001]).

¹³⁷ *International Shoe Co. v. State of Washington*, 326 U.S. 310 (1945), disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/326/310/> (consultado el 11 marzo 2023).

¹³⁸ M.M. MALONEY, “Specific Personal Jurisdiction and the ‘Arise from or relate to’ Requirement... What does It Mean?”, *Washington & Lee Law Review*, 50, 1993, pp. 1265-1301; J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 48, 74, 100 y 117-119.

¹³⁹ S.A. BENJAMIN, “The Territorial Reach of Federal Courts”, *Florida Law Review*, 71, 2019, pp. 979-1015; G.B. BORN, “Reflections on Judicial Jurisdiction in International Cases”, *Ga. J. Int’l & Comp. L.*, 17:1, 1987, pp. 1-44; R.E. DEGNAN/M.K. KANE, “The Exercise of Jurisdiction over and Enforcement of Judgments against Alien Defendants”, *The Hastings Law Journal*, 39, 1988, pp. 799-855; P. HAY, “American Judicial Jurisdiction over out-of-State Defendants revisited”, en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 622-630; G.P. MILLER, “In Search of the Most Adequate Forum: State Court Personal Jurisdiction”, *Stanford Journal of Complex Litigation*, vol. 2: 1, Winter 2014, pp. 1-39; J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, p. 48.

¹⁴⁰ *Id.*, ad ex., R. PAVONI, “Sovereign Immunity and the Enforcement of International Cultural Property Law”, *EUI Working*

siempre que: (a) los demandados sean *Estados extranjeros* o *Museos e instalaciones de arte de carácter público*; y (b) la demanda se base en “*commercial activity carried on in the United States by the foreign state*” o en “*an act outside the territory of the United States in connection with a commercial activity of the foreign state elsewhere and that act causes a direct effect in the United States*” (28 U.S.C. §1605[a][2]1 y 3).

Para aplicar la *commercial activity exception*, los tribunales estadounidenses deben tener en consideración los siguientes datos:

- 1º) *Qué es*, a estos efectos, una *actividad comercial*: Debe tratarse de un acto jurídico no soberano (un acto jurídico patrimonial semejante al que podría llevar a cabo un particular [*actae iure gestionis*])¹⁴¹, ya sea de tracto sucesivo o de tracto único: “*either a regular course of commercial conduct or a particular commercial transaction or act*” (28 U.S.C. § 1603[d]).
- 2º) *Cómo se sabe si una actividad comercial se realiza en Estados Unidos o en el extranjero, pero causa un efecto directo en los Estados Unidos*: “*A ‘commercial activity carried on in the United States by a foreign state’ means commercial activity carried on by such state and having substantial contact with the United States*” (28 U.S. Code § 1603[e]).

Ejemplo 1: WALTER WESTFELD era un comerciante judío que fue deportado a Auschwitz, donde murió (1943)¹⁴². En 2009, varios familiares suyos demandaron a la República Federal de Alemania en los tribunales de Tennessee (*Westfield v. Germany* 2009 WL 2356554 [M.D.Tenn. 2009]; aff’d 633 F.3d 409 [6th Cir. 2011]). Solicitaban una indemnización por la colección de obras de arte que los nazis le confiscaron y vendieron en pública subasta. En ella, había cuadros de El Greco, van Dyck y otros célebres pintores europeos. Hubo, al final, un vencedor, la República Federal de Alemania, y unos perdedores, los familiares herederos de Westfeld. La discusión se centró en la doctrina de la *inmunidad de los Estados extranjeros*, que se oponía a la demanda, y en la *excepción de actividad comercial* contemplada por la FSIA, que la permitía concurriendo ciertas condiciones. Para llegar a la anterior conclusión, se debatió si: (a) La confiscación de la colección por los nazis podía considerarse una *actividad comercial*: El Tribunal de Distrito estimó que no lo era y, además, precisó que: “*the subsequent disposition of the art collection on the private art market through privately-owned auction houses does not render the initial act of seizure a commercial activity*” (*Westfield v. Federal Republic of Germany*, 2009 WL 2356554, at 6* [M.D. Tenn. 2009]). (b) Si, tanto si se trataba de una actividad comercial como si no, la expropiación de las obras de arte por los nazis había tenido un *efecto directo* o un *efecto indirecto* en los Estados Unidos. El Tribunal de Apelación para el Sexto Circuito consideró que, en absoluto, había tenido un “efecto directo” y que sólo cabría plantearse si lo habría tenido “indirecto”. Llegado a este punto, el Tribunal de Apelación interpretó que el único factor que podría considerarse sería la intención que tuvo WALTER WESTFELD de enviar la colección a Tennessee (Estados Unidos), donde vivía su hermano, tan pronto le

Papers, Law 2012/30, pp. 3-6; J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 83, 87-92 y 108.

¹⁴¹ *Malewicz v. City of Amsterdam* 362 F.Supp.2d 298, 313 (D.D.C. 2005), disponible en <https://casetext.com/case/malewicz-v-city-of-amsterdam-3> (consultado el 13 marzo 2023) y en https://sherloc.unodc.org/cld/uploads/res/case-law-doc/trafficking_cultural_property_crime_type/usa/2007/malewicz_heirs_vs_city_of_amsterdam_html/Malewicz_v._City_of_Amsterdam_362_F_Supp._2d_298_-_Dist._Court_Dist.pdf (consultado el 13 marzo 2023). *Vid.*, *ad ex.*, A. CHECHI/E. VELIOGLU/M.-A. RENOLD, “Case 14 Artworks – Malewicz Heirs and City of Amsterdam”, December 2013, disponible en <https://plone.unige.ch/art-adr/cases-affaires/14-paintings-2013-malewicz-heirs-and-city-of-amsterdam/case-note-2013-14-artworks-2013-malewicz-heirs-and-city-of-amsterdam> (consultado el 13 marzo 2023); J. DRYSDALE, “Malewicz v. City of Amsterdam 362 F. SUPP. 2D 298 (D.D.C. 2005)”, *DePaul J. Art, Tech. & Intell. Prop. L.*, 16, 2005, pp. 161-172, disponible en <https://via.library.depaul.edu/jatip/vol16/iss1/5> (consultado el 13 marzo 2023); H.N. SPIEGLER, “Litigation against a Foreign Sovereign in the United States to Recover Artworks on Temporary Loan: The Malewicz Case”, *Bringing Together the World’s Lawyers*, n° 2007-1, disponible en https://www.tagalliances.com/files/Specialty%20Group%20News/litigation/Herrick_Juriste%20International.pdf (consultado el 13 marzo 2023).

¹⁴² B.L. HAY, “Westfield v. Federal Republic of Germany”, en *Id.*, *Nazi-looted Art and the Law: the American cases*, Cham, Springer, 2017, §§ 4.1 a 4.6; J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 90-91; E. ZARRINI, “Of Hitler and Camille Pissarro: Jurisdiction in Nazi Art Expropriation Cases under the Foreign Sovereign Immunity Act”, *Fordham J. Corp. & Fin. L.*, 16, 2011, pp. 437-463 (pp. 437-440).

fuera posible -cosa que le impidió su detención por la Gestapo-. Admitirlo, sostuvo el Tribunal de Apelación para el Sexto Circuito sería llevar demasiado lejos los límites puestos por la FSIA a la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero. Por lo tanto, confirmó la sentencia del tribunal de instancia (*Westfield v. Federal Republic of Germany*, 633 F.3d 409 [6th Cir. 2011]¹⁴³).

Ejemplo 2: En el asunto *Cassirer*, el Estado español y la Fundación Thyssen-Bornemisza alegaron que el Museo no tenía ninguna actividad comercial en Estados Unidos; puesto que se trataba de una institución cultural sin ánimo de lucro. El Tribunal de Distrito mostró claramente su desacuerdo con esta afirmación por tres motivos: (a) Es más importante, para determinar el carácter comercial de una actividad, la conducta que la intención o, dicho con otros términos, la referencia a la naturaleza de la conducta, transacción o acto particular, más que la referencia a su propósito (FSIA, 28 U.S.C. § 1603[d]). En definitiva, en palabras del Tribunal de Apelación, es irrelevante que: “*the Foundation’s activities are undertaken on behalf of a non-profit museum to further its cultural mission*”¹⁴⁴. (b) Lo que sí es relevante es que las acciones sean el tipo de acciones mediante las que un particular participa en transacciones y tráfico o comercio¹⁴⁵. Este razonamiento era de vital importancia; puesto que, en efecto, había quedado acreditado en el transcurso del procedimiento que el museo había vendido (especialmente catálogos de las obras expuestas en él), había contratado a publicistas y encargado anuncios en publicaciones periódicas estadounidenses. (c) Nada de esto último hubiera ocurrido en Estados Unidos, si no hubiera existido el propósito de animar a los estadounidenses a visitar “*the museum where the Pissarro is featured*”¹⁴⁶.

52. Por último, según la *Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA)*, se conoce como *expropriation exception*, la posibilidad de demandar la restitución de obras de arte que fueron expropiadas, violando el Derecho internacional¹⁴⁷. Según la *Foreign Sovereign Immunities Act*, 28 U.S.C. § 1605(a)(3), “*A foreign state shall not be immune from the jurisdiction of courts of the United States or of the States in any case – [...] (3) in which rights in property taken in violation of international law are in issue and that property or any property exchanged for such property is present in the United States in connection with a commercial activity carried on in the United States by the foreign state; or that property or any property exchanged for such property is owned or operated by an agency or instrumentality of the foreign state and that agency or instrumentality is engaged in a commercial activity in the United States [...]*”.

Ejemplo: En *Cassirer*, se discutió la aplicabilidad al caso de la *expropriation exception* y, en particular, si se había obtenido el cuadro de LILLY CASSIRER en violación del Derecho internacional. Esta duda puede resultar sorprendente hoy en día; pero estaba justificada. En *Altmann*, el tribunal había afirmado que la *excepción de expropiación* no era aplicable, cuando la víctima tenía la nacionalidad del Estado demandado; porque, en esa época, no había ningún principio de Derecho internacional consolidado que protegiese a los individuos de sus propios Estados¹⁴⁸. La Sr^a CASSIRER -se sostuvo ante el Tribunal de Distrito de California- era alemana al tiempo de los hechos enjuiciados y, por tanto, carecería de legitimación procesal activa. Sin embargo, el Tribunal de Distrito mantuvo otra opinión -que no se recurrió en apelación-: (a) Conforme al Derecho alemán de nacionalidad, cuando se produjeron los hechos enjuiciados, la demandante carecía de la nacionalidad alemana; puesto que se privaba de ella a

¹⁴³ Disponible en <https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCOURTS-ca6-09-06010/pdf/USCOURTS-ca6-09-06010-0.pdf> (consultado el 15 marzo 2023).

¹⁴⁴ *Cassirer I*, 616 F.3d, en 1032.

¹⁴⁵ *Cassirer I*, 616 F.3d, en 1032 (citando *Republic of Argentina v. Weltover, Inc.*, 504 U.S. 607, 614 [1992]).

¹⁴⁶ *Cassirer I*, 616 F.3d at 1033–34, con cita de *Altmann*, 317 F.3d, 969.

¹⁴⁷ B.L. HAY, “*Cassirer v. Kingdom of Spain and Thyssen-Bornemisza Collection Foundation*”, en Id., *Nazi-looted Art and the Law: the American cases*, Cham, Springer, 2017, § 7.3.1; J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 48, 87, 90-109, 112-119, 190 y 200; ; E. ZARRINI, “*Of Hitler and Camille Pissarro: Jurisdiction in Nazi Art Expropriation Cases under the Foreign Sovereign Immunity Act*”, *Fordham J. Corp. & Fin. L.*, 16, 2011, pp. 437-463.

¹⁴⁸ *Altmann v. Republic of Austria*, 317 F.3d 954, 968 (9th Cir. 2002), citado en *Cassirer*, 461 F. Supp.2d, 1165: “[...] *the plaintiff cannot be a citizen of the defendant country at the time of expropriation, because expropriation by a sovereign state of its own nationals does not implicate settled principles of international law*”.

quienes eran judíos de acuerdo con las leyes raciales del Tercer Reich -circunstancias todas ellas que se hicieron manifiestas en el transcurso del procedimiento¹⁴⁹-. (b) Por consiguiente, LILLY CASSIRER era extranjera y tenía legitimación procesal activa para ejercer una acción de restitución de una obra de arte expropiada por los nazis: “[...] since Germany itself did not consider Ms. Cassirer to be a citizen, Ms. Cassirer’s alleged German ‘citizenship’ at the time of the taking does not preclude the application of the expropriation exception in this case”¹⁵⁰.

3. Peculiaridades del procedimiento en los Estados Unidos

53. Para interponer una acción reivindicatoria o indemnizatoria de un objeto de arte sustraído por los nazis a sus legítimos propietarios ante los tribunales estadounidenses, *no* es un *requisito de procedibilidad* que previamente se hayan agotado los procedimientos internos ante los tribunales del Estado en que se encuentre la obra de arte que se reclama (*exhaustion of remedies*)¹⁵¹. Es ésta una cuestión que no está explícitamente regulada en la legislación estadounidense; sin embargo se planteó y se resolvió en el asunto *Cassirer*. La defensa objetó que no podían demandar la restitución de la pintura impresionista a los tribunales de California, si antes no lo hacían ante los tribunales españoles. La respuesta del Tribunal de Apelación fue lapidaria: “*The expropriation exception says nothing at all about exhaustion of remedies*”¹⁵².

54. Ciertas peculiaridades del procedimiento en los Estados Unidos tienen un papel decisivo en la frecuencia con la que los tribunales estadounidenses son el *forum* al que se recurre para la restitución de las obras de arte robadas por los nazis:

- El *pretrial discovery* o descubrimiento previo al juicio;
- Las costas procesales bajas (*filing fees*) y el sistema de retribución de los abogados en primera instancia (*American rule of costs*). Sin esta reducción de los gastos procesales, sería ilusorio imaginar que las víctimas de la expropiación nazi hubieran estado en condiciones económicas adecuadas para pretender judicialmente la restitución o indemnización por los objetos de arte robados (*money judgment*). *Ejemplo*: MARIA ALTMANN tuvo que renunciar a la litigación en Austria; porque, para sufragar la *cautio iudicatum solvi* que se le exigía¹⁵³, hubiera tenido que depositar 1.600.000 dólares (= aproximadamente el 1% del valor en que fueron estimadas las pinturas reclamadas [150 millones de dólares]) y hubiera tenido que vender casi todas sus propiedades para afrontar el depósito de 135.000 dólares, que es la cantidad a la que redujo finalmente el tribunal austriaco la caución¹⁵⁴.
- El pacto de *cuota litis* (*pacta de quota litis, contingent fees*): sólo se paga a los abogados, si el resultado es favorable -que era un contrato de retribución por servicios profesionales prohibido, con distinto alcance, en la mayoría de países europeos-¹⁵⁵.

¹⁴⁹ *Cassirer*, 461 F. Supp.2d, 1165: “[...] compelling evidence that Ms. Cassirer was not a German citizen at the time of Nazi Germany’s taking of the Painting since, according to the Nazis’ citizenship laws at that time, ‘Jew cannot be a citizen of the Reich’”.

¹⁵⁰ *Cassirer*, 461 F. Supp.2d, 1165-1166.

¹⁵¹ *Vid.* B.L. HAY, “Cassirer v. Kingdom of Spain and Thyssen-Bornemisza Collection Foundation”, en *Id.*, *Nazi-looted Art and the Law: the American cases*, Cham, Springer, 2017, § 7.3.1; C.W. MICHAELS, “Stolen Art Restitution Claims and the Exhaustion of Local Remedies: How Foreign-Based Plaintiffs are Able to Succeed Under the Foreign Sovereign Immunity Act”, *The Journal of Arts Management, Law, and Society*, 42, 1, 2012, pp. 22-35.

¹⁵² *Cassirer I*, 616 F.3d, 1034.

¹⁵³ En general, sobre la *cautio iudicatum solvi*, *vid.*, *ad ex.*, C. FOUNTOLAKIS/L. WÉRY, “La *provisio ad litem* - une contribution d’entretien à ne pas rembourser”, en E.M. BELSER/P. PICHONNAZ/H. STÖCKLI (EDS.), *Le droit sans frontières, Recht ohne Grenzen, Law without borders: Mélanges pour Franz Werro*, Bern, Stämpfli Editions, 2022, pp. 247-260; R.A. SCHÜTZE, “Zur Verpflichtung englischer Kläger zur Sicherheitsleistung für die Prozesskosten (§ 110 ZPO) (OLG Frankfurt a.M., S. 521)”, *IPRax*, 2022, n. 5, pp. 481-483.

¹⁵⁴ B.L. HAY, *Nazi-looted Art and the Law: the American cases*, Cham, Springer, 2017, p. 96.

¹⁵⁵ C.I. GÓMEZ LIGÜERRE/C.A. RUIZ GARCÍA, “Honorarios de abogados, competencia y pacto de *quota litis*”:

- Los fondos de financiación de litigios (*litigation funds*) o contratos de financiación de litigios por terceros (*third-party funding* [“TPF”])¹⁵⁶.

VI. Cuestiones de Derecho aplicable: La *Gretchenfrage*

1. Convivir con la complejidad (*Welcome to the United States*)

55. La pregunta delicada pero crucial -la *Gretchenfrage*, en terminología germánica- en todo proceso de restitución de una obra de arte es la individualización del Derecho material aplicable al fondo del asunto. ¿Cuál de los ordenamientos jurídicos conectados con el caso a resolver será el que determinará cuáles son los derechos y obligaciones de las partes? Es obvio que según sea así será el resultado¹⁵⁷. Desgraciadamente las reclamaciones transfronterizas de obras de arte pueden ser muy complejas, puesto que es habitual que concurren cumulativamente *varios factores* que dificultan la solución que se le dé al concurso de normas potencialmente aplicables. Las obras de arte reclamadas son habitualmente *bienes de naturaleza mueble*, que han estado conectados, de alguna manera con las legislaciones de varios Estados antes, durante o después del proceso de adquisición de la obra¹⁵⁸. En ese contexto internacional, es crucial determinar cuál es el ordenamiento jurídico estatal que responderá a cuestiones básicas como, *ad ex.*:

- a) Si el demandante o el demandado (o sus causahabientes), en verdad, adquirieron la obra de arte litigiosa y, por consiguiente, están *legitimados* como partes en ese proceso (*lex causae*)¹⁵⁹.
- b) Si el *modo de adquisición* de la obra de arte fue la confiscación o el robo o, por el contrario, la propiedad se perdió de otra manera¹⁶⁰.
- c) Si la *buena fe* del adquirente es relevante o no para la transmisión de la propiedad¹⁶¹.
- d) Si efectivamente se produjo un *conflicto móvil*. Esto es lo que ocurrió en *Cassirer*¹⁶². Sus legítimos propietarios perdieron el cuadro impresionista en Alemania. Posteriormente fue

Comentario a la STS, 3ª, 4.11.2008 (JUR 2008\2800; MP: Eduardo Espín Templado)”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 1, 2009; C. JAMIN, “Deux questions préalables à l’instruction du procès de la prohibition des pactes de *quota litis*”, en *Études offertes à Geneviève Viney*, Paris, L.G.D.J., 2008, pp. 517-534; V. MANTECA VALDELANDE, “Sentencia sobre la prohibición de la cuota litis en sentido estricto”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, nº 771, 2009, pp. 1-6; P. OESTMANN, “Streit um Anwaltskosten in der frühen Neuzeit: Teil 1: Metodische Grundlegung, Anwaltsverträge und Bezahlungsarten”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Germanistische Abteilung*, nº 132, 2015, pp. 152-218; ID., “Streit um Anwaltskosten in der frühen Neuzeit”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Germanistische Abteilung*, nº 133, 2016, pp. 190-296; J.R. RODRÍGUEZ CARBAJO, “El final de la prohibición del pacto de cuota litis”, *Diario La Ley*, nº 7117, 2009; J. RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑOZ, “El pacto de ‘cuota litis’ en la deontología de los abogados”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 25, 2008-2009, pp. 79-110; J. SCHEPKE, *Das Erfolgshonorar des Rechtsanwalts: gegenläufige Gesetzgebung in England und Deutschland*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998; A. ZURIMENDI ISLA, “Ilícitud de la prohibición de cuota litis: A propósito de la STS 4-1-2008”, *Revista de Derecho de la competencia y la distribución*, nº 5, 2009, pp. 239-250.

¹⁵⁶ D. AGULLÓ AGULLÓ, “Los contratos de financiación de litigios por terceros (*third-party funding*) en España”, *Revista de Derecho Civil*, 9, 1, 2022, pp. 183-231.

¹⁵⁷ J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, p. 126; S.C. SYMEONIDES, “A Choice-of-Law Rule for Conflicts Involving Stolen Cultural Property”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 38, 4, October 2005, pp. 1177-1198.

¹⁵⁸ J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, p. 127.

¹⁵⁹ J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, p. 127.

¹⁶⁰ J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, p. 127.

¹⁶¹ *Vid.*, *ad ex.*, J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, p. 127; K. SIEHR, “Kulturgüter als res extra commercium im internationalen Rechtsverkehr”, en *Lebendiges Recht: von den Sumerern bis zur Gegenwart. Festschrift für Reinhold Trinkner zum 65. Geburtstag*, Heidelberg, Verl. Recht und Wirtschaft, 1995, pp. 703-722; S.C. SYMEONIDES, “A Choice-of-Law for Conflicts Involving Stolen Cultural Property”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 38, 2005, pp. 1177-1198 (pp. 1190-1191); A. WEIDNER, *Kulturgüter als res extra commercium im internationalen Sachenrecht*, Berlin, New York, Walter de Gruyter, 2001.

¹⁶² J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, p. 127.

llevado a los Países Bajos. Confiscado por la Gestapo, el cuadro regresó a Alemania. De allí, la pintura fue entregada a compradores de Estados Unidos, donde cambió varias veces de manos (California, Nueva York, Missouri). Un marchante estadounidense transfirió el cuadro en Nueva York a un coleccionista en Suiza. Éste, a su vez, lo acabó traspasando a una fundación creada y organizada por el Estado español que exhibe el cuadro de Pissarro en su Museo. El cuadro no sólo recorrió muchos países -cada uno de los cuales tiene su propio ordenamiento jurídico y sus peculiaridades sobre la adquisición de la propiedad-, sino que también pasaron muchos años desde que los CASSIRER perdieron el cuadro hasta que finalmente lo reclamaron ante los tribunales de California. La naturaleza siente horror al vacío (*horror vacui*): Para evitar un *non liquet*, debe existir un sistema jurídico que responda a estas dos preguntas: Si, transcurrido tanto tiempo, puede ejercerse una acción reivindicatoria o de otro tipo (problema de la *prescripción*) y si el potencial demandado ha adquirido la propiedad por el mero paso del tiempo (problema de la *usucapión*), tanto si ha mediado como si no la buena fe.

2. El caso *Cassirer* llega al Tribunal Supremo de Estados Unidos

56. Precisamente la cuestión que ocupaba al Tribunal Supremo de los Estados Unidos era de este tipo: ¿Qué norma de conflicto debería usar un tribunal para determinar el Derecho aplicable en una demanda de la *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976 (FSIA)* que plantease pretensiones no federales? Dicho con otros términos, ¿cuáles son las normas de conflicto aplicables a la reclamación en un proceso contra un Estado extranjero, si los tribunales de Estados Unidos basan su jurisdicción en la *excepción de expropiación (expropriation exception)* del § 1605(3)(a) de la *Federal Sovereign Immunities Act (FSIA)*?¹⁶³. La respuesta la ha dado *Cassirer v. Thyssen-Bornemisza Collection Found.*, 142 S. Ct. 1502, 1506 (2022)¹⁶⁴.

57. Según el *principio de exclusividad*, los tribunales de un Estado, con carácter general, sólo aplican su propio sistema de Derecho internacional privado y no el sistema de Derecho internacional privado de otros Estados.

Esta solución aparentemente sencilla puede ser complicada, cuando se trata de la restitución de obras de arte por los tribunales de los Estados Unidos.

En primer lugar, porque es un *Estado plurilegislativo*: cada Estado de la Unión no sólo tiene su propio Derecho privado, sino también su propio sistema de Derecho internacional privado -y, por tanto, sus propias normas de conflicto-¹⁶⁵.

En segundo lugar, porque la mayoría de las reclamaciones de obras de arte sustraídas por los nazis se ha interpuesto ante los tribunales federales de los Estados Unidos y, en especial, ante los de California y Nueva York, cuyo Derecho material es inicialmente favorable a los actores en cuestiones como la prescripción (*eine sehr klägerfreundliche Position*).

Que sea usual la competencia de los tribunales federales en este tipo de litigios es algo que se explica por la frecuencia con la que, al menos, una parte de tales procesos (sea el demandante o el demandado) es un extranjero o tiene su domicilio o sede fuera de los Estados Unidos (*diversity jurisdiction*)¹⁶⁶.

¹⁶³ *Vid., ad ex.*, W. BAUDE, “The Important Choice of Law Questions Lurking in Tomorrow’s Stolen-Pissarro Argument”, *reason.com*, 17 enero 2022, disponible en <https://reason.com/volokh/2022/01/17/the-important-choice-of-law-questions-lurking-in-tomorrows-stolen-pissarro-argument/> (consultado el 12 marzo 2023); M. WELLER, “Kollisionsrecht und NS-Raubkunst: U.S. Supreme Court, Entscheidung vom 21. April 2022, 596 U.S. 142 S.Ct. 1502 (2022) – Cassirer et al. / Thyssen-Bornemisza Collection Foundation”, *IPRax*, 2023, 1, pp. 97-100 (p. 97).

¹⁶⁴ Comentada por LAW JOURNAL EDITORIAL BOARD, “Choice of Law Question Settled: The Supreme Court issued a little-noticed but important clarifying decision resolving a lopsided circuit split”, *New Jersey Law Journal*, 12 junio 2022, disponible en <https://www.law.com/njlawjournal/2022/06/12/choice-of-law-question-settled/> (consultado el 20 febrero 2023).

¹⁶⁵ *Vid., ad ex.*, J.A.R. NAFZIGER, “Resolving International Conflict of Laws by Federal and State Law”, *Pace Y.B. Int’l L.*, 2, 1, 1990, pp. 67-81, disponible en <https://digitalcommons.pace.edu/pilr/vol2/iss1/3> (consultado el 11 marzo 2023).

¹⁶⁶ Los tribunales federales de los Estados Unidos son competentes para conocer litigios de restitución de obras de arte,

En tercer lugar, porque si finalmente se litiga ante un tribunal federal, éste aplicará el Derecho del Estado de la Unión en el que tenga su sede, habida cuenta la inexistencia de normas federales al respecto¹⁶⁷. Por el Derecho del Estado de la sede, se entiende no sólo el Derecho material de dicho Estado, sino también sus normas de conflicto. Es ésta una interpretación que se sustenta en *dos hitos jurisprudenciales* estadounidenses: El caso *Erie*, conforme al cual, de ordinario, los *diversity cases* se regulan por Derecho estatal y no por Derecho federal¹⁶⁸, y el caso *Klaxon*, conforme al cual, para determinar cuál es el Derecho aplicable, el tribunal federal debería aplicar las normas de conflicto de leyes del Estado del foro¹⁶⁹. Esto acarrea, en la práctica, un *efecto diabólico* para los demandados en un proceso de

cuando (a) Un Estado extranjero es demandado y no puede invocar la inmunidad de jurisdicción conforme a la FSIA (28 U.S.C. § 1330 [a]). (b) En los *diversity cases*; es decir, si las partes son de diferentes Estados, si una de las partes es extranjera o si un Estado extranjero es un demandante (28 U.S.C. § 1332 [a]). Un requisito previo es que el importe del litigio sea superior a 75.000 dólares estadounidenses. *Vid., ad ex.*, J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 77 y 127.

¹⁶⁷ *Barkanic v. General Administration of Civil Aviation of the People's Republic of China*, 923 F.2d 957 (2d Cir. 1991), disponible en <https://casetext.com/case/barkanic-v-general-admin-of-caac> (consultado el 11 abril 2023) (comentado por D.E. SEIDELSON, "The Foreign Sovereign Immunities Act: Whose Conflicts Law? Whose Local Law? *Barkanic v. General Administration of Civil Aviation of the People's Republic of China*", *Brook. L. Rev.*, 58, 1992-1993, pp. 427-454); *Northrop Grumman v. Republic*, 575 F.3d 491 (5th Cir. 2009), disponible en <https://casetext.com/case/northrop-grumman-v-republic#p496> (consultado el 11 abril 2023) (*vid.* J.E. PRINCE, "Chipping Away at the 'Wall of Stone': Foreign Country Law and Federal Rule of Civil Procedure 44.1", *The Advocate*, febrero 2011, pp. 30-33 [p. 30, nota 4]); *O'Bryan v. Holy See*, 556 F.3d 361 (6th Cir. 2009), disponible en <https://casetext.com/case/obryan-v-holy-see> (consultado el 11 abril 2023) (*vid.* C. RYNGAERT, "The Legal Status of the Holy See", *Goettingen Journal of International Law*, 3, 3, 2011, pp. 829-859, en especial pp. 837-838 y 855-858); *Oveissi v. Islamic Republic of Iran*, 879 F. Supp. 2d 44 (D.D.C. 2012), disponible en <https://casetext.com/case/oveissi-v-islamic-republic-of-iran-5> (consultado el 11 abril 2023).

¹⁶⁸ *Erie Railroad Co. v. Tompkins*, 304 U.S. 64 (1938): "Except in matters governed by the Federal Constitution or by Acts of Congress, the law to be applied in any case is the law of the State". Disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/304/64/> (consultado el 11 marzo 2023). *Vid., ad ex.*, D.E. CHILDRESS III, "When *Erie* Goes International", *Northwestern University Law Review*, 105, 4, 2011, pp. 1531-1580, disponible en <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1145&context=nulr> (consultado el 11 marzo 2023); J.T. CROSS, "The *Erie* Doctrine in Equity", *Louisiana Law Review*, 60, 1, Fall 1999, pp. 173-232, disponible en <https://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol60/iss1/8> (consultado el 11 marzo 2023); A.R. GLUCK, "Intersystemic Statutory Interpretation: Methodology as 'Law' and the *Erie* Doctrine", *The Yale Law Journal*, 120, 8, June 2011, pp. 1898-1998; C.F. GOLDSMITH, JR., "Federal Courts — The 'Erie Doctrine' and Tolling of the State Statute of Limitation", *North Carolina Law Review*, 47, 1969, pp. 715-723, disponible en <http://scholarship.law.unc.edu/nclr/vol47/iss3/13> (consultado el 11 marzo 2023); M.S. GREEN, "The *Erie* Doctrine: A Flowchart", *Akron Law Review*, 52, 2018, pp. 215-257, disponible en <https://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3031&context=facpubs> (consultado el 11 marzo 2023); G.C. HAZARD, JR., "Has the *Erie* Doctrine Been Repealed by Congress?", *University of Pennsylvania Law Review*, 156, 2007-2008, pp. 1629-1648, disponible en https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/1630/Has_the_Erie_Doctrine_Been_Repealed_by_Congress.pdf?sequence=2&isAllowed=y (consultado el 11 marzo 2023); C.H. RANDALL, JR., "The *Erie* Doctrine and State Conflict of Laws", *South Carolina Law Review*, 17, 4, 1964, pp. 494-505, disponible en <https://scholarcommons.sc.edu/sclr/vol17/iss4/5> (consultado el 11 marzo 2023); K. ROOSEVELT, III, *Conflict of laws*, 3ª ed., St. Paul, MN, Foundation Press, 2022, pp. 153-160; A.N. STEINMAN, "What Is the *Erie* Doctrine? (and what does it mean for the contemporary Politics of Judicial Federalism?)", *Notre Dame L. Rev.*, 84, 1, 2008, pp. 245-330, disponible en <https://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol84/iss1/5/> (consultado el 11 marzo 2023); R.J. WEINTRAUB, "The *Erie* Doctrine and State Conflict of Laws Rules", *Indiana Law Journal*, 39, 2, 1964, pp. 228-261, disponible en <https://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol39/iss2/2> (consultado el 11 marzo 2023).

¹⁶⁹ *Klaxon Co. v. Stentor Electric Manufacturing Co.*, 313 U.S. 487, 496 (1941): "In *diversity of citizenship cases*, the federal courts, when deciding questions of conflict of laws, must follow the rules prevailing in the States in which they sit". Disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/313/487/> (consultado el 11 marzo 2023). *Vid., ad ex.*, R.V. CARPENTER, "Pluralistic Legislative Jurisdiction: Plaintiff's Choice under the *Klaxon* Rule", *Indiana Law Journal*, 40, 4, Summer 1965, pp. 477-509, disponible en <http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol40/iss4/1> (consultado el 12 marzo 2023); Z.D. CLOPTON, "Horizontal Choice of Law in Federal Court", *University of Pennsylvania Law Review*, 169, 2021, pp. 2193-2241, disponible en <https://ssrn.com/abstract=3806001> (consultado el 12 marzo 2023); W.H. DANNE, JR., "A Resurgence of the *Klaxon* Controversy - Contemporary Legal Trends Revitalize an Old Principle", *Villanova Law Review*, 12, 3, Spring 1967, pp. 603-617, disponible en <https://digitalcommons.law.villanova.edu/vlr/vol12/iss3/8> (consultado el 12 marzo 2023); K. ROOSEVELT III, "Choice of Law in Federal Courts: From *Erie* and *Klaxon* to *Cafa* and *Shady Grove*", *Northwestern University Law Review*, 106, 1, 2012, pp. 1-53, disponible en <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1134&context=nulr> (consultado el 12 marzo 2023); *Id.*, *Conflict of laws*, 3ª ed., St. Paul, MN, Foundation Press, 2022, pp. 161-166; L.M. RUNDIO, JR., "Conflict of Laws - A Federal Court, Sitting in Diversity, Held Not Bound by Conflict of Laws Rules of the Forum State When a False Conflict is Found to Exist", *Loyola University Chicago Law Journal*, 3, 1, Winter 1972, pp. 155-168, disponible en <https://lawcommons.luc.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=2451&context=luclj> (consultado el 12 marzo 2023); M.J. SLOVIN, "Stipulating to Overtake *Klaxon*", *New York University Law Review*, 97, June 2022, pp. 127-145,

restitución de obras de arte sustraídas a judíos por los nazis: en muchos casos, tendrán que enfrentarse a las legislaciones de Nueva York o California, los dos Estados de la Unión con mayor peso en el mercado internacional del arte¹⁷⁰, que, como antes se ha expuesto, tienen, como regla de base, una predisposición favorable a las víctimas de los nazis (*eine sehr klägerfreundliche Position*).

58. Con estos mimbres, se crea una *cierta inseguridad jurídica*, pero se asume que es el precio a pagar por alcanzar una *solución justa y equitativa*. No es extraño, pues, que los especialistas en Derecho del arte describan el sistema estadounidense de determinación del Derecho rector de tales disputas como una “paleta caótica” (*chaotic palette*)¹⁷¹ o como “un camino equivocado a través del laberinto del Minotauro” (*Irrweg durch das Labyrinth des Minotaurus*)¹⁷².

59. En todo caso, solicitar al Tribunal Supremo de Estados Unidos que clarificase qué regla de conflicto debían emplear los tribunales federales es una reclamación que responde a una *necesidad* y no a un prurito de erudición. El recurso era necesario, al menos formalmente, porque existía una diferencia de criterio entre los tribunales de los distintos circuitos federales a la hora de emplear una norma de conflicto que determine cuál es el Derecho aplicable en los casos de restitución de obras de arte que impliquen a organismos o agencias de un Estado soberano extranjero. Por un lado, estaba el Tribunal de Apelación del Noveno Circuito -partidario de aplicar una norma de conflicto que estuviese en el Derecho federal de EE.UU. (*choice of law rule under federal common law*)- y, por otro, todos los demás tribunales federales -partidarios de aplicar las normas de conflicto del Estado de la Unión, ante cuyos órganos judiciales se litigara (*choice-of-law rule of the forum State*¹⁷³ o *Klaxon rule*¹⁷⁴)-: Si bien el Tercer Circuito no se había planteado el tema, los circuitos Segundo, Quinto y Federal sí lo habían hecho y se oponían a la solución defendida por el Noveno Circuito¹⁷⁵.

Cuestión distinta es si, de admitirse el recurso por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, el cambio de norma de conflicto supondría también una alteración del Derecho aplicable al fondo del asunto y, por tanto, pudiese reconocerse a los Cassirer la propiedad del cuadro en lugar del Estado español¹⁷⁶. El propio Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha destacado que: “*In Theory and in Practice, the Federal Common Law’s and the Forum’s Choice-of- Law Tests Lead to the Same Result*”¹⁷⁷.

60. Conviene que distingamos entre el *dictum* y la *ratio decidendi*.

61. Según el *dictum* del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en una demanda de la *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976 (FSIA)*, que plantea pretensiones no federales contra un Estado

disponible en <https://ssrn.com/abstract=4036746> (consultado el 12 marzo 2023); D.R.W., “From Swift v. Tyson to the Klaxon Case”, *Virginia Law Review*, 28, 8, June 1942, pp. 1116-1129.

¹⁷⁰ J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, p. 128.

¹⁷¹ P. REYHAN, “A Chaotic Palette: Conflict of Laws in Litigation between Original Owners and Good-Faith Purchasers of Stolen Art”, *Duke L.J.*, 50, 2001, pp. 955-1044.

¹⁷² J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 127-128.

¹⁷³ *Barkanic v. General Admin. of Civ. Aviation of People’s Republic of China*, 923 F. 2d 957, 959-961 (CA2 1991); *Northrop Grumman Ship Systems, Inc. v. Ministry of Defense of Republic of Venezuela*, 575 F. 3d 491, 498 (CA5 2009); *O’Bryan v. Holy See*, 556 F. 3d 361, 381, n. 8 (CA6), cert. denied, 558 U. S. 819 (2009); *Oveissi v. Islamic Republic of Iran*, 573 F. 3d 835, 841 (CA6 2009). *Vid.*, ad. ex., J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 139-141.

¹⁷⁴ *Klaxon Co. v. Stentor Electric Manufacturing Co.* 313 U.S. 487 (1941).

¹⁷⁵ LAW JOURNAL EDITORIAL BOARD, “Choice of Law Question Settled: The Supreme Court issued a little-noticed but important clarifying decision resolving a lopsided circuit split”, *New Jersey Law Journal*, 12 junio 2022, disponible en <https://www.law.com/njlawjournal/2022/06/12/choice-of-law-question-settled/> (consultado el 20 febrero 2013).

¹⁷⁶ *Vid.*, ad. ex., J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, p. 141.

¹⁷⁷ *Vid.*, ad. ex., https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/20/20-1566/185307/20210729143916595_20-1566%20Brief%20in%20Opposition.pdf, pp. 12-23 (consultado el 6 febrero 2023).

o entidad extranjera, un tribunal debe determinar el Derecho sustantivo, utilizando la misma norma de conflicto aplicable en una demanda similar contra una parte privada. Aquí, eso significa aplicar la norma de conflicto del Estado del foro, no una norma que derive del *Common Law* federal.

62. La *ratio decidendi* de la decisión se apoya en *cuatro argumentos* de distinta naturaleza, aunque complementarios entre sí:

- 1º) La FSIA nunca “tuvo la intención de afectar al Derecho sustantivo que determina la responsabilidad de un Estado o entidad extranjera” considerada susceptible de demanda (*First Nat. City Bank v. Banco Para el Comercio Exterior de Cuba*, 462 U. S. 611, 620).
- 2º) Por el contrario, cuando un Estado extranjero no es inmune a un litigio, está sujeto a las mismas normas de responsabilidad (el mismo Derecho sustantivo) que un particular (*First Nat. City Bank*, at 622, n. 11). Como observa el Tribunal Supremo de Estados Unidos: “*Section 1606 also dictates the selection of a choice-of-law rule: It, too, must mirror the rule that would apply in a similar suit between private parties. For only the same choice-of-law rule can guarantee use of the same substantive law - thus [...] guarantee the same liability*”.

Ahora bien, esta idea no es novedosa (*nihil novum sub sole*). Fue defendida por el Juez WOLIN, un juez de distrito de New Jersey, 31 años antes que el Tribunal Supremo de Estados Unidos: “[...] *because the FSIA was enacted only to provide foreign states and their instrumentalities access to federal courts to ensure uniformity in the application of the doctrine of sovereign immunity, in those cases where the statute does not afford immunity, foreign states should be treated no differently than private defendants. This policy is best achieved by applying state choice-of-law rules to actions based on state law.*”¹⁷⁸.

- 3º) Si se considerasen dos demandas que buscan la recuperación de una pintura: una demanda contra un museo controlado por un Estado extranjero, como en este caso, y la otra contra un museo privado, podría ocurrir lo siguiente: Si las normas de conflicto en los dos juicios fueran distintas, también podría serlo el Derecho sustantivo designado por ellas. Y si el Derecho sustantivo difiriese, también podrían ser diferentes los resultados de las demandas.
- 4º) Por último, la creación judicial de *Common Law* federal para desplazar las normas creadas por el Estado tiene que ser “necesaria para proteger exclusivamente intereses federales” (“*necessary to protect uniquely federal interests*”) (*Texas Industries, Inc. v. Radcliff Materials, Inc.*, 451 U. S. 630, 640).

63. Obsérvese que, por muy tentador que hubiera sido para el Tribunal Supremo de Estados Unidos poner fin a esta *saga de procesos* y afirmar que “*under California property law, even a good-faith purchaser of stolen property cannot prevail against the rightful pre-theft owner*” -lo que hubiera supuesto resolver la *cuestión de fondo* de la que se viene discutiendo desde hace años (= quiénes son los auténticos propietarios de la obra de arte litigiosa)-, la Corte se ha abstenido en aras de la *congruencia* de la resolución judicial con el *petitum* de los solicitantes y, en cambio, ha declarado expresamente que no es a ella sino a los tribunales inferiores a quienes les compete ocuparse de esta cuestión: “*We do not today decide those questions; they remain in the hands of the lower courts.*”¹⁷⁹.

3. Qué soluciones quedan

64. Devuelto *Cassirer* a la Corte de Apelación, hay qué preguntarse qué Derecho aplicará este tribunal a la eventual restitución del cuadro. Algunos medios de comunicación se han apresurado ya a

¹⁷⁸ *Pittston Co. v. Allianz Ins. Co.*, 795 F. Supp. 678, 682 (D.N.J. 1992), disponible en <https://casetext.com/case/pittston-co-v-allianz-ins-co> (consultado 20 febrero 2023).

¹⁷⁹ *Cassirer v. Thyssen-Bornemisza Collection Foundation*, 596 U.S. ____ (2022), disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/596/20-1566/#tab-opinion-4571695>.

informar que no hay razones para que ese ordenamiento jurídico deje de ser la *Lex rei sitae* y, por tanto, no se recurra al Derecho español, como hicieron los anteriores tribunales que conocieron del caso. Dicho con otras palabras, nada cambiaría: el cuadro pertenecería a la Fundación Thyssen-Bornemisza y al Estado español. Es posible. No es una opinión infundada. Así lo creyó también el Juzgado de Distrito, cuando afirmó que tanto la regla de conflicto del *Common Law* federal como la del Estado de California provocan, como resultado, que el Derecho español sea aplicable al fondo del asunto¹⁸⁰.

Pero existen buenos *motivos para dudar*. Recurrir ante el Tribunal Supremo de Estados Unidos supone emplear tiempo, trabajo y dinero en un procedimiento en el que no está asegurado el éxito. ¿Con qué finalidad se interpuso el recurso? ¿Sólo para unificar la jurisprudencia discrepante entre los tribunales federales del Noveno Circuito y los demás? Está claro que a una parte le interesa que siga siendo así y a la otra no. De hecho hay quien sostiene ya que, si se contempla *Cassirer* como una *saga* de procesos y no como un proceso aislado, la cuestión de fondo no es otra que cuál es la Ley sustantiva que se debe aplicar, si la de España o la de California, para discernir a quién corresponde la propiedad del objeto de arte: El tribunal de primera instancia y el Noveno Circuito aplicaron el *Common Law* federal que llevó al tribunal a aplicar la ley española, en lugar de un proceder a análisis bajo las normas de conflicto del foro (California), que hubiera llevado a la aplicación de la ley de California¹⁸¹. Lo que no está tan claro es si estamos ante una proclamación técnicamente correcta o ante meras ilusiones, un *wishful thinking*. Además... esas *otras soluciones* posibles existen. Veamos cuáles han sido y, en particular, cómo han evolucionado desde un planteamiento de base más conservador -no se sabe si “justo”, pero, desde luego, “seguro”- a uno más innovador -quizá “más justo”, pero, desde luego, “más inseguro”, como consecuencia del cual se tiene la sensación, al menos, de que se cambia “el imperio de la ley” por “el imperio de los jueces”.

A) La regla de la *Lex Loci* de la presunta transmisión

65. Desde la década de los años 80, hay constancia clara de que los tribunales estadounidenses proclamaron, de vez en cuando, la regla de la *Lex loci* o, mejor, de la *Lex rei sitae*: Es la ley del Estado en que se encuentra la obra de arte en el momento de su adquisición la que rige la transmisión de la propiedad (*ad ex.*, *Wertheimer v. Cirkers' Hayes Storage Warehouse, Inc.* 2001 WL 1657237 at *5 [NY Sup. Ct. 2001]¹⁸²; *Garrison Special Opportunities Fund LP v. Fidelity Nat'l Card Servs., Inc.* 130 A.D.3d 546, 548 [NY App. Div. 2015]¹⁸³; *In re Application of Toren*, 2017 N.Y. Slip Op. 30963 [N.Y. Sup. Ct. 2017]¹⁸⁴). Así, *ad ex.*, en el caso *DeWeerth v. Baldinger*, un tribunal neoyorquino declaró que: “*The law of New York governs all issues in this case, including the question of which party has the superior right to possession of the Monet. New York is the place where the sale of the painting [...] occurred and where the Monet is and has been located*”¹⁸⁵.

66. Esta línea jurisprudencial de los tribunales estadounidenses se caracteriza por los siguientes datos:

¹⁸⁰ United States District Court Central District Of California, Civil Minutes – General, Case N° CV 05-3459-JFW (Ex) Date: April 30, 2019 *David Cassirer, et al. -v- Thyssen-Bornemisza Collection Foundation*, disponible en https://www.lootedart.com/web_images/pdf2019/CassirerThyssen-JUDGMENT%2030.4.19.pdf (consultado el 23 enero 2023). *Vid.*, *ad ex.*, E. RODRÍGUEZ PINEAU, “¿Retener o retornar?: Reflexiones sobre la solución material del asunto Cassirer c. Fundación Thyssen-Bornemisza”, en L. PÉREZ-PRAT DURBÁN/G. FERNÁNDEZ ARRIBAS (EDS.), *Holocausto y bienes culturales*, Huelva, Universidad de Huelva, 2019, pp. 177-201.

¹⁸¹ LAW JOURNAL EDITORIAL BOARD, “Choice of Law Question Settled: The Supreme Court issued a little-noticed but important clarifying decision resolving a lopsided circuit split”, *New Jersey Law Journal*, 12 junio 2022, disponible en <https://www.law.com/njlawjournal/2022/06/12/choice-of-law-question-settled/> (consultado el 20 febrero 2013).

¹⁸² Disponible en <https://casetext.com/case/wertheimer-v-cirkers-hayes-str-warehouse> (consultado el 11 abril 2023).

¹⁸³ Disponible en <https://casetext.com/case/garrison-special-opportunities-fund-lp-v-fid-natl-card-servs-inc> (consultado el 11 abril 2023).

¹⁸⁴ Disponible en <https://casetext.com/case/in-re-application-of-toren> (consultado el 11 abril 2023).

¹⁸⁵ *DeWeerth v. Baldinger* 658 F.Supp. 688 (S.D.N.Y. 1987); rev'd 836 F.2d 103 (2nd Cir. 1987); cert. den. 108 S.Ct. 2823 (1988).

- 1º) Sigue la *solución tradicional y mayoritaria* en el Derecho internacional privado comparado; es decir, la adquisición de derechos reales se determina por la ley del Estado en el que éstos se encuentran en el momento de su transmisión (*Lex rei sitae*)¹⁸⁶. Lo subraya, con claridad meridiana, el tribunal de Nueva York del caso *Greek Orthodox Patriarchate of Jerusalem v. Christie's, Inc.*: “*questions relating to the validity of a transfer of personal property are governed by the law of the state where the property is located at the time of the alleged transfer*”¹⁸⁷.
- 2º) Detrás de una norma de conflicto bilateral -si el bien mueble se encuentra en otro Estado, será la ley de éste la que aplique el tribunal-, se encuentra, *de facto*, una *solución legeforista*: el Derecho aplicable al fondo del asunto ha sido el Derecho estadounidense -en concreto, el Derecho del Estado de la Unión en que se encuentra el tribunal- y no el Derecho de un Estado extranjero; porque la obra de arte, cuya restitución se solicitaba, se encontraba siempre en Estados Unidos en todos estos casos¹⁸⁸.

B) El *most significant contact-Test*

67. Según la jurisprudencia dominante estadounidense en la actualidad, la regla de la *Lex loci* del lugar de la presunta transmisión de la propiedad ha sido sustituida por el *most significant contact-Test* para determinar cuál es el Derecho material aplicable a la restitución de obras de arte robadas por los nazis: “No es el Derecho del lugar donde se encuentra la propiedad el que es el punto de referencia para el Derecho sustantivo aplicable al examen de la situación de la propiedad, sino la ley del Estado que tiene el mayor interés en la aplicación de su Derecho sustantivo al caso concreto”¹⁸⁹.

Éste planteamiento metodológico se encuentra recogido en el *Restatement of the Law (Second) Conflict of Laws*, que es una codificación privada elaborada por el *American Law Institute*, con influencia innegable en la jurisprudencia de los tribunales estadounidenses. El *Restatement* lo proclama, con carácter general, en su § 6 y, con carácter particular, en §§ 222 (*property*)¹⁹⁰, 244 (*validity and effect of conveyance of interest in chattel*)¹⁹¹ y 246 (*acquisition by adverse possession or prescription of interest in chattel*)¹⁹². La regla general es la siguiente: “§ 6. *Choice of Law Principles*

- (1) *A court, subject to constitutional restrictions, will follow a statutory directive of its own state on choice of law.*

¹⁸⁶ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Derechos reales”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho internacional privado*, 2ª ed., Tomo III, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 3589-3721 (pp. 3608-3620); V. WIESE, “Der Bedeutungswandel der Situs-Regel im Internationalen Sachenrecht der Kulturgüter”, en *Kulturgüterschutz - Kunstrecht – Kulturrecht: Festschrift für Kurt Siehr zum 75. Geburtstag aus dem Kreise des Doktoranden- und Habilitandenseminars “Kunst und Recht”*, Baden-Baden, Nomos, Zürich, St. Gallen, Dike, Wien, Facultas, 2010, pp. 45-76.

¹⁸⁷ *Greek Orthodox Patriarchate of Jerusalem v. Christie's, Inc.* 1999 WL 673347 at *4 (S.D.N.Y. 1999).

¹⁸⁸ Además de los casos citados en las dos notas anteriores, *vid., ad ex., Schoeps v. Museum of Modern Art* 594 F.Supp.2d 461, 465 (S.D.N.Y. 2009).

¹⁸⁹ *Vid., ad ex.,* W.L. CHARRON, “A Comity of Error: Analyzing New York’s Choice of Law Rules in Stolen Art Cases”, *New York Law Journal*, vol. 250, nº 102, November 25, 2013, disponible en <https://pryorcashman.giassets.com/content/uploads/2020/03/NYLJ-20-20A-20Comity-20of-20Error-20analyzing-20New-20Yorks-20c.pdf> (consultado el 19 febrero 2023); J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, p. 135.

¹⁹⁰ *Property*. § 222. *The General Principle. The interests of the parties in a thing are determined, depending upon the circumstances, either by the “law” or by the “local law” of the state which, with respect to the particular issue, has the most significant relationship to the thing and the parties under the principles stated in § 6.*

¹⁹¹ § 244. *Validity and effect of conveyance of interest in chattel.*

(1) *The validity and effect of a conveyance of an interest in a chattel as between the parties to the conveyance are determined by the local law of the state which, with respect to the particular issue, has the most significant relationship to the parties, the chattel and the conveyance under the principles stated in § 6.*

(2) *In the absence of an effective choice of law by the parties, greater weight will usually be given to the location of the chattel, or group of chattels, at the time of the conveyance than to any other contact in determining the state of the applicable law.*

¹⁹² “§ 246. *Acquisition by Adverse Possession or Prescription of Interest in Chattel. Whether there has been a transfer of an interest in a chattel by adverse possession or by prescription and the nature of the interest transferred are determined by the local law of the state where the chattel was at the time the transfer is claimed to have taken place.*”

- (2) *When there is no such directive, the factors relevant to the choice of the applicable rule of law include*
- (a) *the needs of the interstate and international systems,*
 - (b) *the relevant policies of the forum,*
 - (c) *the relevant policies of other interested states and the relative interests of those states in the determination of the particular issue,*
 - (d) *the protection of justified expectations,*
 - (e) *the basic policies underlying the particular field of law,*
 - (f) *certainty, predictability and uniformity of result, and*
 - (g) *ease in the determination and application of the law to be applied*".

68. El *cambio de modelo* no se produjo como consecuencia de ninguna reforma legislativa en los Estados de la Unión, sino como resultado de una *evolución jurisprudencial*. Hubo, al principio, una *fisura*, que convivió con el anterior modelo de solución y que pasó casi desapercibida. En el caso *Kunstsammlungen zu Weimar v. Elicofon*, un tribunal de Nueva York manifestó que: "*In applying the New York rule that a purchaser cannot acquire good title from a thief, New York courts do not concern themselves with the question of where the theft took place, but simply whether one took place. Similarly, the residence of the true owner is not significant for the New York policy is not to protect resident owners, but to protect owners generally as a means to preserve the integrity of transactions and prevent the state from becoming a marketplace for stolen goods*"¹⁹³.

69. La *quiebra* del modelo de solución seguido hasta entonces por los tribunales estadounidenses se produjo con el caso *Bakalar v. Vavra*¹⁹⁴. En este caso, se discutió la propiedad del dibujo de EGON SCHIELE titulado *Sitzende mit angezogenem linken Bein* (1917). Originariamente perteneció al artista de cabaret FRITZ GRÜNBAUM, actor judío de nacionalidad austriaca, que desaprobaba al nacionalismo dentro y fuera de los escenarios -fallecido en el campo de concentración de Dachau (1941)- y a su esposa ELISABETH GRÜNBAUM -fallecida en el campo de concentración de Minsk (1942)-. Se sabe con certeza que: a) En 1956, la Galería Gutekunst de Berna (Suiza) compró el dibujo de EGON SCHIELE. Se ignora quién fue el vendedor. b) En ese mismo año, la compañía suiza que lo había adquirido lo revendió a la Galería St. Etienne de Nueva York. c) En 1963, el Sr. BAKALAR compró esta obra de arte a dicha Galería por 4.300 \$. d) En 2005, Sotheby's incluyó al dibujo de SCHIELE en su catálogo de obras a la venta. Ésta no pudo realizarse; porque herederos de FRITZ GRÜNBAUM (VAVRA y FISCHER) pretendieron su recuperación. e) BAKALAR reaccionó, ejerciendo una acción para que se declarase que él era el legítimo propietario de la obra de arte y que las pretensiones de los herederos habían prescrito, y VAVRA y FISCHER, en reconvencción, demandaron que se discutiese, como cuestión de fondo, quién era el legítimo propietario del dibujo y que, mientras se resolvía este asunto, se reconociese que ellos tenían mejor título para disfrutar de la posesión del cuadro (*replevin action*)¹⁹⁵.

70. En su análisis del caso *Bakalar v. Vavra*, la *Court of Appeals* del Segundo Circuito se apartó, desde un primer momento, de la doctrina jurisprudencial hasta entonces dominante y recurrió al Derecho del Estado de Nueva York, no en virtud de ninguna norma de conflicto, sino de un *análisis de intereses* (*interest analysis*). Esto suponía que, dado que el caso estaba conectado con *tres ordenamientos jurídicos* (el estadounidense [en particular, el del Estado de Nueva York], el austriaco y el suizo), el tribunal se valdría del Derecho del Estado de Nueva York; pero sólo a condición de que éste tuviera más interés en ser aplicado que los otros dos ordenamientos jurídicos:

¹⁹³ *Kunstsammlungen zu Weimar v. Elicofon* 536 F.Supp. 829, 846 (E.D.N.Y. 1981).

¹⁹⁴ *Bakalar v. Vavra and Fischer* 2008 WL 4067335 (S.D.N.Y. 2008); vac'd and rem'd 619 F.3d 136 (2nd Cir. 2009); 819 F.Supp.2d 293 (S.D.N.Y. 2011); aff'd 500 Fed.App'x 6 (2nd Cir. 2012); cert. den. 569 U.S. 968, 133 S.Ct. 2038; 237 F.R.D. 59 (S.D.N.Y. 2006); 2006 WL 2311113 (S.D.N.Y. 2006); 550 F.Supp.2d 548 (S.D.N.Y. 2008); 851 F.Supp.2d 489 (S.D.N.Y. 2011).

¹⁹⁵ Sobre las *replevin actions*, *vid., ad. ex.*, J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 6, 46-47, 122-124, 162-163 y 177-178.

- 1º) La Corte de Apelación del Segundo Circuito, en efecto, justificó la utilización del Derecho de Nueva York con el argumento de que: “*The manner in which the New York rule is applied reflects an overarching concern that New York not become a marketplace for stolen goods and, in particular, for stolen artwork*”¹⁹⁶. El argumento del interés general del mercado neoyorkino en preservar la legalidad/legitimidad de las transacciones de obras de arte que se lleven a cabo en él había sido ya consagrado con anterioridad, al menos, por dos resoluciones judiciales (*Menzel v. List*¹⁹⁷ y *Solomon R. Guggenheim Found. v. Lubell*¹⁹⁸).
- 2º) Tribunales de otros Estados de la Unión recurrieron también a este planteamiento metodológico, que, en rigor, supone un *juicio prudencial previo* de las *circunstancias del caso concreto*, que puede ser enormemente difícil de articular, y que, en todo asunto, involucra un *enfoque unilateralista*, que recuerda al empleado históricamente por los Estatutarios. Según un tribunal de California implicado en *Cassirer*, se trata de lo siguiente: “*Primero, el tribunal determina si la ley relevante de cada una de las jurisdicciones potencialmente afectadas con respecto al tema particular en cuestión es la misma o diferente. Segundo, si hay una diferencia, el tribunal examina el interés de cada jurisdicción en la aplicación de su propia ley bajo las circunstancias del caso particular para determinar si existe un verdadero conflicto. Tercero, si el tribunal determina que existe un verdadero conflicto, evalúa y compara cuidadosamente la naturaleza y la fuerza del interés de cada jurisdicción en la aplicación de su propia ley para determinar el interés de qué Estado se vería más perjudicado, si su política estuviera subordinada a la política del otro Estado, y luego, en última instancia, aplica la ley del Estado cuyo interés se vería más perjudicado, si no se aplicara su ley*”¹⁹⁹.

71. Como ha señalado J.P. RAPP, el empleo del *most significant contact-Test* para determinar cuál es el Derecho material aplicable a la restitución de obras de arte robadas por los nazis ha tenido, en la práctica, *dos importantes efectos*:

- 1º) Como *regla general*, los tribunales estadounidenses aplican la ley de los EE. UU. en los litigios sobre restitución de obras de arte objeto de saqueo o expropiación por los nazis (*tendencia al legeforismo*). Los mismos tribunales que muestran su indiferencia ante hechos relevantes ocurridos en el extranjero -como, *ad ex.*, la venta del bien robado en pública subasta-, se muestran, sin embargo, receptivos a justificar la aplicación de la ley estadounidense en virtud de la residencia de ambas partes en Estados Unidos, de la localización del bien litigioso en territorio norteamericano o del hecho de que se hubiese adquirido en él por el demandado²⁰⁰. *Ejemplo*: En *Autocephalous Greek Orthodox Church of Cyprus v. Goldberg*, el tribunal no tomó en consideración que el bien se encontraba en Suiza al tiempo de su venta, fue comprado en Suiza y, además, fue adquirido de buena fe según el Derecho suizo. En cambio, el tribunal de distrito empleó la legislación de Indiana, argumentando que: (a) Este Estado de la Unión tenía un contacto muy significativo con el caso, dado que el bien se encontraba actualmente en ese Estado y que en él se hallaban tanto el domicilio

¹⁹⁶ *Bakalar v. Vavra* 619 F.3d 136, 140 (2nd Cir. 2010).

¹⁹⁷ *Menzel v. List* 49 Misc.2d 300, 305, 267 N.Y.S.2d 804 (NY Sup. Ct. 1966); mod. 28 A.D.2d 516, 279 N.Y.S.2d 608 (NY App. Div. 1967); rev'd as to modification 24 N.Y.2d 91, 298 N.Y.S.2d 979, 246 N.E.2d 742 (NY Ct. App. 1969).

¹⁹⁸ *Solomon R. Guggenheim Found. v. Lubell* 77 N.Y.2d 311, 317 (NY Ct. App. 1991).

¹⁹⁹ Texto original: “*First, the court determines whether the relevant law of each of the potentially affected jurisdictions with regard to the particular issue in question is the same or different. Second, if there is a difference, the court examines each jurisdiction’s interest in the application of its own law under the circumstances of the particular case to determine whether a true conflict exists. Third, if the court finds that there is a true conflict, it carefully evaluates and compares the nature and strength of the interest of each jurisdiction in the application of its own law to determine which state’s interest would be more impaired if its policy were subordinated to the policy of the other state, and then ultimately applies the law of the state whose interest would be more impaired if its law were not applied.*”, *Cassirer v. Thyssen-Bornemisza Collection Foundation* 153 F.Supp.3d 1148, 1155-1156 (C.D.Cal. 2015).

²⁰⁰ J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, p. 137.

como la sede de los demandados, porque hay un contacto muy significativo con este estado (lugar de residencia y lugar de negocios de los residentes, ubicación actual de la obra de arte); (b) Suiza no tenía interés alguno en que se aplicase su Derecho a una obra de arte que sólo estuvo en Suiza de paso (*res in transitu*)²⁰¹.

- 2º) Otro efecto no menos importante es que el recurso al Derecho estadounidense ha permitido descartar las *normas jurídicas protectoras de los adquirentes de buena fe* que existen en los ordenamientos jurídicos europeos, basándose en que: (a) El Estado en que se litiga tiene mayor interés en cómo se resuelva el asunto litigioso que el Estado en el que se realizó la compraventa; (b) la legislación estadounidense protege a la víctima del saqueo o expropiación de la obra de arte de los compradores de buena fe y evita el comercio ilegal de obras de arte²⁰².

72. Un caso extremo y poco frecuente es la ausencia de *minimum contacts*: los tribunales estadounidenses no aplican Derecho estadounidense a la restitución de obras de arte robadas por los nazis, cuando falta una *conexión mínima* entre la adquisición del objeto de arte y los EE. UU.²⁰³. Así ocurrió, *ad ex.*, en *Warin v. Wildenstein & Co.*: la obra de arte nunca estuvo en el Estados Unidos y ningún acto de adquisición relevante tuvo lugar en territorio estadounidense²⁰⁴. El tribunal estadounidense desestimó las pretensiones de los demandantes en virtud del Derecho francés (= aplicación de un ordenamiento jurídico extranjero en un caso tan excepcional que lo más probable es que nunca hubiera debido llegar a los tribunales norteamericanos).

VII. Eficacia extraterritorial de decisiones

1. Consideraciones introductorias

73. De ordinario, los litigios para la devolución de obras de arte robadas por los nazis ante tribunales estadounidenses tienen una larga duración. Mucho de ellos no concluyen con una sentencia, ordenando la restitución de los objetos de arte: porque los demandantes se niegan a continuar litigando, porque opera la doctrina de la inmunidad de jurisdicción o ejecución de un Estado extranjero, porque ha prescrito la acción, porque se recurre a un arbitraje o se confía la solución de fondo del proceso iniciado a una negociación extrajudicial, una mediación o una conciliación. En otros litigios, por el contrario, se llega a obtener una sentencia de restitución o de indemnización y entonces surge una cuestión: la ejecución o eficacia de dicha resolución judicial.

74. Toda sentencia firme es un acto jurídico de uno de los poderes del Estado -el judicial- que, *velis nolis*, debe ser cumplida. Cuando se trata de litigios sobre la devolución de obras de arte sucede lo

²⁰¹ 717 F.Supp. 1374, 1393 (S.D.Ind. 1989); *aff'd* 917 F.2d 278 (7th Cir. 1990).

²⁰² J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, p. 137. Este último argumento ("*illicit trafficking in stolen art*") fue también utilizado en *Sotheby's Inc. v. Shene* 2009 WL 762697 (S.D.N.Y. 2009).

²⁰³ J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 137-139.

²⁰⁴ En la Francia ocupada por los alemanes, los nazis robaron 8 valiosos manuscritos ilustrados del hogar de ALPHONSE KANN (octubre 1940). La *Wildenstein Gallery* adquirió del Gobierno francés dichos manuscritos, que habían sido recuperados, entre 1949 y 1952. El inventario completo de las obras robadas por los nazis a este coleccionista francés, puede verse en *Cultural Plunder by the Einsatzstab Reichsleiter Rosenberg: Database of Art Objects at the Jeu de Paume*, disponible en https://www.errproject.org/jeudepaume/card_advanced_search.php?Card_CollectionId=91 (consultada el 19 febrero 2023). *Warin v. Wildenstein & Co.* 2001 WL 1117493 at *1 (NY Sup. Ct. 2001); *aff'd* 293 A.D.2d 348 (NY App. Div. 2002); *rec'd and vac'd* 297 A.D.2d 214 (NY App. Div. 2002); 13 Misc.3d 1201(A), 824 N.Y.S.2d 759 (NY Sup. Ct. 2006) (disponible en <https://law.justia.com/cases/new-york/other-courts/2006/2006-51631.html> [consultado el 19 febrero 2023]); *aff'd* 45 A.D.3d 459, 846 N.Y.S.2d 153 (NY App. Div. 2007) (disponible en <https://caselaw.findlaw.com/ny-supreme-court-appellate-division/1302490.html> [consultado el 19 febrero 2023]). *Vid.*, *ad ex.*, J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 138-139.

mismo. Ahora bien, conviene distinguir entre la declaración de ejecutividad y la ejecución material de la sentencia según se trate de hacerla efectiva en el *territorio del Estado del tribunal del foro*, el que ha conocido directamente del fondo del litigio, o en el *territorio de un Estado extranjero*. En ambos supuestos, se trata de cuestiones procesales y no de cuestiones sustantivas o de Derecho material.

75. En el primer supuesto, una sentencia de un tribunal estadounidense en materia de restitución de obras de arte robadas tiene las mismas posibilidades de ser ejecutada en los Estados Unidos que cualquier otra sentencia de condena. Sin embargo, si el objeto de arte robado no se encuentra en Estados Unidos y, además, el demandado no posee en territorio norteamericano ningún otro bien que pueda ser embargado, la resolución judicial será, de hecho, ineficaz (*ad ex.*, *Agudas Chasidei Chabad of U.S. v. Russian Federation*)²⁰⁵.

76. Imaginemos, como hipótesis, que finalmente un tribunal estadounidense condenara al Museo Thyssen-Bornemisza a restituir el cuadro litigioso. En este escenario, cabe imaginar la negativa del museo a entregar la pintura impresionista y se plantearía ante los tribunales españoles -y no ante los tribunales del Estado de origen de la sentencia de condena- una problemática que se conoce con el nombre de *validez o eficacia extraterritorial de las decisiones judiciales extranjeras*²⁰⁶. Veamos, a continuación, qué camino deberían recorrer los herederos de Cassirer o sus causahabientes y cuáles serían las causas que posiblemente se opondrían al cumplimiento de la sentencia estadounidense.

77. Tres datos son importantes:

- (a) En principio, las resoluciones dictadas por las autoridades de un Estado son eficaces sólo en el territorio de dicho Estado y no en el territorio de otros Estados.

²⁰⁵ *Agudas Chasidei Chabad of U.S. v. Russian Federation* 466 F.Supp.2d 6 (D.D.C. 2006); *aff'd in part, vac'd in part, rev'd in part* 528 F.3d 934 (D.C.Cir. 2008); 729 F.Supp.2d 141 (D.D.C 2010); 798 F.Supp.2d 260, 266 f. (D.D.C. 2011); 915 F.Supp.2d 148, 151 f. (D.D.C. 2013); 128 F.Supp.3d 242 (D.D.C. 2015). Comentado por J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 115-117.

²⁰⁶ *Vid.*, *ad ex.*, E. D'ALESSANDRO, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, Torino, 2007; A. BRIGGS, *Civil jurisdiction and judgments*, 7ª ed., Abingdon, Oxon; New York, NY, Informa Law from Routledge, 2021; A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Eficacia extraterritorial de decisiones", en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 851-1086; G. CUNIBERTI, "Le fondement de l'effet des jugements étrangers", *RCADI*, 2018, t. 394, pp. 87-283; Y. DUTREY GUANTES, "La modificación de medidas dictadas en sentencia extranjera: una cuestión pendiente (AP Cantabria 11 febrero 2020)", *CDT*, 13, 1, 2021, pp. 832-839; A. GIUSSANI, "Grounds for refusal of recognition of foreign judgments: developments and perspectives in EU member states regarding public order and conflicting decisions", en V. RILJAVEC/K. DRNOVŠEK/C.H. VAN RHEE (EDS.), *Cross-border enforcement in Europe: national and international perspectives*, Cambridge, Antwerp, Portland, Intersentia, 2020, pp. 57-71; S. HACKSPIEL/P. BAŃCZYK, "Urteilsanerkennung und Integration in der EU und in den USA", en B. HESS/E. JAYME/H.-P. MANSSEL (HRSG.), *Europa als Rechts- und Lebensraum: Liber amicorum für Christian Kohler zum 75. Geburtstag am 18. Juni 2018*, Bielefeld, Gieseking, 2018, pp. 137-150; W.J. HAU, "Executio non conveniens? Zum Ausschluss der Vollstreckung anerkenntnisfähiger ausländischer Entscheidungen", *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 116, 1, 2017, pp. 23-43; B. HESS/P. ORTOLANI (EDS.), *Impediments of national procedural law to the free movement of judgments*, München, C.H. Beck, Oxford, Hart, Baden-Baden, Nomos, 2019; J. IZQUIERDO/M. ROBLES, "Dificultades asociadas a la ejecución de resoluciones extranjeras frente a Estados soberanos en España", *La Ley. Mediación y arbitraje*, 2021, n° 7; K.D. KERAMEUS, "Enforcement in the international context", *RCADI*, 1997, pp. 179-410; H. VAN LOON, "Towards a global Hague Convention on the recognition and enforcement of foreign judgments in civil or commercial matters", *NIPR*, 38, 1, 2020, pp. 4-18; P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Dalloz, París, 1973; H. KUPELYANTS, "Recognition and enforcement of foreign judgments in the absence of the debtor and his assets within the jurisdiction: reversing the burden of proof", *Journal of Private international Law*, 2018, pp. 455-475; P. KUTNER, "Recognition and Enforcement of Foreign Judgments", *RabelsZ*, 2019, pp. 1-76; M. LIEBERKNECHT, "Die innerstaatliche Anerkennung ausländischer Gerichtsentscheidungen im Lichte der völkerrechtlichen Nichtanerkennungspflicht", *IPRax*, 2018, pp. 573-579; M.A. MICHINEL ÁLVAREZ, "La sentencia extranjera ante el cambio de circunstancias (con especial referencia a la condena de prestación periódica de alimentos)", *REDI*, 2002, pp. 641-668; A.T. VON MEHREN, "Recognition and Enforcement of Foreign Judgments: General Theory and the Role of Jurisdictional Requirements", *RCADI*, 1980, vol.167, pp. 1112; H.J. PUTTFARKEN, "Grundrechte im internationalen Rechtsraum", *RIW*, vol.41, 1995, pp. 617-627; D. SINDRES, "Le contrôle par le juge de l'exequatur des condamnations pécuniaires prononcées par un juge étranger", *RCDIP*, 2021, 3, pp. 533-562.

- (b) Sin embargo, con mucha frecuencia, las decisiones que resuelven “casos internacionales” deben desplegar “efectos jurídicos” en varios países.
- (c) Todos los Estados disponen de un sistema de “validez extraterritorial de decisiones” edificado sobre el principio de *tutela judicial efectiva*. Se trata de un conjunto de normas que permiten que una decisión extranjera sea “importada” y produzca efectos jurídicos en un concreto Estado. Esas normas componen el sector de la “validez extraterritorial de decisiones”. Estas normas benefician a los particulares implicados en situaciones privadas internacionales y también a los Estados, que no deben costear “dobles procesos”.

2. Delimitación conceptual: Reconocimiento y *exequatur*

78. El *reconocimiento* es el mecanismo jurídico que dota a la decisión extranjera de efectos procesales en el Estado requerido (*Anerkennung*). Los *efectos procesales* de las resoluciones públicas extranjeras son los siguientes.

- (a) *Efecto de cosa juzgada material*. En sus dos vertientes: (1) La decisión extranjera vincula a las autoridades nacionales (*sentido positivo* de la cosa juzgada material); (2) No puede volverse a plantear el asunto ya resuelto por la decisión extranjera (*sentido negativo* de la cosa juzgada material).
- (b) *Efecto constitutivo*. Permite que se cree, extinga o modifique un derecho o situación jurídica derivado de la decisión reconocida. Ocurre, por ejemplo, en materia de divorcio o filiación.
- (c) *Efecto de tipicidad*. Permite que la decisión extranjera se trate como una decisión nacional a efectos de considerarla como “sentencia firme” o “resolución judicial”.

79. El *exequatur* es el mecanismo jurídico de Derecho internacional privado que convierte la decisión extranjera en un “título ejecutivo”. La resolución extranjera podrá ser ejecutada en otro país como un título ejecutivo nacional. Es preciso distinguir entre el “proceso de *exequatur*” y la “ejecución material de la sentencia”.

- (a) *Exequatur*. Proceso mediante el cual se convierte una decisión extranjera en título ejecutivo nacional (*Vollstreckbarerklärung*).
- (b) *Ejecución material de la sentencia*. Una vez obtenido el *exequatur* de la decisión extranjera, será posible la ejecución material del fallo contenido en tal decisión extranjera (art. 523.1 y 2 LEC) (*Zwangsvollstreckung*)²⁰⁷.

80. Los efectos jurídicos de las decisiones judiciales y no judiciales de *terceros Estados* en España se rige por las normas nacionales españolas sobre validez extraterritorial de decisiones. También se regirán por estas normas las decisiones dictadas por Estados miembros de la UE cuando no resulte aplicable al caso una normativa europea vigente. Estas normas nacionales son de dos tipos.

- (a) *Convenios internacionales*. Gozan de prevalencia aplicativa sobre las normas españolas de producción interna (art. 96.I CE y art. 2 LCJIMC). Si el instrumento internacional dispone que no procede otorgar efectos jurídicos en España a la sentencia o decisión extranjera, no será posible acudir a las normas españolas de producción interna con tal objetivo.
- (b) *Normas de producción interna*. Son las normas contenidas en los arts. 41-61 LCJIMC. Se trata de normas subsidiarias, aplicables tan sólo en defecto de normativa europea o Convenios internacionales en vigor para España.

²⁰⁷ R. GEIMER, “Grenzüberschreitende Zwangsvollstreckung in Forderungen”, en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 597-610.

81. En el caso de una eventual sentencia firme de un tribunal estadounidense que pudiese punto final al caso *Cassirer*, sería aplicable la Ley 29/2015 de 30 julio 2015 de cooperación jurídica internacional en materia civil (LCJIMC)²⁰⁸. Esta Ley presenta las características siguientes:

- (a) Recoge un sistema de control de requisitos de regularidad internacional (*modelo italiano*). No se revisa el fondo de la resolución extranjera.
- (b) Distingue entre *reconocimiento* y *exequatur*.
- (c) Recoge unas “*causas de rechazo*” del reconocimiento y *exequatur* y no las “condiciones” para lograrlos.
- (d) Adopta un enfoque *muy favorable* a los efectos jurídicos en España de las resoluciones públicas extranjeras.
- (e) La Ley 29/2015 ha copiado el sistema europeo de los “Reglamentos Bruselas”, pero el *exequatur* es siempre necesario para la posterior ejecución de la resolución extranjera en España.

82. Los mecanismos legales para lograr los efectos jurídicos de las sentencias extranjeras en España a través de la LCJIMC son:

- (a) *Reconocimiento incidental* (art. 44.2 LCJIMC). Es el reconocimiento que se invoca, por la parte interesada, ante la autoridad judicial española que conoce de un concreto asunto. Produce *efectos incidentales, limitados al proceso* en el que se invoca la resolución extranjera. Dicha autoridad decide si concede o no concede el reconocimiento a la resolución extranjera en el marco del proceso principal del que conoce en ese momento.
- (b) *Reconocimiento por homologación* (art. 42.1 LCJIMC). Es la acción dirigida a declarar, a título principal y con *efectos erga omnes*, el reconocimiento de una resolución judicial extranjera en España.
- (c) *No reconocimiento por homologación* (art. 42.2 LCJIMC). Se trata de la acción que se ejercita para que un tribunal español declare, a título principal y con *efectos erga omnes*, que una resolución extranjera no es susceptible de reconocimiento en España.
- (d) *Exequatur* (art. 50.1 LCJIMC). Es la acción para lograr que una autoridad judicial española otorgue, en España, *efectos ejecutivos* a una resolución extranjera. Sólo una vez que la resolución extranjera ha obtenido su *exequatur* en España, dicha resolución extranjera puede ser ejecutada en España.

83. Los *procedimientos para lograr los efectos jurídicos de las resoluciones extranjeras en España* a través de la LCJIMC son los siguientes.

²⁰⁸ *Vid., ad ex.*, M.A. AMORES CONRADI, “Eficacia de resoluciones extranjeras en España: pluralidad de regímenes, unidad de soluciones”, *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, Tecnos, 1995, pp. 267-316; A.-L. CALVO CARAVACA, *La sentencia extranjera en España y la competencia del juez de origen*, Madrid, Tecnos, 1986; L. CARBALLO PIÑEIRO, *Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial: problemas de recepción y trasplante de las class actions en Europa*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2009; C.I. CORDERO ÁLVAREZ, “La rebeldía del demandado en el control de las garantías procesales como causa de denegación del reconocimiento en la Ley de Cooperación Jurídica Internacional: Una visión comparada con el sistema Bruselas”, *REEI*, 2016; F.F. GARAU SOBRINO, *Los efectos de las resoluciones extranjeras en España*, Madrid, Tecnos, 1992; F. GASCÓN INCHAUSTI, “Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la ley de cooperación jurídica internacional en materia civil”, *CDT*, 2015, pp. 158-187; H.C. LAUGWITZ, *Die Anerkennung und Vollstreckung drittstaatlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen: rechtsvergleichende Betrachtung und europäische Regelungsoptionen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016; F.-X. LICARI, “Nota a Sent Cour d’appel Poitiers 26 febrero 2009 (*punitive damages*)”, *JDI Clunet*, 2010; P. MANKOWSKI, “Fehlende Verbürgung der Gegenseitigkeit im Verhältnis zu Liechtenstein (OLG Stuttgart, S. 444)”, *IPRax*, 2015-4, pp. 410-412; F. MARCHADIER, “Nota a Sent. TEDH 13 octubre 2009 (*Östürk vs. Turquie*)”, *RCDIP*, 2010, pp. 498-510; H. MUIR-WATT, “Nota a Sent. Chambre des Lords de 22 juillet 2004, *Gouvernement des États-Unis vs. Barnette*”, *RCDIP*, 2005, pp. 315-322; A. RODRÍGUEZ BENOT, “La Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil”, *CDT*, 2016, pp. 234-259; C. SCHREIBER, *Die Haftung des Vollstreckungsgläubigers im internationalen Zivilrechtsverkehr*, Berlin, Duncker & Humblot, 2008.

- (a) *Procedimiento de reconocimiento incidental (art. 44.2 LCJIMC)*. Sirve para canalizar la acción de *reconocimiento incidental (art. 44.2 LCJIMC)*.
- (b) *Procedimiento de exequatur (art. 42 LCJIMC)*. A través del procedimiento de *exequatur* se pueden ejercitar tres acciones diferentes: (1) *Acción de exequatur (art. 50.1 LCJIMC)*; (2) *Acción de reconocimiento por homologación (art. 42.1 LCJIMC)*; (3) *Acción de no reconocimiento por homologación (art. 42.2 LCJIMC)*. Aunque resulta *paradójico*, la acción de “reconocimiento por homologación” de una resolución extranjera en España se articula a través de este procedimiento, que el legislador denomina “*exequatur*”. El legislador español *confunde* de modo inapropiado la acción de reconocimiento, la acción de *exequatur* y el procedimiento para obtener el reconocimiento y el *exequatur*.

3. Causas de denegación del reconocimiento y el *exequatur*

84. Las *causas de denegación del reconocimiento y del exequatur* se encuentran recogidas en el art. 46 LCJIMC. Los *caracteres del sistema* que establece son éstos:

- (a) *Modelo italiano*: se procede a un control de requisitos de regularidad internacional de la resolución extranjera. No se revisa el fondo de la decisión extranjera. No se trata de volver a juzgar lo juzgado ya por un juez extranjero (art. 48 LCJIMC).
- (b) Es un *control obligatorio* de la regularidad de la decisión extranjera (art. 46 LCJIMC in primis).
- (c) Es un control que se practica *de oficio* por el juez español.
- (d) Existen unos *motivos cerrados* de rechazo del reconocimiento / *exequatur*. Es un sistema de *numerus clausus*.
- (e) El art. 16 LCJIMC recoge un conjunto de “*causas de rechazo*” y no una lista de “*condiciones necesarias*” para obtener el reconocimiento / *exequatur*. Se arranca del principio de que una decisión extranjera es válida y producirá efectos legales en España a menos que concurren alguno de estos “*motivos de rechazo*” del reconocimiento recogidos en el art. 46 LCJIMC.

85. La relación de las causas de denegación del reconocimiento y del *exequatur* (art. 46.1 LCJIMC) es ésta:

- (a) Contrariedad de la resolución extranjera con el *orden público internacional español*.
- (b) Resolución dictada con manifiesta *infracción de los derechos de defensa* de cualquiera de las partes. Si la resolución se dictó en rebeldía, existe manifiesta infracción de los derechos de defensa si no se entregó al demandado cédula de emplazamiento o documento equivalente *de forma regular* y con *tiempo suficiente* para que pudiera defenderse (art. 46.1.b).II LCJIMC).
- (c) Control de la *competencia judicial internacional* del tribunal del Estado de origen. La resolución judicial extranjera no se reconocerá:
 - (1) Si se ha dictado en litigios cuya materia es objeto de *competencia exclusiva de los tribunales españoles*. Tales materias se encuentran relacionadas en el art. 24 RB I-bis y art. 22 LOPJ.
 - (2) En las demás materias, si el litigio no presenta una *conexión razonable* con el Estado de origen.
- (d) *Inconciliabilidad* de las resoluciones extranjeras con una resolución *dictada en España*.
- (e) *Inconciliabilidad* de la resolución extranjera con una resolución dictada anteriormente *en otro Estado*, si esta última resolución reúne las condiciones necesarias para su reconocimiento en España.

- (f) *Litigio pendiente en España* entre las mismas partes y con el mismo objeto, iniciado con anterioridad al proceso en el extranjero (= litispendencia internacional).

86. Es muy probable que *dos de estas causas de denegación* del reconocimiento y del *exequatur* se utilizasen contra una eventual sentencia estadounidense desfavorable para el Museo Thyssen-Bornemisza: el orden público internacional español y el control de la competencia judicial internacional del tribunal del Estado de origen.

A) Contrariedad al orden público internacional español

87. El art. 46.1.a) LCJIMC indica que las resoluciones judiciales extranjeras firmes no se reconocerán cuando “*fuera contrarias al orden público*”. En realidad, el precepto se refiere al *orden público internacional español*. No se trata ni de las normas imperativas españolas (= normas jurídicas que las partes no pueden descartar por pacto: son las normas de orden público interno), ni se trata tampoco de las normas internacionalmente imperativas españolas (= normas que se aplican a casos internacionales con independencia de cuál sea la Ley estatal que rijan tales casos: “leyes de policía”). Se trata, realmente, del “orden público internacional”, esto es, del conjunto de principios jurídicos fundamentales del ordenamiento jurídico español.

El orden público internacional constituye un *concepto jurídico indeterminado*. Se trata del “*conjunto de principios jurídicos públicos, privados, políticos, morales y económicos que son absolutamente obligatorios para la conservación de un modelo de sociedad en un pueblo y época determinados*”²⁰⁹. Pues bien, se rechaza el reconocimiento de la resolución extranjera, si ello comporta la vulneración de principios fundamentales, básicos e irrenunciables del Derecho español. Muchos de tales principios se encuentran recogidos en la Constitución española²¹⁰, pero también se encuentran en los instrumentos legales internacionales en vigor para España que contienen “derechos humanos” y “derechos fundamentales”, como el CEDH 4 noviembre 1950. La sentencia extranjera puede, en efecto, provocar una “externalidad negativa”. Ello significa que la resolución extranjera resuelve una cuestión jurídica que afecta a unos concretos sujetos particulares; pero, al mismo tiempo, esa misma resolución puede causar un daño grave a la cohesión y a la estructura jurídica de la “sociedad española”. En tal caso, es aconsejable rechazar el reconocimiento / *exequatur* de estas resoluciones extranjeras.

Sólo mediante la intervención del orden público internacional como causa de rechazo del reconocimiento / *exequatur* se evita ese daño “colateral” y “externo” que la resolución extranjera puede causar a la estructura jurídica de la sociedad española. Ese daño que es mayor que el beneficio que el reconocimiento / *exequatur* pudiera comportar para los particulares implicados. La preservación de la cohesión y la estructura jurídica de la sociedad española reviste un interés “público”. Cuando el reconocimiento / *exequatur* de una sentencia extranjera daña un interés “público”, el mecanismo del orden público internacional exige el rechazo de tal reconocimiento / *exequatur*. Así, por ejemplo, se podría afirmar que produce efectos contrarios al orden público internacional español el reconocimiento en España de sentencias extranjeras que ignoran una situación jurídicamente consolidada como es la derivada de la propiedad adquirida mediante usucapión extraordinaria de un bien mueble que lleva muchos años en España, con independencia de quién fuera un anterior legítimo propietario y si el actual obró de buena fe o no. A un nivel individual, está en juego quién es el auténtico propietario; pero, desde un punto de vista social, lo que está en juego es la protección del mercado, la seguridad jurídica de las transacciones, el mismo régimen jurídico de la propiedad.

Por último, la expresión “orden” hace referencia a la “estructura jurídica básica del Derecho español”. Se protege la estructura jurídica fundamental de la sociedad española, una estructura, un orden que permite mantener la paz social. Ahora bien, no se trata de un “orden público de dirección”, esto es,

²⁰⁹ STC 54/1989 de 23 febrero 1989, SAP Madrid 23 febrero 2011 [CENDOJ 28079370142011100121] (laudo arbitral dictado en Madrid).

²¹⁰ STC 54/1989 de 23 febrero 1989.

de los principios básicos de un determinado modelo de sociedad, sino más bien de un “orden público de protección”, orientado a garantizar los derechos individuales de toda persona. No se trata de “dirigir” u “obligar” a los particulares a seguir un determinado modelo de organización social, sino de proteger los derechos fundamentales sobre los que se construye la sociedad española. En este sentido, se puede dar ejecución en España a sentencias extranjeras que activan instituciones no conocidas en Derecho español siempre que ello no vulnere los “*principios y valores jurídicos, políticos o morales que por ser fundamentales merecen la consideración de irrenunciables y se entiende como instrumento al servicio de los destinatarios de las normas y de la protección de los derechos individuales*”. Es un orden público de protección “*entendido como salvaguarda de los derechos de las personas*”²¹¹.

No es fácil responder a una pregunta: cuáles son los elementos que deberían tomar en consideración los jueces españoles y, en general, los jueces de los Estados miembros de la UE para precisar si una sentencia de un tribunal de Estados Unidos sería manifiestamente contraria al orden público del foro (sea éste el español, el alemán o el de cualquier otro Estado de la UE). No es fácil concretarlo; porque hasta ahora ni en España ni en Alemania se ha producido *ningún precedente claro y significativo* de reconocimiento o ejecución de una sentencia estadounidense que ordene la restitución de una obra de arte saqueada por los nazis -al menos, nosotros no lo conocemos-. En Alemania, donde la doctrina ha especulado sobre si dicha posibilidad sería realista, se ha apuntado que sería *dudoso*: (a) Es, como mínimo, discutible que se pueda preferir la Ley estadounidense -que ignora la posibilidad de adquirir de *buena fe* obras de arte saqueadas por los nazis-; puesto que, casi con total seguridad, la parte contra la que se pretenda obtener el reconocimiento objetará -y el tribunal europeo le dará la razón- que, si hay un ordenamiento jurídico que tiene *un vínculo significativo con el litigio* es el del Estado donde se pretende el reconocimiento, si, además, en él tiene su domicilio o sede social el demandado y es en su territorio donde se encuentra el objeto artístico que se reclama. (b) Es *arriesgado* suponer que un tribunal de un Estado miembro de la UE no estime contrario a su orden público que se pretenda aplicar en un caso concreto que le concierne una ley extranjera que responde a una idea básica -la imprescriptibilidad de las acciones reivindicatorias de obras de arte, salvo excepciones-, cuando, desde tiempos del antiguo Derecho privado romano, jueces y legisladores de la Europa continental han resuelto *el conflicto entre los que tienen derecho a la restitución y el comprador de buena fe* en favor de la conciliación mediante la *prescripción*²¹².

B) Control de la competencia judicial internacional

88. El juez extranjero que ha pronunciado la resolución cuyo del reconocimiento / *exequatur* se solicita en España debe haber sido un juez internacionalmente competente. En España no se otorga el reconocimiento / *exequatur* a resoluciones extranjeras dictadas por jueces internacionalmente incompetentes, jueces que operan con criterios de competencia internacional excesivos (*excessive jurisdiction*). Ello se traduce en dos ideas básicas (art. 46.1.c) LCJIMC).

- 1ª) La resolución judicial extranjera no se reconocerá si se ha dictado en materias objeto de *competencia exclusiva* de los tribunales españoles. No es un supuesto que concurra en el caso Cassirer.
- 2ª) En los demás casos, esto es, en relación con materias que no son objeto de competencia exclusiva de los tribunales españoles, la resolución extranjera no se reconocerá si la competencia del juez de origen no obedeciere a una “conexión razonable”. Se presumirá la existencia de una conexión razonable con el litigio, cuando el órgano jurisdiccional extranjero hubiere basado su competencia judicial internacional en criterios similares a los previstos en la legislación española (*Spiegelbildlichkeitsprinzip*). Si es un supuesto que podrá cuestionarse en el caso Cassirer.

²¹¹ AAP Barcelona 14 mayo 2018 [ECLI:ES:APB:2018:2488A] (sentencia dictada en República de Guinea).

²¹² J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, p. 118.

89. Debemos preguntarnos, por tanto, cómo es el *control de la competencia del juez de origen en litigios que no versan sobre materias objeto de competencia exclusiva de los tribunales españoles*. Las sentencias extranjeras dictadas por jueces que carecen de “competencia internacional” (= jueces internacionalmente incompetentes) no obtienen el reconocimiento ni el *exequatur* en España. En efecto, el juez español que debe pronunciarse sobre el reconocimiento / *exequatur* debe llevar a cabo un “control de la competencia judicial internacional del juez de origen” incluso si la materia objeto de la litis no pertenece al elenco de “competencias exclusivas” de los tribunales españoles. Varios aspectos deben ponerse de relieve:

90. 1º) *Causa independiente*. Con inmejorable criterio, el legislador de 2015 ha diseñado esta causa de rechazo del reconocimiento / *exequatur* en el art. 46.1c) LCJIMC como una causa autónoma e independiente del control de los derechos de defensa, que era el anterior enfoque seguido por la LEC 1881. El control de la competencia judicial internacional protege al demandado; pero también al Estado cuyas competencias exclusivas pueden haberse visto infringidas.

91. 2º) *Justificación del control de la competencia judicial internacional*. Este control se justifica por varias razones (D.P. FERNÁNDEZ ARROYO): (a) Se logra una protección del demandado frente a foros exorbitantes (= foros que producen una infracción de la tutela judicial efectiva del demandado, que se ve “arrastrado” y “atraído” a una jurisdicción estatal totalmente imprevisible para él por el potente campo de tracción que generan los foros exorbitantes en relación con todo demandado); (b) Se combate el *Bad Forum Shopping*, esto es los movimientos estratégicos de demandantes astutos que sitúan el pleito ante tribunales de países que disponen de criterios de competencia judicial internacional excesivamente laxos con el espurio objetivo de sortear la aplicación de la Ley imperativa española; (c) Se garantiza la regularidad jurídica general de la decisión extranjera, pues es frecuente que ciertos jueces extranjeros se declaren internacionalmente competentes con infracción de sus propios foros de competencia judicial internacional y ejerzan una “jurisdicción excesiva” al desobedecer sus propias normas procesales relativas a los foros de competencia internacional²¹³.

92. 3º) *Ámbito del control*. El “control de la competencia del juez de origen” comprende el control de la “jurisdicción” y de la “competencia judicial internacional”. No es preciso controlar la “competencia interna, territorial y funcional” del juez extranjero²¹⁴. Se trata de denegar el reconocimiento / *exequatur* a una resolución dictada por un tribunal extranjero “internacionalmente no competente”, y no de “dar una lección al juez extranjero sobre cómo debe aplicar su propio Derecho procesal”.

93. 4º) *Sistemas teóricos para acreditar la “competencia internacional” del juez extranjero*. La acreditación de la “competencia internacional” del juez extranjero es una cuestión complicada. Existen varios modos de intentar demostrar que el juez que dictó la sentencia extranjera era un juez “internacionalmente competente”²¹⁵.

- (a) *Sistema bilateralista / “the mirror principle”*. Durante decenios, el TS aplicó, con algunas inflexiones, el llamado “sistema bilateralista”. Consiste en lo siguiente: se considera que un tribunal extranjero es “internacionalmente competente”, cuando un tribunal español lo hubiera sido en un caso semejante (*Spiegelbildlichkeitsprinzip*). Por tanto, el juez extranjero debió utilizar para declararse internacionalmente competente los criterios de competencia judicial que regulan, en las normas españolas, la competencia judicial internacional de los

²¹³ D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, “Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales”, *RCADI*, t. 323, 2006, pp. 9-259 (pp. 53-79).

²¹⁴ *Vid.*, ad ex., L. ÁLVAREZ AGOUÉS, “Conflicto negativo de competencia territorial respecto al exequátur de resolución judicial extranjera proveniente de un tribunal estadounidense: acertada selección del bloque normativo aplicable. A propósito del Auto n.º 260/2020 del Tribunal Supremo”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 570-577.

²¹⁵ *Vid.*, ad ex., P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES/S. LAVAL, *Droit international privé*, 11^e édition, Paris, Dalloz, 2023, pp. 479-528.

tribunales españoles²¹⁶. Si el juez extranjero fundó su competencia en un foro de los recogidos en la normativa española, el “espejo” funciona y se supera este control. Si, por el contrario, el juez extranjero se basó en un foro no recogido en la normativa española que regula la competencia judicial internacional, el espejo no refleja nada y el control no se supera. Deben considerarse, a estos efectos, exclusivamente, las normas españolas de competencia judicial internacional y no las normas europeas de competencia judicial internacional. Sin embargo, este sistema resulta es xenófobo, imperialista, rígido y simplista. No tiene en cuenta que cada Estado tiene sus propios foros de competencia judicial internacional, que no tienen por qué ser inadecuados ni por qué ser los mismos que los que rigen en España.

- (b) *Sistema de los contactos razonables*. A partir de 1998, el TS cambió de criterio y adoptó el “nuevo modelo francés”, que consiste en lo siguiente: el tribunal extranjero que dictó la sentencia debe ser considerado como un tribunal internacionalmente competente si el litigio presenta “contactos razonables” con el país donde se desarrolló el proceso²¹⁷. Se trata del “sistema de los contactos razonables”. La Sala Primera del TS español optó por este sistema desde finales de los años 90 del pasado siglo²¹⁸.
- (c) *El sistema español actualmente vigente: la combinación perfecta*. El legislador español que ha redactado la LCJIMC ha optado por combinar los dos sistemas anteriores del siguiente modo.

En primer lugar, prevalece, como regla general, el “sistema de los contactos razonables”. Por ello, se considera que el juez de origen es internacionalmente competente si el país al que pertenece presenta “una conexión razonable” con el litigio. Así, en el caso de una sentencia dictada en Argentina, se trataba del caso de demandantes trabajadores argentinos y su reclamación encontraba su origen en trabajos prestados en Argentina: la conexión con Argentina era razonable y debe por ello estimarse que los tribunales argentinos eran internacionalmente competentes para dictar la sentencia cuyo reconocimiento ahora se pretende en España²¹⁹.

En segundo lugar, como regla especial que facilita la aplicación del sistema de los contactos razonables, se introduce una pequeña dosis del sistema bilateralista (*Spiegelbildlichkeitsprinzip*). Así, se presume la existencia de una conexión razonable con el litigio cuando el órgano jurisdiccional extranjero hubiere basado su competencia judicial internacional en criterios similares a los previstos en la legislación española. Debe subrayarse que no se exige que el juez extranjero haya empleado criterios “iguales” a los recogidos en los foros de competencia judicial internacional españoles, sino meramente “similares”. Por ejemplo, si en una concreta materia las normas españolas de competencia judicial

²¹⁶ ATS 21 octubre 1982 [REDI, 1983, pp. 504-511], ATS 3 febrero 1986 [REDI, 1989, pp. 619-620], ATS 15 diciembre 1987 [REDI, 1990, pp. 242-245], ATS 23 junio 1989 [REDI, 1990, p. 253].

²¹⁷ Sent. Cour Cass. Civ. I, 6 febrero 1985, *Simitch* [RCDIP, 1985, p. 369, *JDI Clunet*, 1985, p. 460, nota A. HUET]: “existence d’un lien caractérisé entre le pays dont le juge a été saisi et le litige”. *Vid., ad ex.*, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES/S. LAVAL, *Droit international privé*, 11^e édition, Paris, Dalloz, 2023, p. 486.

²¹⁸ ATS 24 diciembre 1996 [REDI, 1998, II, vol. L, pp. 223-227], ATS 10 febrero 1998 [R. 2666], ATS 20 enero 1998 [R. 2667], ATS 7 abril 1998 [R. 3559], ATS 21 abril 1998 [R. 3562], ATS 28 abril 1998 [R. 3595], ATS 10 septiembre 1996 [R. 3555 [1998]], ATS 15 octubre 1996 [R. 4285], ATS 5 mayo 1998 [R. 4289], ATS 23 junio 1998 [REDI, pp. 228-230], ATS 12 enero 1999 [R. 135], ATS 2 febrero 1999 [R. 786], ATS 25 mayo 1999 [R. 3480], ATS 27 abril 1999 [R. 2701], ATS 13 abril 1999 [R. 2612], ATS 23 marzo 1999 [R. 2417], ATS 30 marzo 1999 [R. 2422], ATS 18 mayo 1999 [R. 3167], ATS 8 junio 1999 [R. 4346], ATS 15 junio 1999 [R. 4349], ATS 25 mayo 1999 [R. 3480], ATS 7 septiembre 1999 [R. 6529], ATS 26 octubre 1999 [R. RJ 7796], ATS 14 marzo 2000 [R. 1767], ATS 15 febrero 2000 [R. RJ 1771], ATS 8 febrero 2000 [R. 764], ATS 28 mayo 2002 [CENDOJ 28079110012002202252], ATS 2 julio 2002 [JUR 2002\204638], ATS 11 junio 2002 [JUR 2002\179703], ATS 31 julio 2002 [JUR 2002\216501], ATS 3 diciembre 2002 [JUR 2003\671], ATS 24 julio 2003 [JUR 2003\206251], ATS 31 julio 2003 [RJ 2003\6965], ATS 15 julio 2003 [RJ 2003\6965], ATS 8 julio 2003 [CENDOJ 28079110012003205925], ATS 1 julio 2003 [RJ 2003\6882], ATS 1 abril 2003 [CENDOJ 28079110012003203458] [ECLI:ES:TS:2003:3579A], ATS 25 marzo 2003 [JUR 2003\88210], ATS 17 febrero 2004 [JUR 2004\107600], ATS 20 enero 2004 [JUR 2004\54332], ATS 1 marzo 2005 [JUR 2005\94991], ATS 17 octubre 2006 [JUR 2006\250671], ATS 21 marzo 2006 [JUR 2006\170417], SAP Madrid 12 febrero 2008 [CENDOJ 28079370122008100039] (sentencia dictada en Pensilvania), AAP Madrid 14 junio 2011 [JUR 2011\265994] (sentencia dominicana de divorcio), AAP Madrid 16 abril 2012 [CENDOJ 28079370242012200080] (*exequatur* de sentencia cubana relativa a filiación).

²¹⁹ AAP Madrid 3 febrero 2020 [ECLI:ES:APM:2020:1083AA] (sentencia argentina).

internacional emplean el foro del “domicilio del demandado”, podría aceptarse como similar un foro extranjero de competencia judicial internacional basado en la mera “residencia” del demandado o en su “residencia habitual”. Se trata de un “enfoque flexible” del control de la competencia judicial internacional del juez de origen que se adapta correctamente a la diversidad de legislaciones en el mundo (Preámbulo VIII, LCJIMC: “[s]e proporciona una pauta para determinar la existencia de una conexión razonable a partir de la bilateralización de los foros establecidos en el Derecho procesal civil internacional español, que es suficientemente flexible, pues basta con que el tribunal de origen haya conocido a partir de criterios de conexión similares a los previstos en nuestra legislación”).

En tercer lugar, si el Derecho extranjero no emplea un foro o criterio similar a los criterios españoles de competencia judicial internacional, puede suceder que, de todos modos, el caso presente una clara conexión con el país cuyos jueces han dictado la sentencia cuyo reconocimiento / *exequatur* se pretende ahora en España. En tal supuesto, debe señalarse que la concreción del “test de los contactos razonables” es complicada. No es posible proporcionar “reglas generales fijas” para practicar este test. Puede decirse tan sólo que son circunstancias que manifiestan una “vinculación razonable” con el país extranjero: la residencia, nacionalidad y la sumisión de las partes. En este sentido, y de la mano de la jurisprudencia española, puede concretarse lo siguiente.

- (i) El domicilio de ambas partes en el país extranjero cuyos tribunales dictan la sentencia constituye conexión suficiente para estimar que el tribunal de origen era internacionalmente competente en el sentido del art. 46.1.c) LCJIMC²²⁰.
- (ii) La nacionalidad extranjera de una de las partes y el lugar de celebración del matrimonio en el extranjero acreditan ya, según el TS, una “vinculación suficiente” con dicho país²²¹.
- (iii) Una mera “residencia temporal” del demandante no es suficiente para acreditar “vinculación suficiente” con el Estado extranjero²²². La mayor parte de los *quickie divorces* no superan el “test de los contactos razonables”; porque se dictan por un tribunal inapropiado (*inappropriate forum*) que basa su competencia internacional en una mera residencia de pocas semanas o días, razón por la que se deniega el *exequatur* de la sentencia extranjera en España.
- (iv) En el caso de que las partes se hayan sometido a un tribunal extranjero pero el caso no presente ningún otro “contacto” con el país extranjero, existe *Bad Forum Shopping* pero siempre que se trate de un litigio sobre materia indisponible que en Derecho español dispone de foros objetivos de competencia judicial internacional y respecto del cual no se admite la elección de foro. En tal caso, el reconocimiento / *exequatur* en España debe rechazarse. El “test de los contactos razonables” constituye una poderosa arma de combate contra el *Bad Forum Shopping*. Se evita así que las partes busquen un “foro de conveniencia”, un país sin “contactos reales” con el litigio para lograr una sentencia que no habrían podido lograr en España y que debe producir efectos, exclusivamente, en España.

*Ejemplo: El caso de la sent. Cass. Italia de 28 octubre 2015: daños en Israel y sentencia norteamericana cuyo exequatur se solicita en Italia*²²³. La sent. Cass. Italia de 28 octubre 2015 se enfrentó con el siguiente caso. Un ciudadano estadounidense, judío, fue asesinado en un ataque terrorista reivindicado por Hamas y que tuvo lugar en Israel. El Tribunal de Distrito de Estados Unidos del Distrito de Columbia admitió su propia competencia judicial internacional y dictó sentencia por la que condenó a Irán, acusado de dirigir el ataque. Irán fue condenado a pagar 26.002.690 de dólares US en concepto de daños y 225 millones de dólares US por daños punitivos a los familiares de la víctima. Dichos familiares solicitaron el *exequatur* de la sentencia norteamericana en Italia con el fin de proceder a la ejecución de

²²⁰ ATS 28 octubre 2008 [JUR 2008\366120] (*exequatur* de sentencia de divorcio inglesa).

²²¹ ATS 21 marzo 2006 [JUR 2006\170417] (*exequatur* con el Reino Unido).

²²² Sent. Cour Cass. Francia 5 mayo 1998 (*Bulletin*, 1998 I n. 168, p. 112).

²²³ Sent. Cass. Italia de 28 octubre 2015 n. 21946 (<http://www.marinacastellaneta.it/blog/immunita-di-stati-esteri-dalla-giurisdizione-per-atti-terroristici-va-negata-la-sentenza-straniera-non-puo-pero-essere-delibata-se-non-e-rispettato-il-principio-della-competenza-internazionale.html>).

los activos iraníes en Italia. Solución = La *Corte di Cassazione* italiana rechazó el *exequatur* en Italia de la sentencia norteamericana porque estimó que el tribunal norteamericano carecía de competencia internacional para dictar dicha sentencia al no presentar el caso vínculos razonables con los Estados Unidos de América.

94. En definitiva, debe quedar claro que, llegado el momento, será muy difícil convencer a un tribunal español de que un tribunal estadounidense era internacionalmente competente para conocer de una acción reivindicatoria sobre un bien mueble que, al tiempo de interponerse la demanda por un residente en California, se encontraba en España y llevaba muchos años fuera de los Estados Unidos. Una cosa es que el tribunal norteamericano sea competente conforme a su legislación / jurisprudencia interna y otra muy distinta es que un tribunal del Estado en el que se pretende el reconocimiento considere que exista una “conexión razonable”.

95. No es ésta una interpretación que esté aislada del contexto europeo o que carezca de toda justificación jurídica. Si se toma como referencia a Alemania, que es el Estado europeo donde más se ha analizado la denominada *competencia internacional indirecta*, como presupuesto del reconocimiento (§ 328 Abs. 1 Nr. 1 ZPO), se recuerdan *tres razones* por las que un tribunal estadounidense que hubiera solucionado un litigio sobre la devolución de objetos de arte robados por los nazis en virtud de la FSIA sería competente en su país, pero no lo sería considerado en Alemania: (a) Los tribunales alemanes no están a favor del reconocimiento de las demandas extranjeras en las que la competencia internacional no sólo no tiene una correspondencia directa con la ley procesal alemana, sino que, además, se apoyan en una sola razón: la presencia a corto plazo en la jurisdicción respectiva o una actividad comercial única²²⁴. (b) En Derecho alemán no existe la *expropriation exception*: Por consiguiente, los tribunales alemanes no serían competentes para conocer (ni tampoco reconocerían competencia internacional) de acciones ejercitadas contra Estados o museos extranjero por el único y exclusivo motivo de que el objeto de arte en disputa se perdió para su propietario en violación del Derecho internacional²²⁵. (c) Una decisión extranjera que, para aplicar la *expropriation exception* de la FSIA, basase su jurisdicción en actos soberanos del Estado y los considerase actos jurídicos del Tercer Reich como el predecesor legal de la República Federal de Alemania, no sería compatible con el § 328 Abs. 1 Nr. 1 y Nr. 4 ZPO²²⁶. Se trataría de una interpretación de naturaleza jurídica discutible -si “extensiva” o “análoga”-, pero, en todo caso, construida a partir de la sentencia BGH 26 junio 2003 – III ZR 245/98²²⁷.

4. Ejecución

96. Cuando no concurre ninguna de las dos causas de denegación del reconocimiento o del *exequatur*, debe procederse a la *ejecución material (Vollstreckung)* de la decisión judicial extranjera (reparación, repatriación, regreso o restitución)²²⁸. Cuando no hay un *cumplimiento voluntario* de ésta,

²²⁴ J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, p. 117.

²²⁵ J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 117-118.

²²⁶ J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, p. 118.

²²⁷ BGH Urt. v. 26.06.2003 – III ZR 245/98, disponible en <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2000&nr=26591&linked=urt&Blank=1&file=dokument.pdf> (consultado el 3 marzo 2023): “Die Anerkennung des Urteils eines griechischen Gerichts, durch das die Bundesrepublik Deutschland wegen Kriegsverbrechen der deutschen Wehrmacht in Griechenland im Zweiten Weltkrieg zur Zahlung von Schadensersatz an verletzte griechische Staatsangehörige verurteilt wurde, ist ausgeschlossen, weil ein solches Urteil dem völkerrechtlichen Grundsatz der Staatenimmunität widerspricht”. Sobre el tema de este caso, *ad ex.*, MARTIN KLINGNER, “Deutschland entzieht sich NS-Verantwortung”, *LTO*, 12 septiembre 2011, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/kriegsopfer-entschaedigung-vor-igh-deutschland-entzieht-sich-ns-verantwortung/> (consultado el 3 marzo 2023).

²²⁸ H. HARTUNG, *Kunstraub in Krieg und Verfolgung: die Restitution der Beute- und Raubkunst im Kollisions- und Völkerrecht*, Berlin, De Gruyter Recht, 2005, pp. 64-66.

se puede acudir a la *ejecución forzosa (Zwangsvollstreckung)*. Ésta se realiza conforme a un procedimiento que regula la *lex fori*; es decir, la legislación procesal del Estado en cuyo territorio se lleva a cabo (*Territorialität und streng formalisiertes Verfahren*)²²⁹. Será esta ley la que determine si se debe devolver la misma obra de arte reclamada, si se puede o debe sustituir por una indemnización por el valor de dicha obra y los daños causados por la privación de ésta²³⁰ o si cabe la indemnización en especie (*restitutio in specie, restitutio in kind*) -es decir, el cambio del bien cultural reivindicado por otro u otros objetos de arte de un valor económico equivalente al primero²³¹-. *Ejemplo*: Según el § 2 de la *Bundesgesetz zur Regelung der rückerstattungsrechtlichen Geldverbindlichkeiten des Deutschen Reichs und gleichgestellter Rechtsträger (Bundesrückerstattungsgesetz – BRüG)* de 19 julio 1957, *BGBI. I S. 734*, en principio, el demandante sólo podría exigir una indemnización y no la restitución del objeto artístico reclamado: “*Rückerstattungsrechtliche Ansprüche im Sinne dieses Gesetzes sind Ansprüche, die nach den Rechtsvorschriften zur Rückerstattung feststellbarer Vermögensgegenstände (§ II Nr. 1) oder nach den Vorschriften dieses Gesetzes Rückerstattungsberechtigten oder deren Rechtsnachfolgern zustehen und auf einen Geldbetrag oder auf Schadensersatz gerichtet sind*” (“A efectos de la presente Ley, los derechos de restitución son aquellos derechos que, de conformidad con la Ley de Devolución de Bienes, son reclamaciones que se deben en virtud de las disposiciones legales sobre la devolución de bienes identificables (§ 11 N° 1) o en virtud de las disposiciones de la presente Ley, a los titulares de los derechos de restitución o a sus sucesores legales y cuyo objetivo sea obtener una cantidad de dinero o compensación monetaria”)²³².

VIII. Epílogo: Datos y hechos

97. Pese al tiempo transcurrido desde el final de la Segunda Guerra Mundial, sigue estando presente la litigiosidad en torno a las obras de arte que fueron confiscadas por los nazis. Se calcula que alrededor de 100.000 de ellas siguen desaparecidas²³³. Son, como gráficamente las ha descrito una autora, los “últimos prisioneros” de aquel conflicto bélico (“*the last prisoners of war*”)²³⁴. Como consecuencia de su valor material, la restitución de las obras de arte robadas por los nazis se ha convertido en un “negocio interminable” (*unfinished business*)²³⁵.

98. Conseguir que, *mutatis mutandis*, los bienes culturales saqueados por los nazis vuelvan a sus legítimos propietarios -ya sean éstos las víctimas originarias de la expropiación o sus causahabientes- ha costado, parafraseando a WINSTON CHURCHILL, “*blood, toil, tears and seat*”. La *restitutio in integrum* ha costado, sobre todo, tiempo, mucho tiempo. Por esto, no cabe extrañarse de que algunos autores, una cierta práctica arbitral y algunos Estados contemplan los medios alternativos de resolución de controver-

²²⁹ H. HARTUNG, *Kunstraub in Krieg und Verfolgung: die Restitution der Beute- und Raubkunst im Kollisions- und Völkerrecht*, Berlin, De Gruyter Recht, 2005, pp. 72-73.

²³⁰ H. HARTUNG, *Kunstraub in Krieg und Verfolgung: die Restitution der Beute- und Raubkunst im Kollisions- und Völkerrecht*, Berlin, De Gruyter Recht, 2005, pp. 70-71 y 75-78.

²³¹ H. HARTUNG, *Kunstraub in Krieg und Verfolgung: die Restitution der Beute- und Raubkunst im Kollisions- und Völkerrecht*, Berlin, De Gruyter Recht, 2005, pp. 73-75.

²³² Texto disponible en https://www.gesetze-im-internet.de/br_g/BJNR007340957.html (consultado el 12 abril 2023).

²³³ L.M. KAYE, “Avoidance and Resolution of Cultural Heritage Disputes: Recovery of Art Looted During the Holocaust”, *Willamette J. Intl L. & Dis. Res.*, 14, 2006, pp. 243-268 (p. 244). Siguiendo su estela, J. BARNES, “Holocaust Expropriated Art Recovery (HEAR) Act of 2016: A Federal Reform to State of Limitations for Art Restitution Claims”, *Colum. J. Transant'l L.*, 56, 2018, pp. 593-635 (p. 598); J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, p. 2; M. WELLER, “Kollisionsrecht und NS-Raubkunst: U.S. Supreme Court, Entscheidung vom 21. April 2022, 596 U.S. 142 S.Ct. 1502 (2022) – Cassirer et al. ./ Thyssen-Bornemisza Collection Foundation”, *IPRax*, 2023, 1, pp. 97-100 (p. 97).

²³⁴ E. HENSON, “The Last Prisoners of War: Returning World War II Art to its Rightful Owners - Can Moral Obligations be Translated into Legal Duties?”, *DePaul L. Rev.*, 51, 2002, pp. 1103-1158.

²³⁵ S.E. EIZENSTAT, *Imperfect Justice: Looted Assets, Slave Labor, and the unfinished Business of World War II*, New York, Public Affairs, 2003; Id., “Imperfect justice: looted assets, slave labor, and the unfinished business of World War II”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 37, 2, 2004, pp. 333-351.

sias (ADRS) como la vía más adecuada para solventar este tipo de disputas²³⁶. Se espera que, en 2024, se haga público un proyecto de investigación del profesor MATTHIAS WELLER, de la Universidad de Bonn, conocido como “*Restatement of Restitution Rules for Nazi-Confiscated Art*”, que, construido a partir de la praxis de los 20 últimos años, facilitará la tarea de árbitros o mediadores²³⁷.

Ahora bien, no cabe hacerse falsas ilusiones. Hoy por hoy, nadie discute que el procedimiento judicial es lento, caro y complejo. Pero una cosa es esto y otra -muy distinta- que la libertad para acceder a los tribunales de que gozan las partes vaya a ser sustituida o deba serlo por ningún ADR vinculante. Algunos, además, no creemos que, con carácter general, pueda afirmarse que el arbitraje sea rápido, barato y sencillo. Tampoco creemos que, con carácter general, deba promoverse la sustitución del procedimiento judicial por el procedimiento arbitral, tratándose de la devolución de obras de arte. Ésta es una cuestión que sólo debe plantearse caso por caso, a la luz de las circunstancias concretas de éste, como se hizo, *ad ex.*, para poner fin definitivamente a *Altmann v Republic of Austria*.

99. Es dudoso que el *Soft Law* vaya a tener más impacto que el muy limitado que hasta ahora ha tenido para asegurar *Just and Fair Solutions* a la restitución de obras de arte robadas por los nazis a judíos. Así, *ad ex.*, los *Principios de Washington sobre Arte confiscado por los nazis* (Washington DC, 3 diciembre 1998) proclaman en su preámbulo que dichos Principios no tienen carácter vinculante: “*In developing a consensus on non-binding principles to assist in resolving issues relating to Nazi-confiscated art, the Conference recognizes that among participating nations there are differing legal systems and that countries act within the context of their own laws*”²³⁸. No deja, por tanto, de resultar sorprendente

²³⁶ *Vid.*, sobre esta cuestión polémica, *ad ex.*, M. BERENBAUM/E. GAFFNEY/J.A. KREDER, “Statement of Concerns About Disposition of Nazi-Looted Art in the United States, Submitted to the Office of Holocaust Issues, U.S. Department of State”, September, 22, 2009 (September 21, 2009), disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1476518> (consultado el 15 marzo 2023); K.L. BOYD, “International Arbitration and the Future of Holocaust Restitution in the Aftermath of Republic of Hungary v. Simon and Federal Republic of Germany v. Philipp” (4 marzo 2021), disponible en <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/03/04/international-arbitration-and-the-future-of-holocaust-restitution-in-the-aftermath-of-republic-of-hungary-v-simon-and-federal-republic-of-germany-v-philipp/> (consultado el 13 abril 2023); S. ELIE, “What Wait So Long: The Cornelius Gurlitt Collection and the Need for Clear ADR Mechanisms in the Restitution of Looted Art”, *Cardozo J. Conflict Resol.*, 18, 2017, pp. 363-390; R. KEIM, “Filling the Gap Between Morality and Jurisprudence: The Use of Binding Arbitration to Resolve Claims of Restitution Regarding Nazi-Stolen Art”, *Pepp. Disp. Resol. L.J.*, 3, 2003, pp. 295-315; J.A. KREDER, “Reconciling individual and Group Justice with the Need for Repose in Nazi-Looted Art Disputes: Creation of an International Tribunal”, *Brooklyn Law Review*, 73, 1, 2007, pp. 155-216; J. MULLERY, “Fulfilling the Washington Principles: A Proposal for Arbitration Panels to Resolve Holocaust-Era Art Claims”, *Cardozo J. Conflict Resol.*, 11, 2010, pp. 643-674; N. PALMER, “The Best We Can Do? Exploring a Collegiate Approach to Holocaust-related Claims”, en E. CAMPFENS (ED.), *Fair and Just Solutions? Alternatives to Litigation in Nazi-Looted Art Disputes: Status Quo and New Developments*, The Hague, the Netherlands, Eleven International Publishing, 2015, pp. 153-185; J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 216-218; C. ROODT, “State Courts or ADR in Nazi-Era Art Disputes: A Choice ‘More Apparent than Real?’”, *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, 14, 2, Winter 2013, pp. 421-463; C. WOODHEAD, “Nazi Era Spoliation: Establishing Procedural and Substantive Principles”, *Art, Antiquity and Law*, XVIII, 2, July 2013, pp. 167-192.

²³⁷ *Vid.* <https://www.jura.uni-bonn.de/professur-prof-dr-weller/research-project-restatement-of-restitution-rules-for-nazi-confiscated-art> (consultado el 17 febrero 2023).

²³⁸ Según estos 11 Principios: “1. Art that had been confiscated by the Nazis and not subsequently restituted should be identified. 2. Relevant records and archives should be open and accessible to researchers, in accordance with the guidelines of the International Council on Archives. 3. Resources and personnel should be made available to facilitate the identification of all art that had been confiscated by the Nazis and not subsequently restituted. 4. In establishing that a work of art had been confiscated by the Nazis and not subsequently restituted, consideration should be given to unavoidable gaps or ambiguities in the provenance in light of the passage of time and the circumstances of the Holocaust era. 5. Every effort should be made to publicize art that is found to have been confiscated by the Nazis and not subsequently restituted in order to locate its pre-War owners or their heirs. 6. Efforts should be made to establish a central registry of such information. 7. Pre-War owners and their heirs should be encouraged to come forward and make known their claims to art that was confiscated by the Nazis and not subsequently restituted. 8. If the pre-War owners of art that is found to have been confiscated by the Nazis and not subsequently restituted, or their heirs, can be identified, steps should be taken expeditiously to achieve a just and fair solution, recognizing this may vary according to the facts and circumstances surrounding a specific case. 9. If the pre-War owners of art that is found to have been confiscated by the Nazis, or their heirs, cannot be identified, steps should be taken expeditiously to achieve a just and fair solution. 10. Commissions or other bodies established to identify art that was confiscated by the Nazis and to assist in addressing ownership issues should have a balanced membership. 11. Nations are encouraged to develop national processes to implement these principles, particularly as they relate to alternative dispute resolution mechanisms for resolving ownership issues”. Disponibles en <https://www.state.gov/washington-conference-principles-on-nazi-confiscated-art/> (consultado el 1 abril

que se hayan visto reflejados en abundante jurisprudencia de algunos de sus 44 Estados firmantes (Alemania, Austria, Francia, Países Bajos y Reino Unido) o en la jurisprudencia mucho más escasa de alguno de ellos (Suiza)²³⁹. Generalmente, como ha ocurrido en España con el asunto *Cassirer*, lo único que se oye de ellos son los *ecos del silencio*.

100. Desde una perspectiva estrictamente jurídica, un problema de la mayor enjundia lo constituyen los *foros de competencia internacional* de los tribunales estadounidenses en los litigios sobre bienes culturales. Si emplearan el foro general del domicilio del demandado (*actor sequitur forum rei*) o el foro especial del lugar del bien cuya titularidad es polémica (*forum rei sitae*), nada podría objetarse a la legitimidad de su decisión, declarándose competentes, ni siquiera a la hora de pretender que sus resoluciones gocen de eficacia extraterritorial²⁴⁰. No cabe duda de que los foros que emplean los tribunales de Estados como California o Nueva York protegen a las víctimas (o sus causahabientes) de los expolios de obras de arte cometidos por los nazis -dicho con otros términos, protegen a la parte que generalmente es más débil (*Schutz der "schwächeren Partei"*)-. Ésta es una de las directrices (*Leitprinzipien*) que deben seguir los foros especiales de competencia. Ahora bien, existen otras directrices que salen malparadas del sistema judicial estadounidense, como la protección del demandado (*Beklagenschutz*) o la previsibilidad de las competencias y la seguridad jurídica (*Vorhersehbarkeit der Zuständigkeiten und Rechtssicherheit*). Éste es uno de los motivos que explican la falta de empatía que ciertos medios sociales y tribunales europeos muestran ante la litigiosidad por bienes culturales del otro lado del Océano Atlántico.

101. Es difícil llegar a la *armonía internacional de soluciones* -es decir, que los litigios sobre obras de arte reciban la misma solución con independencia del cuál sea el Estado al que pertenezcan los tribunales que resuelvan el fondo del asunto (quiénes son los propietarios de las obras de arte litigiosas)-; porque el Derecho es complejo y, aunque se siga una misma metodología jurídica, la perspectiva que se adopte puede ser distinta. En efecto, según la opinión mayoritaria y casi unánime, el Derecho atiende a tres fines: la *justicia*, la *seguridad jurídica* y el *bien común*. Lo que ocurre es que algunos de estos fines pueden colisionar en un caso concreto. Se puede pensar, *ad ex.*, que los auténticos propietarios de los objetos artísticos expoliados son las víctimas que fueron expoliadas (o sus herederos) por mucho tiempo que haya pasado desde que las primeras perdieron sus bienes al verse obligadas a venderlos bajo una coacción irresistible o al ser privadas *manu militari* de ellos. Pero, si esto es así, cabe preguntarse entonces qué queda de la *seguridad jurídica* cuando haya transcurrido mucho tiempo desde que ocurrieron los hechos que condujeron a la privación de la propiedad. Se puede creer que sólo a través de la *restitución* del dibujo, pintura o escultura que se sustrajo se alcanza una *solución justa y equitativa* (*Just and Fair Solution*); pero cabe entonces preguntarse qué quedaría del *proceso legal justo* (*due process of law*), de la posibilidad de que los actuales propietarios de los bienes culturales reivindicados expongan sus razones y ofrezcan soluciones alternativas, compromisos, acuerdos asumibles por ambas partes que quieran conciliar justicia con seguridad jurídica al tiempo que reducen los *daños colaterales*.

102. En un artículo seminal de WILLIAM L. CHARRON, se resaltaba que: “Existe una connotación negativa de que los poseedores de buena fe de supuestas [...] obras de arte robadas por los nazis que

2023). Un desarrollo de estos Principios es la *Terezin Declaration on Holocaust Era Assets and Related Issues* de 30 junio 2009, disponible en <https://2009-2017.state.gov/p/eur/rls/or/126162.htm> (consultado el 1 abril 2023). *Vid., ad ex.*, J. BINDE-NAGEL, Die unvollendete Geschichte von NS-Raubkunst: Zum 20. Jubiläum der *Washington Principles on Nazi-confiscated Art*, en M. WELLER/N.B. KEMLE/T. DREIER (HRSG.), *Handel, Provenienz, Restitution: Tagungsband des Zwölften Heidelberger Kunstrechtstags am 20. und 24. Oktober 2018*, Baden-Baden, Nomos, Wien, facultas, Zürich, St. Gallen, Dike, 2020, pp. 59-72; M. WELLER/A. DEWEY, “Warum ein ‘Restatement of Restitution Rules for Nazi-Confiscated Art’? Das Beispiel ‘Fluchtgut’”, en M. WELLER ET AL. (HRSG.), *Raubkunst und Restitution Zwischen Kolonialzeit und Washington Principles: Tagungsband des Dreizehnten Heidelberger Kunstrechtstags am 18. und 19. Oktober 2019*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, Zürich, St. Gallen, Dike, Wien, facultas, 2020, pp. 61-82.

²³⁹ *Vid.* M. WELLER, “Kollisionsrecht und NS-Raubkunst: U.S. Supreme Court, Entscheidung vom 21. April 2022, 596 U.S. 142 S.Ct. 1502 (2022) – Cassirer et al. / Thyssen-Bornemisza Collection Foundation”, *IPRax*, 2023, 1, pp. 97-100 (p. 97, nota [7]).

²⁴⁰ *Vid., ad ex.*, K. SIEHR, “Das Forum rei sitae in der neuen EuGVO (Art. 7 Nr. 4 EuGVO n.F.) und der internationale Kulturgüterschutz”, en *Festschrift für Dieter Martiny zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, pp. 837-850.

prevalecen en los tribunales son únicamente los beneficiarios de ‘defensas técnicas’, lo que hace que sus juicios sean ‘no equitativos’ e ‘injustos’. Ésa es una denuncia superficial. Los poseedores de buena fe que prevalecen en los tribunales lo hacen porque las leyes pertinentes y sus importantes políticas subyacentes, que en sí mismas no se denuncian como injustas, favorecen sus posiciones [...] el paso de demasiado tiempo y la correspondiente pérdida de evidencia necesaria para probar o refutar razonablemente una pretensión más allá del punto de especulación, hace que un fallo a favor del demandante sea demasiado problemático e injusto desde el punto de vista del procedimiento [...] Las razones políticas detrás de tal decisión pueden no estar de acuerdo con los sentimientos detrás de los Principios de Washington, pero esas razones no son menos importantes y valiosas”²⁴¹.

103. La Historia del Arte remonta sus orígenes a la noche de los tiempos, cuando hace miles de años las pinturas rupestres o los monumentos megalíticos tenían connotaciones mágicas o míticas. Todavía hoy el Arte y, sobre todo los litigios que se relacionan con él provocan *más pasión que análisis racional*. En este ensayo se ha intentado explicar, desde una perspectiva sólo jurídica, cuáles son los patrones que permiten comprender por qué se litiga tanto ante tribunales estadounidenses para obtener la devolución de obras de arte sustraídas a judíos por los nazis y cómo pueden concluir esas controversias. Lamentablemente el Derecho es una ciencia social y no una ciencia exacta: Manejamos, en el mejor de los casos, probabilidades, no certezas. Es menos arduo intuir si *el gato de Schrödinger* seguirá o no en su caja que entrever si el objeto de arte será devuelto. *Only Heaven Knows*.

²⁴¹ WILLIAM L. CHARRON, “Examining the Policy Implications of the *Cassirer* Decision”, *Art Antiquity and Law*, XXIV, 2, July 2019, pp. 167-172 (p. 172).

Las transferencias de datos a través del Metaverso a la luz
de los últimos acuerdos (UE - EE.UU.).
El fenómeno “tú a Londres y yo a California”

Data transfers through the Metaverse in the light of the latest
agreements (EU-US).
The “parent trap” phenomenon

JONATÁN CRUZ ÁNGELES

*Profesor Contratado Doctor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Universidad de Jaén*

ORCID ID: 0000-0002-8648-5525

Recibido: 16.06.2023 / Aceptado: 10.07.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.8056

Resumen: Este artículo realiza un análisis exhaustivo de las transferencias extracomunitarias de datos, vitales para la implementación y gestión del Metaverso, con un enfoque particular en las regulaciones de la Unión Europea y Estados Unidos. Se enfoca en la repercusión de las decisiones jurídicas más cruciales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea respecto a la protección de los datos personales de los ciudadanos europeos en estos espacios virtuales emergentes. Involucra un estudio detallado de la doctrina especializada para determinar si el Acuerdo recientemente revelado entre la Unión Europea y los Estados Unidos, el 10 de julio de 2023, es suficientemente robusto o si, en su defecto, es necesario investigar otras alternativas o medidas que deberían ser consideradas por gigantes tecnológicos como Meta. El objetivo último es dilucidar la extensión real y efectiva de los derechos a la privacidad y la salvaguarda transatlántica de los datos personales en el ámbito digital contemporáneo.

Palabras clave: Metaverso, transferencias transatlánticas de datos, normativa comunitaria, extraterritorialidad, escudo de protección de datos, protección de datos, Estados Unidos.

Abstract: This article conducts a comprehensive analysis of extra-EU data transfers, vital for the implementation and management of the Metaverse, with a particular focus on the regulations of the European Union and the United States. It focuses on the impact of the most crucial legal decisions of the European Court of Justice regarding the protection of European citizens' personal data in these emerging virtual spaces. It involves a detailed study of specialized doctrine to determine whether the recently unveiled Agreement between the EU and the U.S. on July 10, 2023 is sufficiently robust or whether, failing that, other alternatives or measures need to be investigated that should be considered by technology giants such as Meta. The ultimate goal is to elucidate the real and effective extent of privacy rights and transatlantic safeguarding of personal data in the contemporary digital realm.

Keywords: Metaverse, transatlantic data transfers, EU law, extraterritoriality, data protection shield, data protection, United States.

Sumario: I. Introducción. II. Distinguiendo entre “Metaverso” y “metaversos”. III. La protección de la intimidad, la vida privada y la *privacy* en el Metaverso. IV. Las obligaciones comunitarias de

respetar, proteger y cumplir. V. La determinación de la jurisdicción en el Metaverso. 1. La necesidad de cooperación en el Metaverso. 2. La aplicación extraterritorial del Derecho de la Unión Europea. 3. La protección de datos como valor europeo. VI. La recolección (i)lícita de todo tipo de datos. VII. Los acuerdos transatlánticos en materia de protección de datos. VIII. El nuevo Acuerdo Transatlántico de Transferencia de Datos. IX. El Efecto Bruselas y la praxis estadounidense. X. Conclusiones.

I. Introducción

1. En la actualidad (2023), nos encontramos en la cúspide de una nueva era digital: la emergencia del Metaverso¹, un universo paralelo y digital que está moldeando un nuevo tipo de interacción humano-tecnológica². Este fenómeno, caracterizado por su capacidad para trascender las fronteras geográficas y disolver las barreras entre lo virtual y lo físico, ha generado una serie de cuestiones jurídicas y éticas sin precedentes. En particular, ha llevado a un intenso debate sobre la privacidad de los datos y su transferencia entre diferentes jurisdicciones. Este artículo se propone examinar detalladamente esta cuestión, centrándose en el fenómeno de las transferencias transatlánticas de datos en el Metaverso. Para ello, abordamos lo que hemos denominado el fenómeno “Tú a Londres y yo a California”, una metáfora que encapsula la complejidad de las cuestiones jurídicas y éticas que surgen en este entorno digital globalizado³. En este contexto, “Tú a Londres” puede simbolizar la estrategia de ciertas empresas de establecerse en el Reino Unido debido a la ventaja lingüística que representa para operar con la Unión Europea (UE). A pesar del Brexit, muchas empresas eligen el Reino Unido como base europea por el idioma inglés y las conexiones históricas y económicas con el continente, siempre teniendo en cuenta el marco regulatorio de protección de datos de la UE, incluido el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD). Por otro lado, “Yo a California” puede ser visto como una referencia a la perspectiva de los Estados Unidos (EE.UU.), específicamente de Silicon Valley (ubicado en California), donde se encuentran la mayoría de los gigantes tecnológicos. La legislación estadounidense en materia de protección de datos difiere de la de la UE y a menudo es considerada más permisiva en términos de privacidad del usuario⁴. Esta metáfora pone de relieve los desafíos que enfrentan las empresas de tecnología al tratar

¹ G. RIVA/B. K. WIEDERHOLD, “What the metaverse is (really) and why we need to know about it”, *Cyberpsychology, Behavior, and Social Networking*, vol. 25, nº 6, 2022, pp. 355-359. [En línea] Disponible en: <https://doi.org/10.1089/cyber.2022.0124>

² Véanse, *inter alia*, L. ANGELINI, M. MECCELLA, H.N. LIANG, M. CAON, “Towards an emotionally augmented metaverse: a framework for recording and analysing physiological data and user behaviour”. En: *13th Augmented Human International Conference*, 2020. <https://doi.org/10.1145/3532530.3532546>. N. DOZIO, F. MARCOLIN, G. SCURATI, L. ULRICH, F. NONIS, E. VEZZETTI, G. MARSOCOCI, A. LA-ROSA, F. FERRISE, “A design methodology for affective virtual reality”, *International Journal of Human-Computer Studies*, vol. 162, 2022. [En línea] Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.ijhcs.2022.102791>

³ Apriorísticamente, el Metaverso, en tanto que entorno digital globalizado, plantea una serie de desafíos jurídicos y éticos complejos, *inter alia*: (1) Jurisdicción y aplicabilidad del Derecho: uno de los desafíos más significativos en el Metaverso es determinar qué normativas son aplicables en una plataforma que trasciende las fronteras nacionales. Por ejemplo, ¿se aplicaría la normativa de privacidad de datos de la UE a un ciudadano europeo que utiliza un servidor ubicado en EE.UU.? Estas cuestiones pueden ser especialmente complicadas dada la variedad de normativas existentes y la rápida evolución de la tecnología. (2) Protección de datos y privacidad: la UE y EE.UU. tienen enfoques distintos sobre la privacidad y protección de datos. Mientras que la UE ha establecido fuertes medidas de protección de datos con el Reglamento General de Protección de Datos, los EE.UU. carecen de una ley federal equivalente. Esto plantea cuestiones sobre cómo se deben proteger los datos personales en el Metaverso, especialmente cuando los datos cruzan nuestras fronteras. (3) Seguridad cibernética: el Metaverso, al ser una red digital, es vulnerable a los ataques cibernéticos. La protección contra tales amenazas y la atribución de responsabilidad cuando ocurren son cuestiones jurídicas complicadas que aún deben ser plenamente abordadas. (4) Derechos de propiedad intelectual: el Metaverso presenta nuevos desafíos para los derechos de propiedad intelectual, como los derechos de autor y las marcas comerciales. ¿Cómo se aplican estas normativas a los contenidos creados y compartidos en un espacio virtual global? (5) Ética y equidad: más allá de las cuestiones puramente jurídicas, el Metaverso también plantea cuestiones éticas. ¿Cómo se garantiza que este nuevo espacio digital sea inclusivo y accesible para todos, independientemente de su ubicación geográfica o nivel socioeconómico? ¿Cómo se abordan los problemas de sesgo y discriminación que pueden surgir con el uso de algoritmos e Inteligencia Artificial? La solución a estos desafíos requiere un enfoque holístico y colaborativo que incluya la cooperación internacional y la participación de diversas partes interesadas, incluidos los gobiernos y los principales *stakeholders* implicados, es decir, las empresas tecnológicas y los ciudadanos. La complejidad de estas cuestiones subraya la necesidad de un marco jurídico y ético sólido para guiar el desarrollo y uso del Metaverso.

⁴ C.J. BENNETT, *Regulating Privacy: Data Protection and Public Policy in Europe and the United States*, Cornell University Press, 1992.

de operar entre estas dos jurisdicciones con regulaciones tan distintas. Este asunto es particularmente relevante en el Metaverso, donde la ubicación de los servidores y la transferencia de datos pueden resultar ambiguas debido a la naturaleza virtual y globalizada de este espacio. La falta de concordancia y armonización entre ambos ordenamientos jurídicos genera una inseguridad jurídica que puede obstaculizar el desarrollo y la expansión segura del Metaverso.

2. El presente estudio aspira a desentrañar y examinar los desafíos intrínsecos a la protección de datos en el Metaverso, enfocándose particularmente en las transferencias de datos entre la UE y los EE.UU. Para ello, nuestra investigación sigue un hilo argumentativo que empieza conceptualizando el Metaverso, esclareciendo sus características esenciales y su relación con la privacidad y la identidad virtual⁵. Además, profundizamos en las obligaciones y responsabilidades que surgen del marco legal europeo. Se indaga en los preceptos comunitarios de respeto, protección y cumplimiento, y cómo estos se aplican y adaptan al dinámico y, a menudo, nebuloso terreno del Metaverso. Parte de este análisis se centra en cómo la UE valora y protege los datos personales como un bien o un derecho fundamental⁶. La investigación avanza hacia una consideración detallada de los problemas de jurisdicción en el Metaverso⁷. Al tratarse de un entorno digital que trasciende fronteras geográficas, es crucial explorar la necesidad de cooperación global en la gobernanza del Metaverso y examinar la aplicabilidad extraterritorial del Derecho de la UE⁸. Finalmente, se analiza en profundidad la recolección de datos en el Metaverso, un asunto de creciente preocupación. Este análisis incluye tanto la recopilación legítima como ilegítima de datos, destacando las responsabilidades de las entidades que operan en el Metaverso y las posibles soluciones para mejorar la protección de los usuarios.

3. En una segunda parte de nuestra investigación, se hará un análisis exhaustivo de los acuerdos transatlánticos en materia de protección de datos, prestando especial atención al nuevo Acuerdo Transatlántico de Transferencia de Datos. Este acuerdo representa un hito importante en el desarrollo de un marco legal para las transferencias de datos transatlánticas y su análisis proporcionará una visión valiosa de las perspectivas futuras en este ámbito. Finalmente, reflexionaremos sobre el llamado “Efecto Bruselas” y cómo la práctica estadounidense puede ser influenciada o ajustada en función de los desarrollos legales europeos. Este análisis crítico buscará iluminar las tensiones y oportunidades que surgen de este diálogo transatlántico en torno a la protección de datos. En suma, el presente estudio se propone como una contribución vital al discurso jurídico en torno a la protección de datos en el Metaverso. Mediante un análisis exhaustivo y riguroso, se espera que este trabajo sirva como un recurso valioso para los legisladores, profesionales del Derecho y la tecnología, así como para cualquier persona, lego en Derecho, interesada en comprender las implicaciones legales y éticas de este nuevo universo digital.

II. Distinguiendo entre “Metaverso” y “metaversos”

4. La emergencia y popularización de los espacios digitales interactivos ha propiciado la aparición del concepto de Metaverso. Para disipar cualquier confusión que pueda surgir de las distintas interpretaciones de este término, resulta crucial hacer una distinción entre “Metaverso” y “metaversos”. Esta diferenciación es especialmente relevante en discusiones académicas y jurídicas donde los matices son fundamentales. Cuando nos referimos al “Metaverso”, con M mayúscula, aludimos a la idea global

⁵ R. DI-PIETRO/ S. CRESCI, “Metaverse: security and privacy issues”, en *3rd IEEE International Conference on Trust, Privacy and Security in Intelligent Systems and Applications*, TPS-ISA 2021, 2021, pp. 281-288. [En línea] Disponible en: <https://doi.org/10.1109/TPSISA52974.2021.0003>

⁶ G.G. FUSTER, *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU*, Springer, 2014.

⁷ Véanse, *inter alia*, U. KOHL, *Jurisdiction and the Internet: Regulatory Competence over Online Activity*, Cambridge University Press, 2007. U. KOHL, “Jurisdiction in Cyberspace”, en N. TSAGOURIAS, R. BUCHAN (eds), *Research Handbook on International Law and Cyberspace*, Edward Elgar Publishing, 2015.

⁸ F. BIGNAMI/ G. RESTA, “Human Rights Extraterritoriality: The Right to Privacy and National Security Surveillance”, en E. BENVENISTI, G. NOLTE (eds.), *Community Interests across International Law*, Oxford University Press, 2018.

de un universo digital completamente integrado. Este Metaverso engloba la totalidad de los espacios digitales interactivos, las redes sociales⁹, los videojuegos¹⁰ y otras manifestaciones de realidad virtual y aumentada. En este sentido, el Metaverso puede ser entendido como una red o sistema digital global. Éste representa una versión de Internet tridimensional e inmersiva que trasciende las fronteras de las aplicaciones y plataformas individuales, abarcando una integración de todas las formas de realidad, desde la física hasta la virtual y la aumentada. Por otro lado, el término “metaversos”, con m minúscula, se utiliza para referirse a los mundos digitales individuales o plataformas que existen dentro del marco más amplio del Metaverso. Cada uno de estos metaversos, aunque forma parte de la estructura mayor del Metaverso, posee sus propias características y reglas únicas. Así las cosas, los metaversos son espacios virtuales de interacción que, a pesar de estar interconectados, mantienen sus propias particularidades y rasgos diferenciadores. Éstos pueden abarcar desde juegos de realidad virtual y entornos laborales virtuales hasta redes sociales específicas y mundos digitales personalizados. Conceptualmente, es vital entender que tanto el Metaverso como los metaversos que lo componen son entidades dinámicas y en constante cambio, moldeadas tanto por las tecnologías que las posibilitan como por las interacciones y comportamientos de los usuarios que las habitan. De esta manera, los metaversos son tanto un producto de la tecnología como de la cultura, y la tensión entre estos dos factores puede dar lugar a una diversidad de experiencias y contextos.

5. En estos nuevos mundos virtuales, en tanto que juristas, el estudio de la privacidad y el reconocimiento de la identidad virtual en el contexto del Metaverso y los metaversos que lo constituyen supone un desafío particular. La proliferación de datos personales y la creciente integración de las identidades *on line* y *off line* nos obligan a reevaluar nuestras nociones tradicionales de privacidad. En este sentido, las obras de autoras como JULIE E. COHEN y HELEN NISSENBAUM ofrecen ideas muy útiles. COHEN propone que la privacidad en el entorno digital debe enfocarse en preservar “espacios de reserva” para la autonomía personal y la construcción del yo¹¹. Por otra parte, NISSENBAUM sostiene que la privacidad debería garantizar un uso adecuado de la información personal según el contexto en el que se recolecta, una teoría conocida como “privacidad contextual”¹². Además, el reconocimiento de la identidad virtual, como destaca SHERRY TURKLE, se vuelve crucial en el Metaverso y los metaversos¹³. La posibilidad de adoptar varias identidades y expresarse de maneras innovadoras y fluidas genera preguntas sobre el reconocimiento y la protección legal de estas identidades. El planteamiento de este tipo de cuestiones

⁹ S. KRAUS, D. K. KANBACH, P. M. KRZYSTA, M. STEINHOFF, N. TOMINI, “Facebook and the creation of the metaverse: radical business model innovation or incremental transformation?”, *International Journal of Entrepreneurial Behaviour and Research*, vol. 28, n° 9, 2022, pp. 52-77. [En línea] Disponible en: <https://doi.org/10.1108/IJEBr-12-2021-0984>

¹⁰ J. HAN, J. HEO, E. YOU, “Analysis of metaverse platform as a new play culture: focusing on Roblox and Zepeto”, en *CEUR Workshop Proceedings*, 3026 (Computing4Human 2021), 2021, pp. 27-36. [En línea] Disponible en: <https://pesquisa.bvsalud.org/global-literature-on-novel-coronavirus-2019-ncov/resource/pt/covidwho-1589569>

¹¹ En su obra, JULIE E. COHEN proporciona una valiosa contribución al debate sobre la privacidad en el entorno digital. COHEN aboga por la protección de los “espacios de reserva” que permiten la autonomía personal y la construcción de la identidad. Esta visión entiende la privacidad no sólo como un derecho a ocultar información, sino como un componente esencial del desarrollo y la autodeterminación individual en un mundo cada vez más interconectado. La capacidad de controlar el acceso a estos espacios, así como la capacidad de definir y moldear la identidad personal en el Metaverso, son considerados por COHEN como aspectos esenciales de la privacidad digital. Véase J.E. COHEN, *Configuring the Networked Self: Law, Code, and the Play of Everyday Practice*, Yale University Press, 2012.

¹² HELEN NISSENBAUM plantea la teoría de la “privacidad contextual”. Según NISSENBAUM, la privacidad no puede ser vista de manera absoluta, sino que su alcance y protección dependen del contexto específico en el que la información personal se recoge y utiliza. Este enfoque enfatiza la importancia de considerar las normas sociales, las expectativas y los roles específicos de cada contexto al evaluar si el uso de la información personal es apropiado o no. La privacidad contextual se convierte en una herramienta relevante en el Metaverso, donde diferentes metaversos pueden tener diferentes normas y expectativas sobre la privacidad. Véase H. NISSENBAUM, *Privacy in Context: Technology, Policy, and the Integrity of Social Life*, Stanford University Press, 2009.

¹³ SHERRY TURKLE hace hincapié en la importancia del reconocimiento de la identidad virtual en los entornos digitales. Para TURKLE, la posibilidad de adoptar varias identidades y expresarse de maneras innovadoras y fluidas en el Metaverso genera preguntas sobre el reconocimiento y la protección legal de estas identidades. Las implicaciones de esta capacidad de cambio de identidad en el entorno virtual van más allá de la mera privacidad, alcanzando cuestiones de autenticidad, responsabilidad y derechos individuales. Véase S. TURKLE, *Life on the Screen: Identity in the Age of the Internet*, Simon & Schuster, 1999.

requiere de un estudio más profundo sobre la (de)construcción de la *privacy* estadounidense, así como de la concepción europea del derecho a la protección de datos en espacios virtuales y será el tema principal que abordaremos en la siguiente sección de este trabajo.

III. La protección de la intimidad, la vida privada y la *privacy* en el Metaverso

6. La incursión en la era digital, reforzada por el surgimiento del Metaverso, ha infundido un nuevo significado al reconocimiento y protección del derecho a la privacidad y a la vida privada¹⁴. La expansión tecnológica, desde la aparición de Internet hasta el auge del Metaverso, en tanto que universo virtual que interconecta múltiples espacios digitales¹⁵, ha propiciado la recopilación, almacenamiento, análisis y comercialización de enormes volúmenes de datos personales¹⁶. Este nuevo contexto añade un nivel extra de complejidad, albergando no sólo datos personales, sino también avatares e interacciones virtuales, incitando a la reevaluación de la definición de “privacidad” en una sociedad crecientemente digitalizada y virtual.

7. El análisis digital de la vida de una persona, que se extiende ahora al Metaverso, ha planteado preocupaciones globales acerca de la necesidad de adaptar nuestro marco jurídico comunitario a estos escenarios digitales y meta-digitales¹⁷. La evolución del derecho a la protección de la intimidad, vida privada y privacidad, tanto en la realidad física como en el Metaverso, es un proceso prolongado y complejo que involucra numerosos tratados internacionales, los cuales estudiaremos a continuación.

8. El primer hito en esta evolución es el artículo V de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que inspiró la redacción del artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948¹⁸. Estos artículos, aunque no detallan cómo se deberían proteger estos derechos, establecen que “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia”, marcando el comienzo de la privacidad como un derecho humano.

9. Posteriormente, en 1950, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) consagra en su artículo 8 el derecho al respeto de la vida privada y familiar, del domicilio y de la correspondencia¹⁹.

¹⁴ R. LEENES, “Privacy in the metaverse: regulating a complex social construct in a virtual world”, en *IFIP International Federation for Information Processing*, vol. 262, 2008, pp. 95-112. [En línea] Disponible en: https://doi.org/10.1007/978-0-387-79026-8_7

¹⁵ W.J. AU, “Taking new world notes: an embedded journalist’s rough guide to reporting from inside the Internet’s next evolution”, *First Monday*, 2005. <https://doi.org/10.5210/fm.v0i0.1562>

¹⁶ F. H. CATE, “The Changing Face of Privacy Protection in the European Union and the United States”, *Indiana Law Review*, vol. 33, nº 1, 1999, p. 173.

¹⁷ Para un estudio más detallado sobre la regulación intracomunitaria aplicable al Metaverso, *vid.* J. CRUZ ÁNGELES, “Los guardianes de acceso al Metaverso. (Re)pensando el Derecho de la competencia de la Unión Europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 15, nº 1, 2023, pp. 275-296; y también J. CRUZ ÁNGELES, “Las obligaciones jurídico-comunitarias de las grandes plataformas proveedoras de servicios digitales en la era del Metaverso”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, nº 2, 2022, pp. 294-318.

¹⁸ La Declaración Universal de Derechos Humanos fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 en París. Esta declaración establece, en 30 artículos, los derechos humanos fundamentales que deben protegerse a nivel mundial. El artículo 12 específicamente se refiere al derecho a la privacidad. Aunque no es un tratado legalmente vinculante, ha inspirado una serie de tratados internacionales de derechos humanos, legislaciones nacionales y constituciones en todo el mundo.

¹⁹ Originalmente, en 1950, el CEDH consagró en su artículo 8 el derecho al respeto de la vida privada y familiar, del domicilio y de la correspondencia. Este marco normativo, en su momento, establecía restricciones a este derecho sólo en situaciones específicas y en la medida que fuera necesario en una sociedad democrática. Sin embargo, cabe destacar que, cuando el legislador redactó el artículo 8, probablemente no contempló su aplicación a las complejidades y problemáticas contemporáneas que emergen con los desarrollos tecnológicos y digitales en nuestro mundo actual. La interpretación y aplicación del artículo, tal como fue redactado en aquel entonces, puede parecer limitada en su alcance frente a los desafíos actuales. A pesar de esto, gracias a la labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), como máximo intérprete del Convenio, ha habido un esfuerzo por contextualizar y adaptar el espíritu de este artículo a las necesidades contemporáneas. La interpretación dinámica y

Este Convenio establece un marco para la restricción de este derecho en situaciones específicas y en la medida que sea necesario en una sociedad democrática.

10. El artículo 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en 1966²⁰ y el artículo 11(2) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en 1969 reafirman la importancia de la privacidad y prohíben las interferencias arbitrarias o ilegales en la privacidad, la familia, el hogar y la correspondencia, así como los ataques ilegales a la honra y la reputación²¹.

11. El último cuarto del siglo XX vio un cambio significativo en cómo se manejan los datos personales. Se desarrollaron regulaciones de protección de datos en Europa y EE.UU., como las Prácticas Justas de Información (FIPPs) establecidas en 1973 por el Departamento de Salud, Educación y Bienestar (DHEW) de los EE.UU. Estos principios influenciaron normativas emergentes de protección de datos en todo el mundo y se convirtieron en la inspiración para los principios de protección de datos de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en 1980²².

12. El Convenio 108 del Consejo de Europa en 1981 se convirtió en el primer instrumento internacional legalmente vinculante en el campo de la protección de datos²³, y en el año 2000, la Carta de Derechos Fundamentales de la UE añadió protecciones adicionales para la privacidad y los datos personales²⁴.

13. A medida que avanzaba el siglo XXI, el Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE) en 2007 reconoció explícitamente la protección de los datos personales como un derecho fundamental, reflejando la creciente importancia de este tema en el contexto digital. Además, la Directiva de Protección de Datos de la UE, oficialmente conocida como Directiva 95/46/CE, fue otro hito importante en

progresiva del TEDH, a la luz de las realidades de nuestro tiempo, ha permitido que el artículo 8 siga siendo una norma efectiva y relevante para la protección de los derechos humanos en el contexto actual.

²⁰ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, garantiza el derecho a la privacidad en su artículo 17.1. Para activar la protección de esta cláusula, los Estados Parte deben presentar informes periódicos sobre su implementación al Comité de Derechos Humanos de la ONU. Además, los individuos que consideren que han sufrido violaciones de su derecho a la privacidad pueden presentar comunicaciones individuales al Comité después de agotar los recursos internos disponibles en su país.

²¹ La Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como el Pacto de San José, adoptada el 22 de noviembre de 1969, prohíbe las interferencias arbitrarias o abusivas en la vida privada, la familia, el hogar y la correspondencia en su artículo 11(2). Para garantizar el cumplimiento de esta cláusula, los Estados Parte deben presentar informes periódicos sobre su implementación a la Comisión y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Además, los individuos que consideren que han sufrido violaciones de su derecho a la privacidad pueden presentar peticiones individuales, conocidas como “casos”, ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos después de agotar los recursos internos disponibles en su país. En algunos casos, las decisiones de la Comisión pueden ser llevadas ante la Corte Interamericana para su revisión y emisión de un fallo o sentencia vinculante.

²² Los principios de protección de datos de la OCDE se basan en una serie de valores fundamentales que deben tenerse en cuenta al tratar de datos personales. Estos principios son los siguientes: (1) limitación de la recopilación de datos, (2) calidad de los datos, (3) propósito específico, (4) consentimiento, (5) seguridad de los datos, (6) transparencia, (7) acceso y corrección y (8) responsabilidad. Estos principios han sido ampliamente adoptados en todo el mundo y han sentado las bases para el desarrollo de distintas normativas tanto nacionales como internacionales. La OCDE ha desempeñado un papel fundamental en la promoción de la privacidad y la protección de datos como derechos fundamentales en la era digital.

²³ El Convenio 108 del Consejo de Europa, adoptado en 1981, es un tratado que protege los derechos fundamentales de las personas en relación con el procesamiento automatizado de datos personales. Establece principios como la limitación de la recopilación de datos, el consentimiento informado, el acceso y corrección de datos y la seguridad de la información. Destaca por su enfoque en la cooperación internacional y ha sido complementado por otras normativas, como el RGPD.

²⁴ La Carta de Derechos Fundamentales de la UE garantiza una sólida protección a la privacidad y los datos personales en sus artículos 7 y 8. El artículo 7 protege el derecho al respeto de la vida privada y familiar, mientras que el artículo 8 garantiza el derecho a la protección de los datos personales. Estos preceptos establecen que los datos deben ser tratados de manera justa y transparente, y que las personas tienen derecho a acceder, corregir y eliminar sus datos. La Carta no sólo protege los derechos individuales, sino que también impone obligaciones a los Estados y las instituciones de la UE para respetar y proteger la privacidad y los datos personales de las personas (A. MANGAS MARTÍN (dir), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, 2009).

la evolución del derecho a la privacidad y la protección de datos personales²⁵. Adoptada en 1995, esta Directiva fue la primera iniciativa importante de la UE para regular la protección de datos personales. Aseguró que todos los Estados miembros de la UE tuvieran legislación similar en relación a la protección de datos para prevenir la interrupción del flujo de información personal intra y extracomunitaria. La Directiva 95/46/CE se centró en la protección de los individuos en relación con el procesamiento de datos personales y trató la libre circulación de tales datos. Estableció reglas claras y detalladas sobre la transparencia, el consentimiento legítimo, los derechos de acceso, rectificación y objeción, así como sobre las transferencias de datos a terceros países. Sin embargo, dado el rápido desarrollo de las tecnologías de la información y la digitalización, la Directiva 95/46/CE se volvió cada vez menos adecuada para manejar los desafíos emergentes en el campo de la protección de datos²⁶. Esto llevó al desarrollo y adopción del RGPD en 2016, que abroga la Directiva 95/46/CE y establece un nuevo marco para la protección de datos en la UE²⁷. En su artículo 4(1), este Reglamento define qué podemos considerar como un dato personal y establece reglas claras y estrictas sobre su procesamiento. Además, este instrumento proporciona un alto nivel de protección de los datos personales y otorga a los individuos un mayor control sobre sus propios datos.

14. Consideramos que el concepto de intimidad, vida privada y privacidad, aunque a menudo se utilizan de manera intercambiable, poseen matices distintos tanto en el ordenamiento jurídico comunitario, es decir, la UE, como en el estadounidense. Empezando por la intimidad, este término abarca los aspectos más personales e íntimos de la vida de un individuo, que incluyen su vida sexual, salud física y mental, y su vida familiar. En la UE, el derecho a la intimidad está resguardado bajo varios instrumentos legales, incluyendo la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. En cambio, en los EE.UU., el derecho a la intimidad está menos claramente definido en la normativa federal²⁸, aunque sí existen leyes específicas en algunos Estados que protegen este derecho²⁹, así como normativas sectoriales específicas³⁰.

²⁵ Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Texto íntegro disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex%3A31995L0046>

²⁶ G. G. FUSTER, *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU*, Springer, 2014.

²⁷ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (RGPD). Texto íntegro disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>

²⁸ Aunque la Constitución de los EE.UU. no menciona explícitamente el derecho a la privacidad, la Corte Suprema ha interpretado la protección de la intimidad a partir de varias enmiendas, en casos famosos como *Griswold v. Connecticut* (1965), donde se defendió el uso de anticonceptivos en el matrimonio, y *Roe v. Wade* (1973), que resguardó el derecho de una mujer a tomar decisiones sobre su propio cuerpo, incluyendo la decisión de abortar. Sin embargo, estas interpretaciones pueden ser y han sido objeto de intenso debate y revisión (G. NOLTE, "European and US Constitutionalism: Comparing Essential Elements" en G. NOLTE (ed), *European and US Constitutionalism*, Cambridge University Press, 2005).

²⁹ La Constitución de California es única en su explícita inclusión del derecho a la privacidad entre sus disposiciones. En 1972, los votantes de California aprobaron una enmienda (conocida como Proposición 11) que añadió el derecho a la privacidad a la Declaración de Derechos de la Constitución del Estado. El Artículo 1, Sección 1 de la Constitución de California establece: "Todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Tienen derecho a la protección de la Ley y, como consecuencia de ello, tienen derecho a obtener seguridad, felicidad y privacidad." Este derecho a la privacidad protege a los ciudadanos de California contra invasiones no deseadas a su privacidad por parte del Gobierno, pero también de las empresas privadas. Ha sido interpretado para abarcar una variedad de temas, incluyendo la no divulgación de información personal y la autonomía personal. Ha permitido a los residentes de California desafiar las prácticas de recopilación de datos de las grandes empresas tecnológicas y otras formas de intrusión en la privacidad por parte de empresas privadas. En este sentido, vid. D. A. CARRILLO, S. M. DUVERNAY, R. E. RIVERA AQUINO, B. V. STRACENER, "California Constitutional Law: Privacy", *San Diego Law Review*, vol. 59, n° 119, 2022; y también C. KELSO, "California's Constitutional Right to Privacy", *Pepperdine Law Review*, vol. 19, n° 2, 1992.

³⁰ Por ejemplo, la Ley HIPAA regula los datos de salud, la Ley FERPA protege los datos de los estudiantes y la Ley COPPA regula la recopilación de datos de los menores en línea. Además, el principio de consentimiento, que es fundamental en la normativa europea, se interpreta y aplica de manera diferente en los EE.UU. Mientras que el RGPD exige un consentimiento claro y afirmativo, en los EE. UU., en muchos casos, las empresas pueden recopilar y utilizar datos a menos que los individuos se opongan explícitamente. Para profundizar en la cuestión, se recomienda E. SCHWEIGHOFER, "Principles for US-EU Data Flow Arrangements" en D.J.B. SVANTESSON, D. KLOZA (eds), *Trans-Atlantic Data Privacy Relations as a Challenge for Democracy*, Intersentia, 2017.

Por otro lado, la vida privada engloba una esfera más amplia de la vida de un individuo. Aunque incluye la intimidad, también abarca otras áreas de la vida personal y social que una persona puede decidir mantener fuera del ámbito público. En el sistema europeo, este aspecto de la vida privada es protegido bajo el Artículo 8 del CEDH³¹. En EE.UU., la protección de la vida privada es menos explícita. Sin embargo, la Cuarta Enmienda de la Constitución protege a las personas contra búsquedas y confiscaciones no razonables, interpretándose esto como una forma de protección de la vida privada³². Por último, el concepto de privacidad posee un alcance aún más amplio, y en el contexto moderno suele referirse a la protección de los datos personales y la información privada. En este sentido, la UE ha promovido una protección intensiva de la privacidad de los datos mediante su normativa, como es el caso del RGPD. En los EE.UU., la privacidad de los datos está protegida de manera fragmentada, dependiendo del tipo de datos y del Estado en cuestión, y actualmente (2023) no existe una normativa federal integral en materia de privacidad de datos³³.

15. Estos tres conceptos, intimidad, vida privada y privacidad, si bien tienen áreas de superposición, mantienen un enfoque ligeramente diferente entre sí. La intimidad se refiere a los aspectos más personales y delicados de la vida de un individuo. Aquí se agrupan aquellos aspectos de nuestra existencia que elegimos compartir únicamente con personas de nuestro círculo más cercano, como nuestra salud física y mental, nuestras relaciones familiares y amorosas, o nuestros pensamientos y emociones más profundos. Por otra parte, la vida privada se despliega en un espectro más amplio, abarcando no sólo la intimidad, sino también otras dimensiones de nuestra vida personal y social que preferimos mantener al margen del escrutinio público. Esto puede incluir la dirección de nuestro domicilio, el colegio al que van nuestros hijos, o nuestras preferencias políticas y religiosas, *inter alia*. Aquí se sitúan todas aquellas elecciones que hacemos en nuestro día a día y que, aunque no sean necesariamente íntimas, no por ello deseamos que sean de dominio público. Por último, la privacidad se refiere más directamente a la protección de nuestros datos personales e información privada. En una era en la que la mayoría de nuestras interacciones ocurren a través de plataformas digitales, la privacidad se ha convertido en un asunto de vital importancia. Todos nuestros movimientos *online* dejan un rastro de datos que, sin las adecuadas medidas de seguridad, podrían ser utilizados de manera indebida³⁴.

16. Con la aparición del Metaverso, estas cuestiones de intimidad, vida privada y privacidad adquieren una nueva dimensión³⁵. El Metaverso, entendido como un universo digital paralelo e interactivo en el que los usuarios pueden comunicarse en tiempo real a través de representaciones digitales de sí mismos o avatares, nos enfrenta a desafíos inéditos en la protección de estos derechos. En este escenario innovador, no sólo se ponen en riesgo nuestros datos e información personal, sino que también se expone nuestra identidad digital. Este concepto se refiere a la representación en línea de un individuo, incluyendo tanto datos personales como los elementos que definen su personalidad en el espacio digital, como los gustos, las opiniones y los comportamientos. Además, las interacciones y relaciones

³¹ J. AKANDJI-KOMBE, *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights: A Guide to the Implementation of the ECHR*, Consejo de Europa, 2007.

³² La Cuarta Enmienda de la Constitución de los EE.UU. establece lo siguiente: “El derecho de los habitantes de que su personas, casas, documentos y propiedades estén libres de búsquedas y confiscaciones irrazonables no será vulnerado, y no se expedirán órdenes sino con causa probable respaldada por juramento o afirmación, y describiendo particularmente el lugar a ser registrado, y las personas o cosas a ser confiscadas.” Esta enmienda es fundamental en el marco legal estadounidense porque protege a los ciudadanos contra la intrusión del Gobierno en su vida privada sin una razón válida. Aunque no menciona explícitamente la “privacidad”, ha sido interpretada por la Corte Suprema de los EE.UU. en diversas ocasiones como una protección contra las invasiones de la privacidad. Esta enmienda requiere que cualquier orden de búsqueda o arresto esté respaldada por una “causa probable”, y limita las búsquedas y confiscaciones a lo que se especifica en la orden (T. P. CROCKER, “The Fourth Amendment at Home”, *Indiana Law Journal*, vol. 96, nº 1, 2020).

³³ Véanse, *inter alia*, D. J. GLANCY, “The Invention of the Right to Privacy”, *Arizona Law Review*, vol. 21, 1979. K.A. BAMBERGER, D.K. MULLIGAN, *Privacy on the Ground: Driving Corporate Behavior in the US and Europe*, MIT Press, 2015.

³⁴ B. FALCHUK, S. LOEB, R. NEFF, “The social metaverse: battle for privacy”, *IEEE Technology and Society Magazine*, vol. 37, nº 2, 2018, pp. 52-61. [En línea] Disponible en: <https://doi.org/10.1109/MTS.2018.2826060>

³⁵ D. BANISAR, S. DAVIES, “Global Trends in Privacy Protection: An International Survey of Privacy, Data Protection, and Surveillance Law and Developments”, *John Marshall Journal of Computer and Information Law*, vol. 18, nº 1, 1999, p. 1.

virtuales también cobran una nueva importancia. Éstas se refieren a las conexiones y comunicaciones que los usuarios establecen en el espacio virtual, que pueden tener un impacto significativo en su vida *offline*. Las interacciones pueden incluir desde las conversaciones y actividades compartidas hasta las relaciones personales y profesionales que se forman en el Metaverso. Asimismo, nuestras actividades dentro de este espacio digital, que pueden abarcar desde la participación en eventos virtuales, la creación y comercio de bienes digitales, hasta la exploración y personalización de los propios espacios virtuales, también están expuestas. Por todo ello, es esencial que los creadores del Metaverso, los legisladores y los defensores de los derechos humanos colaboren para asegurar que la normativa en materia de protección de datos se respete, proteja y cumpla. Con esta visión en mente, en el próximo apartado, trataremos de identificar los desafíos y oportunidades que este nuevo entorno digital presenta y proponer soluciones eficaces y eficientes para garantizar el respeto de estos derechos fundamentales.

IV. Las obligaciones comunitarias de respetar, proteger y cumplir

17. La Segunda Guerra Mundial y el uso de datos contra determinados colectivos han dejado una profunda huella en la configuración del Derecho Comunitario y el ordenamiento jurídico estadounidense. Estos eventos históricos han influido en cómo se abordan cuestiones relacionadas con la libertad de expresión y la protección de los derechos individuales en ambos sistemas legales³⁶.

18. En el contexto de la Segunda Guerra Mundial, diversos regímenes totalitarios utilizaron la recopilación y el análisis de datos para perseguir y reprimir a grupos específicos de la sociedad. El uso sistemático de información personal permitió la identificación y discriminación de personas en función de su origen étnico, religión u otras características. Estas prácticas atroces llevaron a una creciente conciencia sobre la importancia de salvaguardar los derechos fundamentales de las personas y prevenir futuros abusos³⁷.

19. A nivel europeo, la experiencia de la Segunda Guerra Mundial impulsó la creación del Consejo de Europa y de la UE y la adopción de una serie de instrumentos legales destinados a promover la paz, la estabilidad y la protección de los derechos humanos en la región³⁸. El CEDH, por ejemplo, establece un marco jurídico sólido para garantizar los derechos individuales, incluido el derecho a la libertad de expresión. Sin embargo, el enfoque comunitario también se caracteriza por la necesidad de equilibrar estos derechos con otros valores fundamentales, como la seguridad y el respeto a la dignidad humana.

20. Por otro lado, el Metaverso es un concepto emergente y de origen estadounidense que se refiere a un entorno virtual compartido, donde las personas pueden interactuar entre sí y con elementos digitales. A medida que el Metaverso se desarrolla, surgen cuestiones legales relacionadas con la libre expresión y los derechos individuales. En este contexto, no podemos pasar por alto que el ordenamiento jurídico norteamericano, basado en gran medida en la Constitución de los EE.UU., incluye en su primera enmienda la protección del derecho a la libre expresión. La tradición liberal, individualista y capitalista que ha moldeado la sociedad estadounidense también tendrá implicaciones en el Metaverso, ya que se espera que los principios de libertad de expresión y protección individual sean tenidos en cuenta en el

³⁶ E.R. ALO, "EU Privacy Protection: A Step towards Global Privacy", *Michigan State International Law Review*, vol. 22, 2014, p. 1095.

³⁷ Durante la Segunda Guerra Mundial, los regímenes fascistas utilizaron datos personales para perseguir y dañar a colectivos específicos. Estos regímenes recopilaban información personal a través de (1) sistemas de registro y clasificación, (2) tarjetas de identificación obligatorias, (3) censos y registros demográficos, así como (4) mediante el uso de informantes y colaboradores. Esta información se utilizaba para identificar a personas pertenecientes a grupos considerados indeseables, como judíos y disidentes políticos, y promover la discriminación y la represión. La utilización de datos personales con fines opresivos y discriminatorios durante ese período oscuro de la Historia es un recordatorio de la importancia de proteger la privacidad y los derechos individuales en la actualidad.

³⁸ Sobre este tema, vid. A. SAARENPAÄ, "Europa y la protección de los datos personales", *Revista Chilena de Derecho Informativo*, n° 3, 2003, p. 21.

desarrollo de políticas y códigos de conducta en este entorno virtual. Así las cosas, todo parece apuntar a que, apriorísticamente, partimos del reconocimiento, en estos espacios, del derecho a la *privacy*, como “el derecho a que nos dejen en paz”³⁹.

21. No obstante, la Historia de los EE.UU. de América también ha mostrado cómo el uso indebido de datos y la violación de los derechos individuales pueden tener consecuencias catastróficas. Un ejemplo destacado es el programa de vigilancia masiva llevado a cabo por la Agencia de Seguridad Nacional (NSA) revelado por Edward Snowden en 2013⁴⁰. Esta revelación generó un debate sobre la necesidad de equilibrar la seguridad nacional con la protección de la privacidad y los derechos individuales. En respuesta a estas preocupaciones, como veremos en los próximos apartados, los Estados miembros de la UE han adoptado un enfoque más sólido en la protección de datos personales, especialmente en relación con el Derecho Comunitario establecido por el RGPD⁴¹.

22. Como punto inicial en este ejercicio de equilibrio de intereses, derechos y valores en lo relativo a la normativa aplicable en el Metaverso, partimos de la premisa de que los Estados miembros de la UE tienen una serie de responsabilidades bajo el Derecho Comunitario en la protección de datos, en particular de acuerdo con el RGPD y su aplicabilidad en estos mundos virtuales. Estas obligaciones se pueden categorizar en tres áreas: respetar, proteger y cumplir⁴². Primordialmente, los Estados miembros tienen el deber de respetar el RGPD en el contexto del Metaverso. Esto significa que deben abstenerse de interferir con los derechos de protección de datos de los usuarios del Metaverso y asegurar que su legislación nacional esté en línea con las directrices del RGPD. En este marco, la adaptación y aplicación del RGPD en el entorno del Metaverso puede necesitar la revisión y modificación de la normativa existente para crear nuevas categorías de datos, además de la adopción de normativas sectoriales específicas y/o acuerdos con terceros Estados que desarrollen la normativa existente, para garantizar su cumplimiento efectivo. Pues, en definitiva, es importante enfatizar que, aunque los Estados miembros tienen estas responsabilidades en virtud del RGPD, en principio, no poseen la autoridad para imponer directamente estas obligaciones a terceros Estados en relación con el Metaverso. Si bien pueden impulsar y promover la adopción de estándares de protección de datos similares en otros países con presencia en el Metaverso, no tienen la facultad de obligar a esos países a cumplir con lo dispuesto en el Reglamento⁴³.

³⁹ M. MILANOVIC, “Human Rights Treaties and Foreign Surveillance: Privacy in the Digital Age”, *Harvard International Law Journal*, vol. 56, n.º 1, 2015, p. 81.

⁴⁰ En 2013, Edward Snowden, un ex contratista de la Agencia de Seguridad Nacional (NSA) de EE.UU., desató uno de los mayores escándalos de vigilancia y protección de datos en la historia contemporánea. Snowden filtró una gran cantidad de información clasificada que reveló la existencia de programas de vigilancia masiva llevados a cabo por la NSA y otras agencias de inteligencia. Estas revelaciones impactaron profundamente en la percepción de la privacidad y los derechos individuales. Snowden filtró documentos que detallaban programas como el PRISM, que permitía a la NSA acceder a datos almacenados en compañías tecnológicas líderes, y el programa de recolección de metadatos de llamadas telefónicas, que recopilaba información sobre las comunicaciones de millones de ciudadanos estadounidenses. Estas revelaciones generaron preocupación y debate sobre la extensión de la vigilancia gubernamental y sus implicaciones para la privacidad. Tras filtrar los documentos, Snowden huyó de EE.UU. y buscó asilo en diferentes países. Inicialmente se refugió en Hong Kong y luego viajó a Rusia, donde finalmente obtuvo asilo temporal. Su caso generó tensiones diplomáticas entre EE.UU. y otros países, así como un debate intenso sobre su estatus como denunciante o traidor. El caso Snowden tuvo un impacto significativo en el debate global sobre la privacidad y la vigilancia. Sus revelaciones despertaron una mayor conciencia sobre la necesidad de salvaguardar los derechos individuales en la era digital y cuestionaron la legalidad y ética de los programas de vigilancia masiva. Además, las filtraciones de Snowden llevaron a una mayor demanda de transparencia y rendición de cuentas por parte de los gobiernos en relación con sus actividades de inteligencia. En este sentido, vid. D. SVANTESSON, D. KLOZA, “Yet Another Book about Snowden and Safe Harbor?” en D. SVANTESSON, D. KLOZA (eds), *Trans-Atlantic Data Privacy Relations as a Challenge for Democracy*, Intersentia, 2017.

⁴¹ I. GEORGIEVA, “The Right to Privacy under Fire – Foreign Surveillance under the NSA and the GCHQ and Its Compatibility with Art. 17 ICCPR and Art. 8 ECHR”, *Utrecht Journal of International and European Law*, vol. 31(80), 2015, p. 104.

⁴² E. WATT, “The Role of International Human Rights Law in the Protection of Online Privacy in the Age of Surveillance” en H. RÓIGAS Y OTROS (eds), *9th International Conference on Cyber Conflict: Defending the Core*, NATO CCD COE Publications, 2017.

⁴³ M. TAYLOR, *Transatlantic Jurisdictional Conflicts in Data Protection Law. Fundamental Rights, Privacy and Extraterritoriality*, Cambridge University Press, 2023, pp. 46-49.

23. En segundo lugar, la obligación de proteger se refiere al deber del Estado miembro de prevenir las violaciones de los derechos de protección de datos por parte de terceros, incluyendo empresas privadas y entidades operando en el Metaverso. Esto implica el establecimiento de una autoridad de protección de datos independiente en cada Estado miembro, capaz de supervisar la aplicación del RGPD tanto en el mundo físico como en espacios digitales y el Metaverso, y de ejercer poderes de investigación y sanción. En este sentido, los Estados miembros deben asegurarse de que las organizaciones y entidades del Metaverso dentro de su jurisdicción cumplan con la obligación de notificar a la autoridad de protección de datos y, en ciertos casos, a los individuos afectados, cuando se produzca una infracción de la seguridad de los datos ya sea en el espacio tradicional o en el entorno del Metaverso. En este contexto, el Comité Europeo de Protección de Datos (EDPB, por sus siglas en inglés), una entidad creada por RGPD, juega un papel esencial. Este organismo permite una cooperación más estrecha entre las autoridades de protección de datos de los Estados miembros, fortaleciendo así el cumplimiento del deber de proteger. La EDPB ofrece orientación sobre la interpretación del RGPD, promoviendo una aplicación coherente en todo el bloque. Además, tiene un papel importante en el arbitraje de disputas entre autoridades nacionales en casos transfronterizos⁴⁴.

24. Finalmente, la obligación de cumplimiento implica que los Estados miembros tienen que implementar medidas proactivas para asegurar la protección de los datos en el Metaverso. Esto implica la necesidad de garantizar la colaboración y consistencia en toda la UE en la implementación del RGPD, que podría incluir el intercambio de información o la toma de decisiones colectivas en casos que tengan una repercusión directa o tangible, en tanto que actividad delictiva, en el mundo analógico. Además, los Estados miembros deben asegurar que los usuarios del Metaverso puedan ejercer sus derechos bajo el RGPD, como el derecho de acceso, rectificación, supresión (“derecho al olvido”)⁴⁵, limitación del procesamiento, portabilidad de los datos y oposición. En este nuevo entorno digital, los Estados miembros también deben garantizar que las entidades que controlan el procesamiento de datos realicen una evaluación de impacto sobre la protección de datos cuando es probable que un tipo de tratamiento conlleve un alto riesgo para los derechos y libertades de los individuos en el Metaverso. Si la evaluación señala un alto riesgo, la autoridad de supervisión pertinente deberá ser consultada. Por añadidura, conviene destacar que los Estados miembros tienen la responsabilidad de promover la capacitación de las entidades encargadas de procesar datos en el Metaverso, así como la conciencia general de los ciudadanos sobre los riesgos, normas, salvaguardias y derechos relacionados con el procesamiento de datos personales en este novedoso contexto digital⁴⁶.

25. En esencia, estas responsabilidades son la columna vertebral que asegura que los datos personales sean manejados de manera segura y transparente en el entorno digital, especialmente en el Metaverso, un espacio de creciente interés y desarrollo. Éstas protegen los derechos esenciales de los individuos, entre los que se destacan la privacidad y la propiedad sobre su información personal⁴⁷. La ejecución cuidadosa de estas obligaciones contribuye a la preservación de estos derechos en la interacción con plataformas digitales y experiencias de Metaverso. Además, al abogar por el uso responsable y la protección de los datos personales, estas obligaciones fortalecen la confianza en el mercado digital, incluido el Metaverso, dentro del contexto del Mercado Único Digital de la UE. Esta confianza es fundamental para el desarrollo y adopción de estas tecnologías emergentes, ya que garantiza a los usuarios que sus interacciones y transacciones en el Metaverso serán seguras y respetarán sus derechos fundamentales. La

⁴⁴ J. AKANDJI-KOMBE, *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights: A Guide to the Implementation of the ECHR*, Council of Europe Publishing, 2007.

⁴⁵ J. AUSLOOS, *The Right to Erasure in EU Data Protection Law: From Individual Rights to Personal Protection*, Oxford University Press, 2020.

⁴⁶ M. SCHEININ, “Characteristics of Human Rights Norms” en C. KRAUSE, M. SCHEININ (eds), *International Protection of Human Rights: A Textbook*, 2^o ed., Åbo Akademi University Institute for Human Rights, 2012.

⁴⁷ M. ZHOU, M. A. A. M. LENDERS, L. CONG, “Ownership in the virtual world and the implications for long-term user innovation success”, *Technovation*, vol. 78, n^o October, 2018, pp. 56-65. [En línea] Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.technovation.2018.06.002>

responsabilidad compartida entre los proveedores de servicios del Metaverso y las autoridades reguladoras es clave para lograr un equilibrio entre innovación y protección de datos personales. En consecuencia, el procesamiento seguro y transparente de los datos personales no sólo protege los derechos de los individuos, sino que también es una piedra angular para el crecimiento y la estabilidad del ecosistema digital, incluyendo las experiencias del Metaverso, dentro del mercado digital único de la UE.

V. La determinación de la jurisdicción en el Metaverso

26. La evolución de la jurisdicción⁴⁸, tanto en sistemas de Derecho continental europeos como en EE.UU., es un espejo de las transformaciones profundas y multifacéticas en nuestra sociedad, cada vez más inmersa en el Metaverso. La noción de jurisdicción⁴⁹, emergida del concepto romano de *imperium*, originalmente se limitaba a la autoridad de un soberano sobre un territorio y sus habitantes, y estaba asociada a la autoridad del Estado en el caso de los EE.UU. Esta visión se enfocaba en las jurisdicciones territorial y personal, delimitando la autoridad judicial según las fronteras físicas y las relaciones personales. No obstante, con la irrupción de la globalización y la metaversalización, que es la interconexión cada vez más estrecha entre sociedades físicas y virtuales, la jurisdicción ha tenido que readaptarse a estas novedades. En Europa, el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) ha asumido una jurisdicción exclusiva en ciertos asuntos, como las patentes o algunos aspectos de la protección de datos en Internet, que afectan a todos los Estados miembros de la UE. En paralelo, en EE.UU., la evolución del Derecho federal ha derivado en la idea de jurisdicción exclusiva. En este escenario, ciertas cuestiones, como los delitos federales, son competencia exclusiva de los tribunales federales, independientemente de la ubicación geográfica o virtual de la acción o la residencia de las partes. Adicionalmente, con el progreso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en el Metaverso, la jurisdicción ha tenido que enfrentar el reto de la digitalización. Esto ha conllevado la aparición de conceptos como la jurisdicción funcional, que confiere competencia a un tribunal para abordar determinados tipos de casos en función de su naturaleza, sin importar la ubicación geográfica, virtual o la nacionalidad de las partes.

27. La jurisdicción exclusiva se refiere a la idea de que ciertos asuntos son de la competencia única de un Estado particular o tribunal. Por ejemplo, en el contexto del Metaverso y la UE, la jurisdicción exclusiva en cuestiones como la validez de las patentes de tecnologías de realidad virtual y aumentada se reserva al TJUE. Este privilegio también abarca cuestiones relativas a la regulación del Metaverso, en tanto que nueva generación de Internet y de las nuevas tecnologías emergentes. Un caso representativo es la decisión del TJUE en el caso de Google España contra la Agencia Española de Protección de Datos en 2014. Este fallo estableció el “derecho al olvido” en Internet, lo que significa que los individuos tienen derecho a solicitar a los motores de búsqueda como Google que eliminen los enlaces a información personal antigua o irrelevante y que entendemos que tendrá una aplicación directa en relación con la información almacenada en los servidores que garantizarán el funcionamiento del Metaverso⁵⁰. Este fallo destacó la capacidad del TJUE para dictaminar sobre cuestiones relacionadas con la regulación de Internet, estableciendo un precedente legal en la materia en toda la UE⁵¹.

⁴⁸ B.H. OXMAN, “Jurisdiction of States”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, última actualización: noviembre 2007, Oxford University Press.

⁴⁹ R.T. FORD, “Law’s Territory: (A History of Jurisdiction)”, *Michigan Law Review*, vol. 97, nº 4, 1999, p. 843.

⁵⁰ J. AUSLOOS, “European Court Rules against Google, in Favour of Right to Be Forgotten”, *LSE Media Policy Project Blog*, 13 de mayo de 2014. [En línea] Disponible en: <https://blogs.lse.ac.uk/medialse/2014/05/13/european-court-rules-against-google-in-favour-of-right-to-be-forgotten/>.

⁵¹ R.C. POST, “Data Privacy and Dignitary Privacy: Google Spain, the Right to Be Forgotten, and the Construction of the Public Sphere”, *Yale Law School*, Public Law Research Paper nº 598, 2017L; B. VAN ALSENOY, M. KOEKKOEK, “Internet and Jurisdiction after Google Spain: The Extraterritorial Reach of the “Right to Be Delisted””, *International Data Privacy Law*, vol. 5(2), 2015, p. 105; así como S. UNCULAR, “The Right to Removal in the Time of Post-Google Spain: Myth or Reality under General Data Protection Regulation?”, *International Review of Law, Computers & Technology*, vol. 33(3), 2019, p. 309.

28. La jurisdicción funcional en el Metaverso, por otro lado, se refiere a la competencia de un tribunal para tratar con ciertos tipos de casos basados en su naturaleza, sin importar la ubicación geográfica o la identidad de los avatares implicados. En el espacio digital y ahora extendido al Metaverso, esta jurisdicción funcional se ha manifestado en la competencia del TJUE para abordar casos relacionados con la privacidad y la protección de datos, sin importar dónde estén ubicadas las empresas en el plano analógico. El ejemplo paradigmático en el contexto de Internet que podría aplicarse al Metaverso es el caso *Schrems II*, donde el TJUE invalidó el marco del Escudo de la Privacidad UE-EE.UU. (*Privacy Shield*), alegando que no proporcionaba protección adecuada a los ciudadanos europeos contra la vigilancia del Gobierno de los EE.UU.⁵². Esta decisión, con ramificaciones que podrían extenderse al Metaverso, demuestra la capacidad y jurisdicción del TJUE para proteger los derechos digitales y metaversales de los ciudadanos europeos a nivel global. Sin embargo, la implementación de esta jurisdicción funcional también plantea desafíos significativos, principalmente debido a la necesidad de cooperación entre las autoridades intermetaversales. En el contexto del caso *Schrems II*, aunque la decisión fue tomada por el TJUE, la aplicación efectiva de dicha decisión en el Metaverso dependería en gran medida de la cooperación de las autoridades estadounidenses. Esto implica un alto grado de cortesía y diplomacia transatlántica para resolver problemas que puedan surgir. En este sentido, el contacto y la comunicación entre las diferentes autoridades intermetaversales son esenciales para manejar las complicaciones que puedan generarse durante la implementación de estas decisiones en el Metaverso⁵³. En este ambiente de complejidad legal y política digital extendida al Metaverso, es vital que se establezcan y mantengan canales de comunicación efectivos y se priorice la cooperación intermetaversal. Sin embargo, este proceso puede ser lento y complicado, y a veces puede llevar a situaciones en las que las decisiones judiciales no se implementan completamente o de manera eficiente en el Metaverso.

29. Los conceptos de jurisdicción nacional⁵⁴, personal⁵⁵ y territorial⁵⁶, por otro lado, siguen siendo la base de los sistemas jurídicos en el plano analógico⁵⁷. Sin embargo, con la aparición del Metaverso, estos conceptos están evolucionando para abordar nuevos desafíos. Los sistemas jurídicos tendrán que plantear si se adaptan conceptos clásicos como la jurisdicción universal en casos de delitos virtuales graves, y el principio de efecto en el Metaverso, según el cual un Estado podría reclamar jurisdicción sobre actos que tienen efectos dentro de su territorio virtual, incluso si fueron cometidos desde ubicaciones físicas en terceros Estados. Este principio ha encontrado aplicación en la protección de datos transatlánticos, especialmente en el contexto de Internet, donde los datos personales se procesan y comparten a una escala sin precedentes. Un caso notable fue la invalidación del acuerdo de *Safe Harbor* por parte del TJUE en el caso *Schrems I*⁵⁸. Según este principio, entendemos que la UE podría afirmar su jurisdicción

⁵² STJUE 16 julio 2020, *Facebook Ireland y Schrems*, C-311/18, ECLI:EU:C:2020:559.

⁵³ I. ILYINA, E. ELTIKOVA, K. UVAROVA, S. CHELYSHEVA, "Metaverse - death to offline communication or empowerment of interaction?", en *Proceedings of the 2022 Communication Strategies in Digital Society Seminar*, 2022, pp. 117-119. [En línea] Disponible en: <https://doi.org/10.1109/ComSDS55328.2022.9769144>

⁵⁴ En referencia a la autoridad legal que un Estado posee para aplicar sus leyes dentro de sus límites geográficos, se habla de jurisdicción nacional. Este término alude a la competencia y facultad de los sistemas judiciales del país para poner en práctica la ley, mediar en conflictos y ejercer control sobre individuos y entidades en su territorio. Se considera bajo su amparo tanto a los ciudadanos nacionales como a los extranjeros presentes en sus confines.

⁵⁵ Por otro lado, al poder de un tribunal de emitir resoluciones que impacten directamente a una persona, corporación o entidad se le conoce como jurisdicción personal. Este tipo de jurisdicción se fundamenta en las relaciones que el demandado mantiene con la ubicación del tribunal. Dichas relaciones pueden consistir en residir en el lugar, tener un negocio en él, o en algunos casos, simplemente visitarlo. Si un tribunal carece de jurisdicción personal sobre un demandado, entonces sus fallos no pueden tener una vinculación legal obligatoria con éste.

⁵⁶ En cuanto al poder de un tribunal o un organismo gubernamental de ejercer autoridad en una zona geográfica concreta, nos referimos a la jurisdicción territorial. En este espacio delimitado, la entidad posee la capacidad de aplicar las leyes, interpretarlas y dispensar justicia. Como ejemplo de las restricciones de la jurisdicción territorial, podemos citar el caso del CEDH. Este Tratado internacional, diseñado para salvaguardar los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho en Europa, se monitoriza a través del TEDH. Todos los países miembros del CEDH han aceptado la competencia de este tribunal en su territorio.

⁵⁷ M. DIEZ DE VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 16ª ed., Tecnos, 2007.

⁵⁸ STJUE 6 octubre 2015, *Schrems*, C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650.

sobre las empresas del Metaverso con sede en los EE.UU. que procesen datos personales de avatares de la UE, incluso si el procesamiento tiene lugar fuera de la UE, siempre que estos actos tengan efectos dentro de la UE, es decir, puedan afectar la privacidad y la protección de datos de los ciudadanos de la UE. De este modo, a pesar de las diferencias en las normativas de protección de datos entre los EE.UU. y la UE, las empresas estadounidenses que operan en el Metaverso europeo estarían obligadas a cumplir con el RGPD de la UE. Esto demuestra cómo el principio de efecto se configura como una tendencia en el creciente ecosistema digital del Metaverso.

30. Las tecnologías emergentes, en particular aquellas que posibilitan la transmisión de información y servicios más allá de las fronteras nacionales en el Metaverso, como la computación en la nube, están planteando desafíos significativos para la jurisdicción tradicional. La naturaleza descentralizada de los datos en el Metaverso, y su habilidad para ser almacenados y transferidos sin un punto de ubicación físico concreto, complican la determinación de la jurisdicción aplicable. Este obstáculo, claramente palpable en la protección de datos transmetaversales, resalta la creciente necesidad de adaptar las interpretaciones jurídicas convencionales a la realidad de la globalización digital en el Metaverso. En respuesta a este reto, se podrían considerar tres rutas alternativas: (1) reconocer y asumir la capacidad limitada de la UE para proteger los datos en el Metaverso como derecho fundamental; (2) reinterpretar el concepto clásico de jurisdicción para adaptarlo a la era digital en el Metaverso, expandiendo potencialmente la aplicación del principio de efecto; o (3) elevar la protección de datos en el Metaverso a la categoría de valor fundamental de la UE, concediéndole máxima prioridad en el diseño y promoción de políticas conexas.

1. La necesidad de cooperación en el Metaverso

31. Es crucial reconocer las limitaciones que la tecnología, la globalización y ahora el Metaverso imponen en la habilidad de la UE para proteger los datos personales como un derecho fundamental⁵⁹. En el contexto del Metaverso, estas limitaciones se agravan particularmente por la falta de capacidad tecnológica para supervisar con precisión las decisiones tomadas por las autoridades europeas, como el Comité Europeo de Protección de Datos⁶⁰ y el TJUE. Esto se vuelve aún más desafiante sin la cooperación activa del Gobierno de los EE.UU. de América⁶¹, un actor crucial en el desarrollo y la expansión del Metaverso. Este escenario podría instar a la UE a colaborar más estrechamente con otras jurisdicciones, incluyendo aquellas implicadas en el Metaverso, para desarrollar acuerdos internacionales que aborden la protección de datos y la privacidad en este nuevo ámbito digital.

32. El objetivo de este esfuerzo, ampliado ahora al ámbito del Metaverso, no sería sólo la estandarización de las leyes y regulaciones de protección de datos a nivel global, sino también la generación de una conciencia ciudadana sobre la importancia de proteger sus propios datos, especialmente en contextos digitales inmersivos. Esta necesidad adquiere un significado especial cuando se considera la Política Europea de Vecindad, articulada en el artículo 52 de la Carta de Derechos Fundamentales, que enfatiza la importancia de las relaciones cercanas y la cooperación con los países vecinos, extendiéndose ahora a los nuevos vecinos con los que podemos establecer relaciones y/o fomentarlas a través de nuevas formas de conexión como el Metaverso.

⁵⁹ En esta materia, vid. G. ZANFIR, 'How CJEU's "Privacy Spring" Construed the Human Rights Shield in the Digital Age' en E. KUZELEWSKA Y OTROS (eds), *European Judicial Systems as a Challenge for Democracy*, Intersentia, 2015.

⁶⁰ El Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD) es una institución clave en el marco regulatorio de la privacidad en Europa. Se trata de una autoridad independiente encargada de salvaguardar los derechos fundamentales de los individuos en relación con el tratamiento de sus datos personales. El CEPD desempeña un papel vital al promover y supervisar el cumplimiento del RGPD en todos los Estados miembros de la UE. Además, proporciona orientación y asesoramiento técnico a las instituciones y organismos de la UE en materia de protección de datos. Sus funciones incluyen la emisión de dictámenes sobre cuestiones de relevancia en la privacidad, la cooperación con otras autoridades de protección de datos y la promoción de la coherencia y armonización en la aplicación del RGPD. En última instancia, el CEPD desempeña un papel crucial en la protección de la privacidad y la garantía de que los derechos fundamentales de las personas sean respetados en el entorno digital (artículos 68-76 del RGPD).

⁶¹ H. FARRELL, A. NEWMAN, "The Transatlantic Data War", *Foreign Affairs*, 2016.

33. Determinar la responsabilidad en estos casos no es una tarea sencilla, especialmente en el entorno del Metaverso donde la jurisdicción y la identidad pueden ser fluidas⁶². Tradicionalmente, la responsabilidad se establece cuando: (1) se realiza una acción -o una omisión-, (2) ésta genera un daño y (3) podemos establecer una relación de causalidad directa entre la (in)acción y el daño causado. Sin embargo, este proceso se vuelve más complejo en casos relacionados con la transferencia transatlántica de datos y ahora con las interacciones dentro del Metaverso. Aquí, la causalidad puede ser difusa, ya que las acciones que generan el daño pueden ser realizadas por diversas entidades en diferentes jurisdicciones o espacios virtuales, y el daño puede manifestarse de maneras que son difíciles de medir o cuantificar. Esta complejidad añade otra capa de urgencia a la necesidad de colaboración y acuerdo internacional en la protección de datos y la privacidad en este nuevo universo digital.

34. Es más, determinar la responsabilidad de empresas y autoridades estatales en casos de transferencia masiva de datos transatlánticos -o entre entidades que operan usando plataformas intermediarias, prestadoras de servicios, autodenominadas o concebidas como metaversos- es un desafío considerable debido a la variabilidad de las legislaciones sobre protección de datos y privacidad entre regiones, las complejidades de la jurisdicción y aplicación de la ley en diferentes países y espacios virtuales, y la naturaleza técnica de la transferencia de datos. Además, debemos tener en cuenta las distintas interpretaciones de la normativa aplicable que pueden ser contradictorias o ambiguas entre jurisdicciones, la identificación de la entidad responsable para investigar, sancionar las violaciones de la protección de datos, así como la capacidad para rastrear y demostrar la transferencia de datos que pueden estar cifrados o ser difíciles de rastrear a la hora de determinar qué datos se transfirieron, cuándo y a dónde. Incluso en aquellos casos en los que se pueda demostrar que se transfirieron datos, puede ser difícil determinar si se violó la normativa aplicable en materia de protección de datos si éstos estaban suficientemente anonimizados o pseudonimizados, especialmente cuando estos datos existen y circulan a través del Metaverso.

2. La aplicación extraterritorial del Derecho de la Unión Europea

35. Por otra parte, también se podría considerar una reinterpretación del concepto tradicional de jurisdicción⁶³, en un intento de adaptarlo a los desafíos emergentes del Metaverso y la realidad digital. Varias teorías podrían ser útiles en este proceso de adaptación. La teoría de la territorialidad objetiva sostiene que un Estado puede ejercer su jurisdicción sobre cualquier asunto que ocurra en su territorio⁶⁴. En el contexto del Metaverso, donde la protección de datos es crucial, esta teoría sugeriría que, si los datos son recogidos, almacenados o procesados en el Metaverso gobernado por la UE, la normativa comunitaria (como el RGPD) se aplicaría, sin importar la localización de la empresa que recopila estos datos⁶⁵. Por otro lado, el principio de la personalidad subjetiva propone que un Estado tiene jurisdicción sobre sus ciudadanos independientemente de su ubicación en el Metaverso. Bajo esta teoría, las empresas de la UE que procesen datos personales a través de plataformas metavérsicas extracomunitarias seguirían estando sujetas al RGPD⁶⁶. En lo que respecta a la teoría de la protección de intereses, se argumenta que un Estado tiene la autoridad para regular comportamientos en el Metaverso más allá de sus límites

⁶² O. BIGOS, "Jurisdiction over Cross-Border Wrongs on the Internet", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54, n° 3, 2005, p. 585.

⁶³ RT. FORD, "Law's Territory: (A History of Jurisdiction)", *Michigan Law Review*, vol. 97, n° 4, 1999, p. 843.

⁶⁴ L. BARTELS, "The EU's Human Rights Obligations in Relation to Policies with Extraterritorial Effects", *European Journal of International Law*, vol. 25, 2015, p. 1071.

⁶⁵ En cambio, la teoría de la territorialidad subjetiva establece que un Estado tiene jurisdicción sobre acciones realizadas por sus ciudadanos, sin importar donde éstas ocurran. Es decir, un Estado puede ejercer su jurisdicción sobre un ciudadano que ha cometido un delito en el extranjero, debido a su ciudadanía con ese Estado. Por ejemplo, si un ciudadano de un país A comete un delito en el país B, el país A puede tener jurisdicción sobre el delito si aplicamos la teoría de la territorialidad subjetiva.

⁶⁶ Por otro lado, la teoría de la personalidad objetiva sostiene que un Estado tiene jurisdicción sobre personas extranjeras que cometen delitos contra sus ciudadanos, sin importar donde ocurran los hechos. Es decir, si un ciudadano de un país A es víctima de un delito cometido por un ciudadano de un país B en un tercer país C, el país A podría ejercer jurisdicción sobre el ciudadano del país B, de acuerdo a la teoría de la personalidad objetiva.

territoriales si estos comportamientos afectan a sus intereses esenciales, como la seguridad nacional. De acuerdo con esta teoría, la UE podría justificar la aplicación extraterritorial del RGPD en el Metaverso para proteger la privacidad y los derechos fundamentales de sus ciudadanos⁶⁷. Y, por último, la doctrina de los efectos mantiene que un Estado puede regular comportamientos en el Metaverso incluso si ocurren fuera de su territorio, siempre y cuando estos comportamientos tengan efectos dentro de sus fronteras. Desde el prisma de la protección de datos en el Metaverso, esto permitiría a la UE regular la actividad de empresas extranjeras que ofrezcan bienes o servicios a personas a través del Metaverso en la UE, o que supervisen su comportamiento, incluso si estas empresas no tienen una presencia física en el territorio de uno de los Estados miembros. Cada una de estas teorías presenta sus propios desafíos, limitaciones y su aplicabilidad específica dependerá de toda una serie de factores *ad hoc*⁶⁸.

36. La interpretación de los artículos 2⁶⁹ y 3⁷⁰ del RGPD de la UE en el contexto del Metaverso plantea cuestiones importantes en términos de jurisdicción y la aplicabilidad global de estos principios⁷¹. En primer lugar, es esencial entender que el RGPD presenta una aplicación extraterritorial que desafía las concepciones convencionales de jurisdicción y soberanía⁷², incluso en el vasto y descentralizado Metaverso. Estos artículos estipulan que cualquier ente, organismo o empresa, sin importar su ubicación geográfica o incluso su existencia en el Metaverso, que procese datos de individuos ubicados en la UE, está bajo el alcance del RGPD. Esto infiere que los Estados, e incluso las entidades dentro del Metaverso, no pueden ejercer jurisdicción en este asunto a menos que se les otorgue permiso explícito. Desde esta perspectiva, surgen preguntas sobre qué conexión debe existir para que las autoridades europeas puedan intervenir, incluso en el ámbito virtual del Metaverso. Aunque el RGPD no es completamente explícito en este punto, se podría argumentar que este vínculo puede estar determinado por el lugar de generación de los datos, el lugar donde se almacenan, el lugar donde generan impactos, o incluso, por la residencia o nacionalidad del titular de los datos, aunque dicha persona pueda estar interactuando desde un avatar en el Metaverso⁷³.

37. Asimismo, el RGPD hace una distinción esencial entre los términos “encargado” y “responsable” en relación con el tratamiento de datos⁷⁴. El término “responsable del tratamiento” se refiere a una entidad u organización que determina los fines y los medios del tratamiento de datos personales. Es el responsable último de garantizar que el tratamiento de los datos se realice de acuerdo con las disposiciones legales y los principios del RGPD. En otras palabras, el responsable del tratamiento tiene el control y la toma de decisiones sobre los datos personales. Por otro lado, un “encargado del tratamiento”

⁶⁷ M. HILDEBRANDT, “Extraterritorial Jurisdiction to Enforce in Cyberspace? Bodin, Schmitt, Grotius in Cyberspace”, *Toronto Law Journal*, vol. 63, n° 2, 2013, p. 196.

⁶⁸ O.J. GSTREIN, A.J. ZWITTER, “Extraterritorial Application of the GDPR: Promoting European Values or Power?”, *Internet Policy Review*, vol. 10(3), 2021, p. 2; así como M. HILDEBRANDT, “Extraterritorial Jurisdiction to Enforce in Cyberspace? Bodin, Schmitt, Grotius in Cyberspace”, *Toronto Law Journal*, vol. 63(2), 2013, p. 196.

⁶⁹ El alcance de aplicación del RGPD, según el artículo 2, abarca las actividades de tratamiento de datos personales en el contexto de las operaciones de una empresa o establecimiento en la UE. Esto se aplica tanto a organizaciones ubicadas en la UE como a aquellas fuera de ella que ofrezcan bienes o servicios a personas en la UE o realicen el seguimiento del comportamiento de individuos en la UE.

⁷⁰ Por otro lado, el artículo 3 del RGPD establece el alcance territorial de la normativa y su aplicabilidad. Según esta disposición, el RGPD se aplica a todas las organizaciones y empresas que procesen datos personales de personas ubicadas en la UE, independientemente de su ubicación geográfica. Es decir, las organizaciones establecidas en la UE y las que operan fuera de ella, pero tratan datos personales de ciudadanos de la UE están sujetas a las disposiciones del RGPD. Además, el artículo 3 también contempla el procesamiento de datos relacionados con la oferta de bienes o servicios a personas en la UE, así como el monitoreo del comportamiento de las personas dentro de la UE.

⁷¹ P. DE HERT, M. CZERNIAWSKI, “Expanding the European Data Protection Scope beyond Territory: Article 3 of the General Data Protection Regulation in Its Wider Context”, *International Data Privacy Law*, vol. 6, n° 3, 2016, p. 230.

⁷² T. CORBALLIS, M. SOAR, “Utopia of abstraction: digital organizations and the promise of sovereignty”, *Big Data and Society*, vol. 9, n° 1, 2022. [En línea] Disponible en: <https://doi.org/10.1177/20539517221084587>

⁷³ A. GASCÓN MARCÉN, “El Reglamento General de Protección de Datos como modelo de las recientes propuestas de legislación digital europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, n° 2, 2021, pp. 216-217.

⁷⁴ C. ALVAREZ RIGAUDIAS, A. SPINA, “Article 37: Designation of the Data Protection Officer”, en C. KUNER ET AL. (eds.), *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary*, Oxford University Press, 2020.

es una entidad u organización que trata los datos personales en nombre del responsable del tratamiento. El encargado del tratamiento actúa bajo las instrucciones del responsable y debe cumplir con las disposiciones legales establecidas por el RGPD. El encargado del tratamiento no toma decisiones autónomas sobre el uso de los datos, sino que se limita a procesarlos de acuerdo con las instrucciones del responsable. Es importante destacar que tanto el responsable como el encargado del tratamiento tienen responsabilidades específicas en relación con la protección de datos personales. El responsable del tratamiento debe asegurarse de que se cumplan los principios fundamentales del RGPD, como la licitud, la transparencia, la limitación de la finalidad, la minimización de los datos y la seguridad. Además, el responsable del tratamiento es el encargado de obtener el consentimiento adecuado de los individuos cuyos datos se procesan, así como de garantizar el ejercicio de los derechos de los interesados. Por su parte, el encargado del tratamiento tiene la obligación de tratar los datos personales de manera segura y sólo de acuerdo con las instrucciones proporcionadas por el responsable. Debe implementar las medidas técnicas y organizativas apropiadas para proteger los datos y garantizar la confidencialidad, integridad y disponibilidad de la información. Además, el encargado del tratamiento debe informar al responsable sobre cualquier violación de datos que ocurra durante el proceso de tratamiento⁷⁵.

38. Teniendo en cuenta el impacto significativo de esta regulación europea, que se estima que ha servido como referente para el planteamiento y desarrollo de la legislación interna de más de 100 Estados⁷⁶, es razonable plantearnos: ¿podríamos inferir o derivar principios generales u obligaciones *erga omnes* en el Derecho Internacional a partir del RGPD, especialmente en el ámbito del Metaverso? Las obligaciones *erga omnes* hacen referencia a los deberes que los Estados tienen hacia la comunidad internacional en su conjunto. Posiblemente, dada la relevancia del RGPD, se esté esbozando un principio general de protección de datos en el Metaverso que obligue a todos los Estados a garantizar la seguridad de esta información en dicho universo virtual. En cualquier caso, lo que es innegable es que éste es un territorio inexplorado y emocionante para futuros debates jurídicos y regulatorios⁷⁷.

39. Enfrentar los desafíos de jurisdicción en las transferencias de datos transatlánticas en el Metaverso requiere un examen detallado de diversos factores mitigantes. Estos factores buscan aliviar las tensiones que emergen cuando una organización internacional como la UE intenta imponer sus normas de protección de datos a actividades que ocurren más allá de sus fronteras, provocando posibles conflictos de soberanía digital⁷⁸. Uno de los elementos más críticos en estas circunstancias es la conexión con el ente territorial (Estado u organización internacional) que busca implementar su normativa. Esto implica determinar el grado de contacto o interacción que la actividad en cuestión tiene con dicho sujeto de Derecho Internacional en el Metaverso. Si existe una conexión sustancial, es probable que se autorice la aplicación de la normativa en cuestión. Éste sería el caso, por ejemplo, si una corporación de un metaverso administrado por una empresa estadounidense es, a su vez, propietaria de una empresa subsidiaria en un metaverso europeo y recolecta datos de avatares europeos o que se conectan desde uno de los Estados miembros de la UE.

40. No obstante, el interés legítimo juega un papel igualmente crucial en la resolución de estos conflictos⁷⁹. Una empresa metavérsica puede tener un interés legítimo a la hora de proteger a sus avatares y los datos personales asociados a los mismos en el Metaverso, pero también puede existir un

⁷⁵ D. SVANTESSON, “Article 4(1)(a) “Establishment of the Controller” in EU Data Privacy Law – Time to Rein in This Expanding Concept?”, *International Data Privacy Law*, vol. 6(3), 2016, p. 210.

⁷⁶ A. BRADFORD, *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*, Oxford University Press, 2020.

⁷⁷ B. VAN ALSENOY, “Reconciling the (Extra)territorial Reach of the GDPR with Public International Law” en G. VERMEULEN, E. LIEVENS (eds), *Data Protection and Privacy under Pressure: Transatlantic Tensions, EU Surveillance, and Big Data*, Maklu, 2017.

⁷⁸ K. DEAR, “Beyond the ‘geo’ in geopolitics: the digital transformation of power”, *The RUSI Journal*, vol. 166, nº 6-7, 2022. [En línea] Disponible en: <https://doi.org/10.1080/03071847.2022.2049167>

⁷⁹ H.L. BUXBAUM, “Territory, Territoriality and the Resolution of Jurisdictional Conflicts”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 57, nº 2, 2009, p. 631.

interés igualmente legítimo en fomentar la libre circulación de datos, especialmente en el contexto del comercio digital en el Metaverso. Por lo tanto, se deben tener en cuenta ambos aspectos y equilibrar estos intereses divergentes.

41. Más allá del interés legítimo, es esencial considerar si es razonable aplicar la normativa de un determinado Estado u organización internacional a una situación particular en el Metaverso. Este aspecto implica sopesar el interés legítimo de la empresa metavérsica contra otros intereses que puedan estar en juego. Por ejemplo, si la implementación de una determinada normativa en el Metaverso resulta en una carga excesivamente gravosa para un gigante tecnológico, entonces puede ser razonable limitar su implementación.

42. Aunque la territorialidad constituye un principio fundamental en Derecho Internacional, en la era digital y aún más en el Metaverso, las fronteras físicas están difuminándose o, como mínimo, perdiendo relevancia⁸⁰. En este contexto, estos factores atenuantes son de suma importancia para lograr un equilibrio entre la protección de los derechos individuales en el Metaverso y la necesidad de facilitar el comercio y la cooperación internacionales en estos entornos. Estos factores deberían ayudar a los legisladores y a los tribunales competentes a tomar decisiones equilibradas y justas en relación con los conflictos de jurisdicción en las transferencias de datos transatlánticas.

3. La protección de datos como valor europeo

43. Finalmente, otra opción podría ser considerar la protección de datos en el Metaverso como un valor de la UE. Este cambio implicaría reconocer la protección de datos en el Metaverso como un derecho humano esencial⁸¹, equiparable a otros derechos como la libertad de expresión o el derecho a un juicio justo. Sin duda, este enfoque centrado en los derechos humanos podría proporcionar una mayor protección a los avatares de la UE en el Metaverso -conectados desde una IP europea, residentes o nacionales en uno de los Estados miembros-, aunque también podría generar tensiones con intereses comerciales y de seguridad digital. De acuerdo con el artículo 2 del Tratado de la UE (TUE), la Unión se fundamenta en valores como el respeto a la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad, el Estado de Derecho y el respeto de los derechos humanos⁸². Estos valores, que son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres, abogan claramente por una protección de datos sólida y efectiva en el Metaverso, entendiendo ésta como una extensión necesaria de la dignidad humana y la libertad individual en este universo virtual. En el marco del artículo 3.5, la UE contribuye a la protección de los derechos humanos en sus relaciones con el mundo exterior, incluyendo el Metaverso. La protección de datos, reconocida como un derecho humano fundamental, podría proyectarse en estas relaciones para garantizar que se cumpla tanto dentro como fuera de la UE en el Metaverso. Asimismo, en función de lo dispuesto en el artículo 21.1, la acción de la Unión en la escena internacional busca consolidar y promover la democracia, el Estado de Derecho, los derechos humanos y los principios del Derecho Internacional. Con la elevación de la protección de datos en el Metaverso a la categoría de valor, este principio podría reforzarse, ya que un mayor nivel de protección de datos implicaría un fortalecimiento de la protección de los derechos humanos en estos mundos virtuales.⁸³ No obstante,

⁸⁰ J. KNOX, "The metaverse, or the serious business of tech frontiers", *Postdigital Science and Education*, vol. 4, nº 2, 2022, pp. 207-215. [En línea] Disponible en: <https://doi.org/10.1007/s42438-022-00300-9>

⁸¹ L. BARTELS, "The EU's Human Rights Obligations in Relation to Policies with Extraterritorial Effects", *European Journal of International Law*, vol. 25, 2015, p. 1071.

⁸² O.J. GSTREIN, A.J. ZWITTER, "Extraterritorial Application of the GDPR: Promoting European Values or Power?", *Internet Policy Review*, vol. 10, nº 3, 2021, p. 2.

⁸³ El artículo 21 del TUE contempla los principios fundamentales que pueden relacionarse con la ciudadanía europea. Reconoce y garantiza el derecho de todos los ciudadanos de la Unión a moverse y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, así como el derecho de ser elegibles y votar en las elecciones municipales y al Parlamento Europeo en el Estado

es necesario encontrar un equilibrio entre esta protección y los posibles desafíos que puedan surgir en términos de intereses comerciales y de seguridad digital. El reto reside en garantizar una protección de datos efectiva en el Metaverso sin comprometer las libertades económicas y la seguridad que también son pilares fundamentales de la UE, incluso en estos nuevos espacios.

VI. La recolección (i)lícita de todo tipo de datos

44. El seguimiento intensivo de las *cookies* por parte de empresas estadounidenses ha planteado un dilema intrincado para la privacidad de los individuos en Europa. Este acto de recopilación de datos, que se lleva a cabo frecuentemente bajo la máscara de servicios ofrecidos gratuitamente, ha encendido un debate sobre la eficacia de las regulaciones europeas y la competencia de las autoridades relevantes para supervisar y administrar dichos datos. Esta situación desemboca en un problema complejo para la privacidad en el Metaverso. En un entorno digital interconectado y persistente como el Metaverso, el seguimiento y la recopilación de datos pueden ser aún más omnipresentes. Las mismas preocupaciones que existen en el mundo real sobre la capacidad de las autoridades europeas para controlar y gestionar estos datos se magnifican en el Metaverso, especialmente, en relación con aquellos datos personales que pueden comprometer la seguridad de los usuarios.

45. El RGPD representa la piedra angular para proteger la privacidad y la seguridad de los datos de los usuarios. Esta legislación se centra principalmente en la gestión y el uso de los datos personales, que están definidos como cualquier información que puede vincularse a un individuo identificable. Los elementos que pueden ser utilizados para establecer esta identificación son variados e incluyen, pero no se limitan a nombres, números de identificación, datos de ubicación y otros identificadores digitales. Los factores asociados con la identidad de una persona en los ámbitos físico, fisiológico, genético, mental, económico, cultural y social también entran en esta categoría, de acuerdo con el artículo 4(1) del RGPD⁸⁴. En el contexto del Metaverso, una realidad virtual hiperconectada que integra aspectos físicos y digitales, la importancia del RGPD se intensifica. Los datos personales en el Metaverso no sólo pueden incluir información típica como nombres o ubicaciones, sino que pueden extenderse a datos más complejos y sensibles. Con este nuevo tipo de datos personales en juego, el RGPD proporciona un marco necesario para su gestión y protección. Asimismo, plantea nuevos desafíos en términos de cómo adaptar y ampliar las regulaciones actuales para afrontar la creciente complejidad y la naturaleza inmersiva de los datos personales en el Metaverso.

46. Dentro del universo de los datos personales, encontramos una clasificación específica que tiene una relevancia y sensibilidad especial, denominada como datos sensibles o de categorías especiales. Tal como lo señala el artículo 9(1) del RGPD⁸⁵, estos datos están compuestos por información que puede

miembro donde residen. Además, el artículo 21 del TUE prohíbe cualquier discriminación por motivos de nacionalidad, asegurando que todos los ciudadanos de la Unión gocen de igualdad de trato y oportunidades en los Estados miembros.

⁸⁴ El artículo 4.1 del RGPD define algunos de los conceptos fundamentales utilizados en el marco de esta legislación europea de protección de datos. Estos conceptos incluyen datos personales, tratamiento de datos, responsable del tratamiento, encargado del tratamiento, y muchas otras definiciones clave. El artículo 4.1 del RGPD establece una base común de terminología y comprensión para garantizar una interpretación uniforme y consistente de la normativa en todos los Estados miembros de la UE. Estas definiciones son esenciales para comprender y aplicar las obligaciones y derechos establecidos en el RGPD, y juegan un papel crucial en la protección de la privacidad y los datos personales de los individuos en el contexto digital actual.

⁸⁵ El artículo 9.1 del RGPD aborda una cuestión fundamental relacionada con el procesamiento de categorías especiales de datos personales. Estas categorías incluyen información sensible, como origen racial o étnico, opiniones políticas, creencias religiosas o filosóficas, afiliación sindical, datos genéticos, datos biométricos para identificar de manera única a una persona, datos de salud o datos relativos a la vida sexual u orientación sexual. El artículo 9.1 establece que el procesamiento de estos datos está en principio prohibido, a menos que exista una base legal específica para ello. Esto resalta la importancia de proteger la privacidad y la integridad de estos datos especialmente sensibles, y destaca la necesidad de un consentimiento explícito por parte del titular de los datos o la existencia de una justificación legítima para su procesamiento. Esta disposición del RGPD tiene como objetivo garantizar un nivel elevado de protección de la privacidad y salvaguardar los derechos fundamentales de los individuos en relación con la gestión de sus datos personales más delicados.

desvelar aspectos críticos de la identidad de una persona, como su origen racial o étnico, las opiniones políticas que sostiene, sus creencias religiosas o filosóficas y hasta su afiliación a sindicatos. En el Metaverso, las fronteras de lo que se considera como datos sensibles se están expandiendo, engendrando nuevas categorías de información delicada y formas inéditas de obtenerla. La inmersión en los mundos virtuales puede revelar patrones de comportamiento, interacciones y preferencias que, aunque en principio pueden parecer triviales, pueden ofrecer una visión muy detallada y profunda de la psicología, emociones y tendencias de un usuario. Un ejemplo notable puede ser los metadatos de movimiento y localización dentro del Metaverso, que podrían revelar información sobre la personalidad o el estado de ánimo de un individuo. Además, nuevas formas de identificación únicas, como la voz o la forma de moverse en el espacio virtual, podrían considerarse como datos biométricos sensibles. Las reacciones emocionales a ciertos estímulos dentro del Metaverso, medidas por ejemplo a través de las respuestas biológicas o expresiones faciales capturadas por la realidad virtual, también pueden constituir un nuevo tipo de datos sensibles. Asimismo, en un Metaverso en el que la identidad digital puede ser tan o más relevante que la identidad física, los avatares y sus atributos pueden llegar a ser considerados como datos sensibles, en particular si reflejan características personales, preferencias de estilo de vida, o incluso orientaciones sexuales.

47. Para alcanzar una comprensión holística del ámbito de la protección de datos, es necesario profundizar en una categoría que se encuentra fuera del alcance del RGPD: los datos no personales. Estos datos, cuya singularidad radica en la incapacidad de ser asociados a una persona específica identificada o identificable, se manifiestan en dos formas: anónima o pseudonimizada. Los datos anónimos son aquellos que, desde su origen, no pueden asociarse a una persona, mientras que los datos pseudonimizados son datos personales que han sido procesados de tal manera que no pueden ser vinculados a una persona sin utilizar información adicional. El RGPD, en su artículo 4(5), establece que los datos pseudonimizados aún se consideran datos personales, pero admite que proporcionan una protección adicional para los derechos de las personas a las que se refieren los datos. Esta protección adicional facilita a los controladores y procesadores de datos cumplir con las normas de privacidad y protección de datos. No obstante, cuando hablamos de los datos no personales, el marco regulatorio se torna más flexible, permitiendo que estos datos puedan ser procesados y transferidos con una mayor libertad. Esto es crucial para el funcionamiento y desarrollo de diversas aplicaciones tecnológicas, especialmente en campos como las estadísticas y la inteligencia artificial. En el contexto del Metaverso, una realidad virtual compartida y persistente que incluye múltiples universos digitales, esta distinción entre datos personales y no personales es crucial. Los datos no personales podrían ser utilizados en el Metaverso para mejorar experiencias de usuario, desarrollar nuevas funcionalidades o alimentar sistemas de inteligencia artificial sin violar las normas de privacidad. Al no estar ligados a una persona identificable, estos datos aportan una gran cantidad de información que puede ser valiosa para entender comportamientos globales y tendencias en este espacio digital. Sin embargo, es importante destacar que, aunque estos datos otorgan mayor libertad de operación, su uso responsable sigue siendo una necesidad imperante para preservar la confianza y la seguridad en el Metaverso⁸⁶.

48. El RGPD proporciona un marco normativo claro y restrictivo, estableciendo exigencias precisas para las empresas que recopilan y utilizan datos personales. Una de las disposiciones fundamentales del RGPD es la obligación de que las empresas obtengan un consentimiento explícito e informado de las personas antes de recoger sus datos. Esto significa que los individuos deben ser conscientes de para qué se van a utilizar sus datos y dar su aprobación de forma clara y proactiva. Además, el RGPD prohíbe que las empresas utilicen los datos personales para fines distintos a los que se acordaron originalmente. Este principio de limitación de la finalidad protege a los individuos de un uso abusivo o no deseado de su información personal. A estas protecciones se suma el “derecho al olvido”, una disposición que permite a las personas solicitar que sus datos sean borrados de las bases de datos de las empresas. Este derecho, también conocido como derecho de supresión, garantiza que los individuos puedan controlar su presencia digital y proteger su privacidad. En el contexto del Metaverso, las normas del RGPD adquieren una

⁸⁶ J. CRUZ ÁNGELES, “La libre circulación de datos (no) personales en el mercado único digital europeo”, en A. EMALDI CIRIÓN, E. LA SPINA (coords), *Retos del Derecho ante un mundo global*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 747-771.

relevancia especial. Dada la naturaleza inmersiva y personalizada de las experiencias en el Metaverso, los datos personales son una pieza esencial para su funcionamiento. Las empresas que operan en este espacio deben, por lo tanto, implementar políticas y prácticas robustas de privacidad y protección de datos para cumplir con las normas del RGPD. El consentimiento informado y explícito para la recopilación de datos se vuelve aún más crucial en el Metaverso, donde las interacciones digitales pueden generar una gran cantidad de información personal. De igual manera, el respeto al principio de limitación de la finalidad garantiza que las experiencias personalizadas del Metaverso no comprometan la privacidad y los derechos de las personas. El “derecho al olvido”, por su parte, tiene un papel especialmente importante en el Metaverso. En un mundo digital en constante evolución, la capacidad de los individuos para eliminar sus datos personales puede ser un medio efectivo para controlar su identidad digital y proteger su privacidad. Por lo tanto, las empresas que operan en el Metaverso deberán proporcionar a los usuarios las herramientas necesarias para ejercer dicho derecho, *inter alia*⁸⁷.

49. El caso Google Spain vs. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González en 2014 marcó un hito en el ámbito de la protección de datos personales en Europa. En esta Sentencia, el TJUE estableció el “derecho al olvido”, permitiendo a los individuos solicitar a Google la eliminación de ciertos enlaces de los resultados de búsqueda que les conciernen. Este derecho, sin embargo, está lejos de ser absoluto, ya que debe equilibrarse con el interés público en tener acceso a la información. El alcance de este caso afectó no solo al tipo de datos personales que Google maneja, sino también a cómo y dónde se aplica dicha normativa. Como tal, la Sentencia se centró en la información personal considerada desactualizada, incorrecta o irrelevante⁸⁸. A raíz de esta decisión, Google limitó inicialmente el derecho al olvido a las solicitudes provenientes de los Estados miembros de la UE, reflejándose en las versiones europeas de su motor de búsqueda. Esto abrió un debate sobre la aplicación territorial de la normativa en materia de protección de datos. La cuestión de la responsabilidad también fue fundamental en este caso. El TJUE estableció que Google es responsable de los datos que procesa y presenta en sus resultados de búsqueda. De modo que, si la información se considera incorrecta, irrelevante o ya no es relevante, Google tiene la obligación de eliminar los enlaces a dicha información, siempre y cuando se cumpla con la normativa europea⁸⁹.

50. Sin embargo, la complejidad se acentúa cuando consideramos tecnologías como el navegador Tor y VPNs, que pueden usarse para falsear los datos de geolocalización, y las diferencias en la legislación nacional, como en Francia, donde los individuos pueden solicitar la supresión de sus datos personales directamente ante las autoridades nacionales. También surge un problema con los países que otorgan la nacionalidad por la vía del *ius sanguinis* en lugar del *ius soli*, como Italia. Esto significa que las normas de protección de datos aplicables pueden variar dependiendo de la nacionalidad y residencia del individuo. Esta diversidad de situaciones requiere un análisis *ad hoc* para determinar la jurisdicción competente, teniendo en cuenta factores como la ubicación del individuo, la naturaleza de la información, su relevancia y si existe un interés público en su accesibilidad.

51. La creación de diferentes versiones de Google, basadas en sus distintos dominios como “.com”, “.it”, “.es”, “.fr”, entre otros, ha introducido una manera alternativa de manejar la información, lo que podría considerarse como una “fragmentación de la información”. Esto se debe a que la legislación que rige el uso y gestión de la información puede variar considerablemente de un dominio a otro. Por ejemplo, el dominio internacional “.com” podría estar sujeto a normativas diferentes que las aplicables a los dominios específicos de cada país, como “.es” para España, “.it” para Italia, “.fr” para Francia, *inter*

⁸⁷ Sobre esta materia, vid. J. AUSLOOS, *The Right to Erasure in EU Data Protection Law: From Individual Rights to Personal Protection*, Oxford University Press, 2020.

⁸⁸ S. KULK, F.Z. BORGESIU, “Google Spain v. González: Did the Court Forget about Freedom of Expression?: Case C-131/12 Google Spain SL and Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos and Mario Costeja González”, *European Journal of Risk Regulation*, vol. 5(3), 2014, p. 389.

⁸⁹ D. SVANTESSON, “The Google Spain Case: Part of a Harmful Trend of Jurisdictional Overreach”, *European University Institute Robert Schuman Centre for Advanced Studies Research Paper*, n° RSCAS 2015/45, 2015.

alia. Esta situación ha añadido una capa de complejidad en la interpretación y aplicación del “derecho al olvido” y las regulaciones de protección de datos en general. Específicamente, podría resultar desafiante para las personas entender y navegar por las diferentes normativas de protección de datos que pueden aplicarse según el dominio que estén utilizando. Entendemos que la estrategia o “modelo Google” sería perfectamente aplicable al Metaverso, un espacio digital interconectado que simula universos alternativos, esta “fragmentación de la información” puede presentar desafíos similares⁹⁰. En un entorno donde los usuarios pueden moverse virtualmente entre distintos espacios digitales, las reglas de protección de datos podrían variar dependiendo del espacio digital o “dominio” en el que se encuentren. Además, en un Metaverso global, las distintas normativas en materia de protección de datos de diferentes jurisdicciones pueden entrar en conflicto, añadiendo aún más complejidad. Esto puede hacer que sea difícil para los usuarios entender sus derechos y para los proveedores de bienes y servicios en el Metaverso cumplir con todas las normativas aplicables. Por lo tanto, es esencial que se establezcan normativas claras y uniformes de protección de datos en estos espacios virtuales para proteger los derechos de los usuarios y proporcionar una experiencia de usuario segura y confiable.

52. El RGPD trae consigo una transformación significativa en las obligaciones que incumben a las empresas. Este marco normativo no se limita a requerir que las compañías se ajusten a la normativa, sino que va un paso más allá. El RGPD exige a las empresas demostrar de manera proactiva su conformidad con las disposiciones del Reglamento a través de una serie de acciones específicas. Una de estas medidas es la realización de Evaluaciones de Impacto de Protección de Datos (EIPD). Estas evaluaciones son análisis sistemáticos que las empresas deben llevar a cabo cuando planean implementar nuevas tecnologías o procesos que puedan tener un impacto significativo en la protección de los datos personales. Otra disposición importante del RGPD es la designación de un Delegado de Protección de Datos (DPD) o *Data Protection Officer* (DPO, por sus siglas en inglés). Esta figura desempeña un papel fundamental en garantizar el cumplimiento con las normas de protección de datos, ya que tiene la responsabilidad de supervisar las actividades de tratamiento de datos de la empresa y asesorar sobre el cumplimiento del RGPD. En el contexto del Metaverso, la aplicación de estas medidas adquiere una relevancia crucial. Esto puede implicar la realización de EIPD antes de implementar nuevas características o tecnologías en el Metaverso, para evaluar y mitigar los posibles riesgos para la protección de los datos personales. Además, la designación de un DPD puede ser esencial para asegurar que las prácticas de tratamiento de datos en el Metaverso se ajusten a las normativas y respeten los derechos de los usuarios. En última instancia, estas medidas pueden contribuir a generar un entorno de confianza y seguridad en el Metaverso, que proteja la privacidad de los usuarios y cumpla con las normas de protección de datos⁹¹.

53. El RGPD tiene en sus disposiciones sanciones rigurosas para las empresas que no logren cumplir con sus requerimientos. La gravedad de estas sanciones se determina en función de la seriedad de la violación. Las empresas pueden enfrentar multas de hasta 20 millones de euros o el 4% de su facturación anual global, dependiendo de cuál de las dos cifras sea mayor. Estas penalizaciones no sólo evidencian la intensa importancia que la UE asigna a la protección de datos, sino que también funcionan como un potente incentivo para que las empresas tomen acciones concretas para asegurar su cumplimiento. Recientemente, empresas como Meta han sido sancionadas por violar las disposiciones del RGPD. El 22 de mayo de 2023, Meta fue penalizada con una multa de 1.200 millones de euros. No obstante, no ha sido la primera vez que ha tenido que enfrentar sanciones de esta índole. En 2022, Instagram, una de sus plataformas, ya fue multada con 405 millones de euros, mientras que, en 2021, WhatsApp, otra plataforma de la misma empresa, tuvo que hacer frente a una multa de 225 millones de euros.

⁹⁰ Véanse, *inter alia*, H. NING, H. WANG, Y. LIN, W. WANG, S. DHELM, F. FARHA, J. DING, M. DANESHMAND, “A survey on metaverse: the state-of-the-art, technologies, applications, and challenges”, *ArXiv*, 2021. [En línea] Disponible en: <http://arxiv.org/abs/2111.09673>. S. PARK, Y. KIM, “A metaverse: taxonomy, components, applications, and open challenges”, *IEEE Access*, vol. 10, 2022, pp. 4209-4251. [En línea] Disponible en: <https://doi.org/10.1109/ACCESS.2021.3140175>

⁹¹ C. ÁLVAREZ RIGAUDIAS, A. SPINA, “Article 37: Designation of the Data Protection Officer”, en C. KUNER Y OTROS (eds.), *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary*, Oxford University Press, 2020.

54. La naturaleza global de Internet y el rápido crecimiento de las empresas de tecnología estadounidenses han propiciado un conflicto jurisdiccional en el terreno de la protección de datos. Aunque el RGPD se aplica a todas las empresas que operan en la UE, sin importar su ubicación geográfica, la aplicación efectiva de este Reglamento más allá de las fronteras europeas ha representado un desafío considerable. El RGPD fue concebido primordialmente para proteger a los ciudadanos europeos. No obstante, dado el carácter global de la recogida de datos, se puede interpretar que el RGPD tiene una vocación más amplia, o al menos expansiva. En teoría, si una empresa no europea recoge datos de un ciudadano de la UE, debería cumplir con el RGPD. Sin embargo, hacer valer esto en la práctica puede ser sumamente complicado. Las autoridades europeas tienen limitada capacidad para sancionar a empresas localizadas fuera de su jurisdicción. Además, las discrepancias entre la normativa de privacidad de datos en la UE y en los EE.UU. pueden generar situaciones en las que las empresas se ven atrapadas entre dos marcos legales divergentes. Estos conflictos jurisdiccionales podrían intensificarse en el Metaverso. Al ser un espacio digital global e interconectado que imita diferentes realidades, el Metaverso podría involucrar la recopilación y el procesamiento de datos de usuarios de todo el mundo. Las empresas que operan en el Metaverso tendrían que navegar por estas complejidades jurisdiccionales y garantizar que cumplen con las regulaciones de protección de datos en todas las regiones en las que operan. Esto podría implicar la adopción de un enfoque de “máximo cumplimiento”, en el que se apliquen los estándares de protección de datos más rigurosos, como los del RGPD, independientemente de la ubicación del usuario. Sin embargo, esto puede resultar desafiante, dadas las diferencias entre las normativas en materia de protección de datos de diferentes jurisdicciones. Por tanto, sería conveniente adoptar un enfoque global y coherente para la regulación de la protección de datos en el Metaverso, que proteja la privacidad de los usuarios sin importar su ubicación geográfica.

55. La interacción entre la protección de datos y la globalización genera interrogantes relevantes sobre el futuro de la privacidad en el ciberespacio⁹². Si bien el RGPD puede interpretarse como un esfuerzo por extender la influencia de Europa en el ámbito de la privacidad de datos, es probable que su eficacia esté restringida sin una colaboración internacional sólida⁹³. Podría ser necesario llegar a acuerdos globales para asegurar la privacidad de los datos en nuestro mundo hiperconectado actual. La universalidad de la normativa de protección de datos, al menos en cierta medida, podría ser indispensable para garantizar la protección de todos los ciudadanos, independientemente de la ubicación de las empresas que recolectan y utilizan sus datos. Aunque alcanzar este punto puede representar un camino largo y complejo, es un diálogo que debe continuar a medida que avanzamos en el siglo XXI. Cuando situamos este tema en el contexto del Metaverso, se intensifican las implicaciones. Como un espacio digital global e interconectado, el Metaverso abarca diferentes jurisdicciones y reúne a usuarios de todo el mundo. Las normas actuales de protección de datos, incluyendo el RGPD, pueden resultar insuficientes para regular de manera efectiva la privacidad de los datos en este nuevo espacio digital. En este sentido, la necesidad de acuerdos internacionales sobre la protección de datos puede ser aún más crucial en el Metaverso. Estos acuerdos podrían establecer estándares globales o principios generales para la recopilación, el uso y la protección de los datos personales en el Metaverso, garantizando la privacidad y los derechos de los usuarios en todo el mundo. El camino hacia estos acuerdos globales puede ser largo y lleno de desafíos. Sin embargo, es una conversación necesaria y urgente a medida que el Metaverso continúa desarrollándose y jugando un papel cada vez más prominente en nuestras vidas digitales.

VII. Los acuerdos transatlánticos en materia de protección de datos

56. Las relaciones entre la UE y los EE.UU., en lo que respecta a la protección de datos personales, han estado marcadas por el establecimiento y posterior anulación de dos acuerdos clave: el de

⁹² L.A. BYGRAVE, *Data Privacy Law: An International Perspective*, Oxford University Press, 2014.

⁹³ U. KOHL, “Jurisdiction in Cyberspace” en N TSAGOURIAS, R BUCHAN (eds.), *Research Handbook on International Law and Cyberspace*, Edward Elgar Publishing, 2015.

Safe Harbour (Puerto Seguro) y *Privacy Shield* (Escudo de la Privacidad)⁹⁴. Estos acuerdos, nacidos con el objetivo de salvaguardar los datos personales de los ciudadanos de la UE durante su transferencia hacia los EE.UU., buscaban respetar las normativas europeas de protección de datos en este proceso transatlántico.

57. El primero de éstos, el Acuerdo de Puerto Seguro, fue una política adoptada por la Comisión Europea el 26 de julio de 2000 que permitía a las empresas de EE.UU. transferir datos personales de ciudadanos de la UE a los EE.UU., siempre y cuando demostraran que brindaban un nivel adecuado de protección de datos. *Safe Harbor* se basaba en una serie de principios a los que las empresas estadounidenses se comprometían a adherirse. Estos principios incluían el aviso (las empresas debían informar a las personas acerca de cómo se recopilan y usan sus datos), la elección (los usuarios debían tener la opción de optar por no participar si sus datos personales se iban a divulgar a terceros o usarse para un propósito distinto al original) y el acceso (los usuarios debían poder acceder a sus datos personales y corregirlos o eliminarlos si eran inexactos). Asimismo, también se establecieron procedimientos para resolver posibles disputas⁹⁵. No obstante, la revelación en 2013 del caso Edward Snowden, que expuso la vigilancia masiva realizada por la Agencia de Seguridad Nacional (NSA) estadounidense, sembró la duda sobre si las medidas de protección y privacidad de los EE.UU. eran realmente suficientes⁹⁶. La UE reaccionó ante esta situación con un profundo escepticismo, lo que llevó a una reconsideración de los acuerdos vigentes⁹⁷.

58. En el fallo del caso *Schrems I*, el TJUE estableció que el Acuerdo de Puerto Seguro no cumplía con una protección adecuada para los datos de los ciudadanos europeos⁹⁸. Esta Sentencia condujo a la negociación de un nuevo acuerdo en 2016, el Escudo de Privacidad, que pretendía otorgar mayores garantías y un mayor nivel de protección de los datos transferidos⁹⁹. Los principios rectores de este acuerdo incluían: aviso e información (las empresas deben informar a las personas sobre qué datos están recogiendo y cómo se utilizarán, incluyendo si los datos se transfieren a terceros), elección (los usuarios deben tener la opción de optar por no permitir que sus datos sean compartidos con terceros o utilizados para un propósito materialmente diferente al original para el cual fueron recogidos), responsabilidad por la transferencia posterior de datos (las empresas están obligadas a cumplir con los principios de *Privacy Shield* incluso cuando los datos personales se transfieren a terceros), seguridad (las empresas deben tomar medidas razonables y apropiadas para proteger los datos personales de la pérdida, mal uso y acceso no autorizado), integridad y limitación de la finalidad de los datos (los datos personales deben ser relevantes para los fines para los que se van a utilizar y las empresas deben tomar medidas razonables para garantizar que los datos son precisos, completos y actualizados), acceso (los usuarios tienen el derecho de acceder a sus datos personales y de corregir, modificar o eliminar cualquier información que sea inexacta) y el derecho a interponer recursos, que se aplique la Ley e imputabilidad (las empresas deben proporcionar mecanismos para asegurar el cumplimiento de estos principios y proporcionar recursos para los usuarios que consideren que sus derechos no se han respetado). Sin embargo, en la Sentencia del 16 de julio de 2020, este acuerdo tampoco resistió el escrutinio legal en el caso *Schrems II*, y el TJUE dictaminó que la normativa vigente estadounidense no brindaba una protección suficiente¹⁰⁰.

⁹⁴ J.M. ASSEY, D.A. ELEFTHERIOU, “The EU–US Privacy Safe Harbor: Smooth Sailing or Troubled Waters?”, *CommLaw Conspectus*, vol. 9, 2001, p. 145.

⁹⁵ M. SCHREMS, “The Privacy Shield Is a Soft Update of the Safe Harbor”, *European Data Protection Law Review*, vol. 2(2), 2016, p. 148; y también L. COLONNA, “Article 4 of the EU Data Protection Directive and the Irrelevance of the EU–US Safe Harbor Program?”, *International Data Privacy Law*, vol. 4(3), 2014, p. 203.

⁹⁶ A. CHANDER, U.P. LÊ, “Data Nationalism”, *Emory Law Journal*, vol. 64, n° 3, 2015, p. 677.

⁹⁷ R. CAROLINA, “Why the EU Has Issued Relatively Few Data Protection Adequacy Determinations? A Reply”, *Lawfare*, 13 enero 2017. [En línea] Disponible en: www.lawfareblog.com/why-eu-has-issued-relatively-few-data-protection-adequacy-determinations-reply.

⁹⁸ STJUE 6 octubre 2015, *Schrems*, C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650.

⁹⁹ D. COLE, F. FABBRINI, “Bridging the Transatlantic Divide? The United States, the European Union, and the Protection of Privacy across Borders”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 14, n° 1, 2016, p. 220.

¹⁰⁰ STJUE 16 julio 2020, *Facebook Ireland y Schrems*, C-311/18, ECLI:EU:C:2020:559.

59. La revocación del Escudo de Privacidad tuvo una serie de consecuencias inmediatas para aquellas empresas que realizaban transferencias de datos extracomunitarias. Como recuerda el TJUE en la Sentencia Schrems II, el RGPD exige a los exportadores de datos que evalúen las condiciones que rigen las transferencias y que establezcan las medidas adecuadas para garantizar que estos datos estén sujetos a una protección sustancialmente equivalente a la garantizada en la UE. Tanto los controladores de datos como los procesadores que transfieren datos son responsables de estos requisitos¹⁰¹. De modo que, en la práctica, las organizaciones que transfieren los datos en aplicación de la legislación de los EE.UU. fueron las principales afectadas por esta Sentencia. Ante esta situación, se planteó que las autoridades de control de los Estados miembros de la UE no podían proporcionar respuestas individualizadas a las solicitudes de empresas y organizaciones que deseaban transferir datos a terceros países.

60. En ausencia del Escudo de Privacidad y de una decisión de adecuación válida, los mecanismos disponibles para las transferencias internacionales de datos resultaron ser las cláusulas contractuales tipo (en inglés, *Standard Contractual Clauses*, SCCs)¹⁰² y las normas corporativas vinculantes (en inglés, *Binding Corporate Rules*, BCRs). No obstante, con arreglo a la Sentencia Schrems II, tanto unas como otras requieren de análisis para asegurar que se están proporcionando garantías adecuadas para la transferencia internacional de datos a terceros países que no cuentan con una decisión de adecuación de la Comisión Europea (entre ellos, EE.UU.). La mera existencia de cláusulas contractuales tipo no era suficiente, pues lo esencial era realizar una evaluación de las garantías existentes en la práctica. Cuando el destinatario de la transferencia no cumplía, o ya no podía cumplir, las garantías adecuadas que debían exigirse en el cumplimiento de cláusulas contractuales tipo de protección de datos (o de normas corporativas vinculantes), el TJUE señaló que “la suspensión de la transferencia de los datos o la rescisión del contrato es obligatoria para el responsable del tratamiento”¹⁰³.

61. Esta fase de inseguridad jurídica, posterior a Schrems II, concluyó el pasado 25 de marzo de 2022. En esa fecha, la Presidenta de la Comisión Europea Ursula von der Leyen y el Presidente de los EE.UU. Joe Biden acordaron los principios de un nuevo marco para la privacidad de datos entre estas dos potencias. Este marco busca promover los flujos de datos transatlánticos y abordar las preocupaciones identificadas por el TJUE¹⁰⁴. Para alcanzar este objetivo, los equipos legales de ambos lados del Atlántico han dedicado varios meses a formular y materializar los detalles de este acuerdo, resultando en un nuevo marco legal. Finalmente, el 7 de octubre, el Presidente Biden firmó una orden ejecutiva titulada “Mejora de las salvaguardias para las actividades de inteligencia de señales de los EE.UU.”. Junto con las regulaciones emitidas por el Fiscal General, esta orden ejecutiva restringe el acceso a los datos de la UE por parte de los servicios de inteligencia de EE.UU. y establece un Tribunal de Revisión de Protección de Datos. Esta acción constituye un hito crucial en el desarrollo del nuevo Acuerdo Transatlántico de Transferencia de Datos, que se examinará en profundidad en la siguiente sección del estudio¹⁰⁵.

¹⁰¹ De acuerdo con el principio de responsabilidad, es la organización que realiza la cesión de datos quien debe evaluar si los datos transferidos al tercer país se beneficiarán de un nivel adecuado de protección. No corresponde a los tribunales ni a las autoridades de control realizar estas evaluaciones para todos los terceros países a los que se puedan transferir datos personales.

¹⁰² Decisión de ejecución (UE) 2021/914 de la Comisión de 4 de junio de 2021 relativa a las cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos personales a terceros países de conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo. Texto íntegro disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A32021D0914>

¹⁰³ STJUE 16 julio 2020, *Facebook Ireland* y *Schrems*, C-311/18, ECLI:EU:C:2020:559, apartado 140.

¹⁰⁴ Para más información, en cuanto al borrador, COMMISSION IMPLEMENTING DECISION of XXX pursuant to Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council on the adequate level of protection of personal data under the EU-US Data Privacy Framework, está disponible en https://commission.europa.eu/document/e5a39b3c-6e7c-4c89-9dc7-016d719e3d12_en

¹⁰⁵ A. CHANDER, P.M. SCHWARTZ, “Privacy and/or Trade”, *University Chicago Law Review*, vol. 90, n° 1, 2023, p. 1.

VIII. El nuevo Acuerdo Transatlántico de Transferencia de Datos

62. El 10 de julio de 2023, las dos Grandes Potencias concluyeron sus negociaciones que culminaron en la adopción de la Decisión de Ejecución¹⁰⁶ de la Comisión Europea¹⁰⁷. Esta Decisión establece toda una serie de reglas relativas a la transferencia de datos personales desde la UE hacia países terceros y organizaciones internacionales, bajo el paraguas del RGPD¹⁰⁸. El objetivo principal de esta normativa es proteger la integridad de los datos personales durante su transferencia internacional, con el fin de asegurar un nivel de protección similar al que se otorga en la UE. La adopción de esta Decisión elimina la necesidad de autorización adicional para la transferencia de datos, siempre y cuando el tercer país ofrezca un nivel de protección que sea “esencialmente equivalente” al de la UE. El criterio de “equivalencia esencial” se determina mediante un análisis exhaustivo del sistema legal del tercer país, las regulaciones aplicables a los importadores de datos, y las salvaguardias relacionadas con el acceso a datos personales por parte de autoridades públicas¹⁰⁹.

63. La Sentencia Schrems II del TJUE, de 16 de julio de 2020, que anuló el acuerdo previo de transferencia de datos entre la UE y los EE.UU. debido a las limitaciones de protección de datos personales en el Derecho interno estadounidense, sirvió como un ejemplo clave en el establecimiento de requisitos para una nueva decisión de adecuación. En respuesta a Schrems II, se iniciaron conversaciones entre la Comisión y el Gobierno de los EE.UU. para una posible nueva decisión de adecuación. Como resultado, EE.UU. adoptó medidas para mejorar las salvaguardias de las actividades de inteligencia y actualizar el marco legal aplicable a las entidades comerciales que procesan datos transferidos desde la UE. Finalmente, la Comisión ha concluido que los EE.UU. garantizan un nivel de protección adecuado para los datos personales transferidos desde la UE a las organizaciones certificadas de los EE.UU., permitiendo así las transferencias de datos sin necesidad de una autorización adicional¹¹⁰.

64. En relación con el Metaverso, esta decisión implica que los datos personales de los usuarios de la UE pueden ser transferidos de manera segura a entidades en los EE.UU. que operan en este espa-

¹⁰⁶ La elección del instrumento legal, en este caso, la Decisión de Ejecución, puede deberse a varias razones. (1) Eficacia inmediata: las Decisiones de Ejecución son vinculantes en su totalidad y entran en vigor de inmediato en todos los Estados miembros sin la necesidad de legislación adicional a nivel nacional. Esto garantiza una aplicación uniforme y rápida de las reglas en toda la UE. (2) Directamente aplicable a los destinatarios: las Decisiones de Ejecución pueden ser dirigidas a los Estados miembros, a grupos de Estados miembros o a individuos y entidades específicas. En este caso, la Decisión de Ejecución se aplica directamente a todas las entidades que manejan datos personales en la UE, lo que les impone obligaciones legales claras en relación con la transferencia de datos a terceros países. (3) Procedimiento eficiente: la adopción de una Decisión de Ejecución puede ser más rápida y eficiente que otros procedimientos legislativos, como la adopción de una Directiva, que requiere la transposición a las leyes nacionales de cada Estado miembro. (4) Garantía de conformidad: La Decisión de Ejecución se utiliza cuando es necesario garantizar que las disposiciones legales de la UE se apliquen de la misma manera en todos los Estados miembros. En este caso, se garantiza que la protección de los datos personales en las transferencias internacionales se maneje de manera uniforme en toda la UE. (5) Rápida respuesta a desarrollos globales: los avances tecnológicos y los cambios en las prácticas de transferencia de datos pueden requerir una respuesta rápida por parte de la UE. Una Decisión de Ejecución permite a la Comisión actuar de manera más rápida y decisiva. Es importante destacar que, aunque las Decisiones de Ejecución son efectivas y rápidas, se espera que la Comisión consulte a los comités de los Estados miembros y tenga en cuenta su posición, según el procedimiento de comitología. Este procedimiento garantiza que los Estados miembros puedan influir en la formación de la decisión.

¹⁰⁷ Decisión de Ejecución de la comisión de 10 de julio de 2023, de conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo al nivel adecuado de protección de los datos personales en el marco de privacidad de datos entre la UE y los EE.UU. Texto íntegro disponible en: https://commission.europa.eu/system/files/2023-07/Adequacy%20decision%20EU-US%20Data%20Privacy%20Framework_en.pdf

¹⁰⁸ E. FAHEY, *The Global Reach of EU Law*, Routledge, 2017.

¹⁰⁹ Este proceso implica una evaluación del marco legal y las prácticas de protección de datos en el país tercero, incluyendo las leyes de privacidad, los derechos de los individuos, la existencia de una autoridad de protección de datos, etc. Asimismo, este análisis también considera la existencia de medidas de seguridad adecuadas para proteger los datos personales contra el acceso no autorizado o ilegal.

¹¹⁰ Este pasaje hace referencia a la posibilidad de transferir datos personales de la UE a los EE.UU. sin la necesidad de salvaguardias adicionales, como las Cláusulas Contractuales Estándar (CCE) o las Reglas Corporativas Vinculantes (BCR), gracias a la decisión de adecuación.

cio virtual. Para ello, bastará con que las empresas que brindan servicios en el Metaverso se adhieran a los requisitos de la Decisión para garantizar un nivel adecuado de protección de datos y mantengan la confianza de los usuarios.

65. El nuevo Marco de Protección de la Privacidad de los Datos UE-EE.UU. (DPF UE-EE.UU.) opera a través de un sistema de certificación y está sujeto a una revisión anual¹¹¹. Se aplica a todas las organizaciones estadounidenses que actúan como responsables o encargados del tratamiento de datos personales¹¹², y su ámbito se extiende a cualquier dato personal transferido desde la UE a organizaciones en los EE.UU. que se adhieren a sus principios. El marco establece que los datos personales deben ser tratados de manera justa y legal y recolectados para fines específicos. También requiere que los interesados tengan la opción de oponerse al uso de sus datos para una nueva finalidad o su divulgación a un tercero. En el caso del tratamiento de categorías especiales de datos, tales como condiciones médicas, origen racial, opiniones políticas, creencias religiosas, afiliación sindical e información sobre la vida u orientación sexual, se requieren salvaguardias específicas. Los datos sensibles deben ser tratados con cuidado especial, y su uso para fines diferentes a los originalmente recolectados o autorizados posteriormente debe ser con el consentimiento explícito de las personas. En el Metaverso, la aplicación de este marco de protección de datos significa que las empresas que operan en este entorno virtual deben garantizar la protección de los datos personales de sus usuarios de acuerdo con estas directrices, fomentando la confianza y la seguridad en cualquiera de las manifestaciones de su interacción o actividad digital.

66. La precisión y minimización de los datos son principios cruciales para la protección de la información personal en el marco del nuevo Acuerdo. Los datos personales deben ser exactos, relevantes y limitados a lo que es necesario para el propósito por el que se están procesando¹¹³. Su conservación debe limitarse sólo al tiempo necesario para lograr los fines previstos, respetando así el principio de integridad y limitación de finalidad de los datos¹¹⁴. En el Metaverso, la gestión de los datos personales podría ampliarse a períodos más largos si sirve razonablemente a fines específicos como el archivo en interés público, periodismo, literatura y arte, investigación científica e histórica y análisis estadístico¹¹⁵.

¹¹¹ La revisión anual es una característica clave de este marco y sirve para verificar que los EE.UU. siguen ofreciendo un nivel adecuado de protección de datos. Esto puede implicar el análisis de la legislación y las prácticas de los EE.UU., así como la evaluación del funcionamiento del sistema de certificación.

¹¹² En la legislación de la UE, los “datos sensibles” o “datos personales de categorías especiales” son un subconjunto de datos personales que están sujetos a protecciones más estrictas debido a su naturaleza. Según el RGPD de la UE, estos datos incluyen información sobre origen racial o étnico, opiniones políticas, creencias religiosas o filosóficas, afiliación sindical, datos genéticos, datos biométricos procesados con el fin de identificar a una persona de manera única, salud, vida sexual u orientación sexual y condenas penales y delitos. El RGPD establece que el procesamiento de estos datos está en general prohibido, a menos que se aplique alguna de las excepciones previstas en el artículo 9.2 del RGPD. Algunas de estas excepciones incluyen el consentimiento explícito del individuo, la necesidad de procesar los datos para cumplir con las obligaciones y ejercer los derechos específicos del controlador en el campo del empleo y la seguridad social, la protección de los intereses vitales del individuo, o si los datos ya han sido publicados por el individuo. Esta categorización y protección de los “datos sensibles” se encuentra en el RGPD, específicamente en el artículo 9, titulado “Tratamiento de categorías especiales de datos personales”. El RGPD es la pieza principal de la legislación de la UE en lo que respecta a la protección de datos personales y la privacidad.

¹¹³ Principio de minimización de datos (Artículo 5.1.c del RGPD): este principio establece que los datos personales deben ser “adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son procesados”. En términos prácticos, significa que no se deben recoger o procesar más datos de los estrictamente necesarios para alcanzar el propósito definido. Este principio refuerza la noción de que el tratamiento de datos personales debe ser mínimo y restrictivo.

¹¹⁴ Principio de limitación de la conservación (Artículo 5.1.e del RGPD): este principio estipula que los datos personales deben ser “conservados de forma que se permita la identificación de los interesados durante no más tiempo del necesario para los fines del tratamiento de los datos personales”. Es decir, los datos no deben ser almacenados indefinidamente después de que se hayan logrado los fines del tratamiento. Este principio también implica que los datos deben ser actualizados y/o eliminados si ya no son necesarios o si el individuo ha solicitado su eliminación.

¹¹⁵ Casos excepcionales de conservación prolongada (Artículo 5.1.e del RGPD): en algunos casos, los datos personales pueden ser conservados durante un período de tiempo más largo, siempre que el tratamiento se realice únicamente con fines de archivo en interés público, investigación científica o histórica o fines estadísticos, de acuerdo con el artículo 89.1 del RGPD, siempre que se apliquen las medidas técnicas y organizativas apropiadas exigidas por el Reglamento para proteger los derechos y libertades del interesado.

Sin embargo, este procesamiento extendido debe hacerse con el consentimiento explícito del individuo y en conformidad con los principios de protección de datos¹¹⁶. En términos de seguridad, el Metaverso, como un entorno digital avanzado, debe garantizar la seguridad de los datos personales contra el tratamiento no autorizado o ilícito y contra la pérdida accidental, destrucción o daño¹¹⁷. Esto se logra a través del principio de seguridad, que exige la adopción de medidas de seguridad razonables y apropiadas, considerando los riesgos asociados con el procesamiento y la naturaleza de los datos¹¹⁸.

67. Las organizaciones que aspiran a certificarse bajo el marco del Acuerdo deben plantear un compromiso público de adhesión a sus principios. Es esencial que estas entidades posean y apliquen políticas de privacidad sólidas y efectivas. Este proceso de certificación implica proporcionar al Departamento de Comercio (DoC)¹¹⁹ información detallada sobre su estructura organizativa, propósitos de procesamiento de datos personales, tipo de datos que estarán bajo la protección de la certificación, método de verificación seleccionado, y la entidad con autoridad legal para garantizar el cumplimiento de los principios del Acuerdo. En el contexto del Metaverso, un universo virtual digital en expansión, la importancia de este proceso de certificación se intensifica. La certificación del DPF UE-EE.UU. no sólo sirve como una garantía de que una organización sigue un conjunto de normas y principios de protección de datos, sino que también se convierte en un distintivo de confianza para los usuarios del Metaverso que interactúan con estas organizaciones. Para continuar recibiendo datos personales de acuerdo con el DPF UE-EE.UU., las organizaciones deben ser parte de la lista del DPF del DoC y requerirán una renovación de la certificación de carácter anual. Si una organización decide abandonar el DPF, debe borrar todas las referencias que insinúen su participación continua en el Acuerdo. Esto es vital en el Metaverso, donde la confianza del usuario en las políticas de privacidad de una organización puede ser crítica para su éxito. El DoC se encarga de verificar el cumplimiento de todos los requisitos de certificación y confirmará que la organización tiene establecida una política de privacidad pública

¹¹⁶ Consentimiento explícito (Artículo 4.11 del RGPD): el consentimiento explícito es uno de los fundamentos legales para el tratamiento de datos personales en la UE. Se define como “toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen”. Es esencialmente un acuerdo claro y directo de la persona para permitir el tratamiento de sus datos personales. Este consentimiento debe ser libre, informado, específico e inequívoco, y los interesados tienen el derecho de retirarlo en cualquier momento.

¹¹⁷ Principio de seguridad (Artículo 5.1.f del RGPD): este principio sostiene que todos los datos personales deben ser procesados de manera que se asegure su seguridad, protegiéndolos contra el procesamiento no autorizado o ilícito y contra su pérdida, destrucción o daño accidental. Este principio implica que se deben implementar medidas técnicas y organizativas apropiadas para mantener la integridad y confidencialidad de los datos personales. Tales medidas pueden abarcar el uso de tecnologías de encriptación para proteger los datos cuando están en reposo o en tránsito, la implementación de software de seguridad como cortafuegos y antivirus, y el establecimiento de políticas de control de acceso para regular quién puede acceder a los datos. Además, este principio requiere la realización de evaluaciones regulares de riesgos y pruebas de seguridad para identificar y mitigar cualquier vulnerabilidad potencial que pueda poner en peligro la seguridad de los datos. De este modo, la aplicación efectiva del principio de seguridad puede requerir la adaptación y actualización constante de las medidas de seguridad en función de los cambios en los riesgos de seguridad y en el panorama de amenazas, así como de los avances en las tecnologías y las prácticas de seguridad.

¹¹⁸ Medidas de seguridad (Artículo 32 del RGPD): este artículo estipula que los responsables del tratamiento y los encargados del tratamiento deben implementar medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar un nivel de seguridad adecuado al riesgo. Estas medidas pueden incluir, entre otras, la pseudonimización y el cifrado de datos personales, la capacidad de garantizar la confidencialidad, integridad, disponibilidad y resistencia de los sistemas y servicios de tratamiento, y un proceso para probar, examinar y evaluar regularmente la eficacia de las medidas de seguridad. La selección de las medidas debe basarse en una evaluación del riesgo que tenga en cuenta la naturaleza de los datos que se están procesando y los riesgos que conlleva su tratamiento.

¹¹⁹ El Departamento de Comercio de los EE.UU. (DoC) es un organismo gubernamental que tiene una amplia gama de responsabilidades. En términos del Marco de Protección de la Privacidad UE-EE.UU., el DoC juega un papel esencial, ya que es el encargado de supervisar y administrar este marco. Esto implica asegurarse de que las empresas estadounidenses que reciben datos personales de la UE cumplen con los principios y requisitos establecidos en el marco. El DoC también mantiene una lista de las empresas que se han certificado bajo este marco, y proporciona un mecanismo para que las personas presenten quejas en caso de que sospechen que una empresa no está cumpliendo con sus obligaciones. Para más información véase: <https://www.commerce.gov>

adecuada. De ser necesario, el DoC también colaborará con la Comisión Federal de Comercio (FTC)¹²⁰ y el Departamento de Transporte (DoT)¹²¹ para confirmar la supervisión efectiva de las organizaciones y resolver cualquier litigio.

68. El DoC implementa un monitoreo constante para asegurar la adhesión de las organizaciones a los principios del DPF UE-EE.UU., utilizando una variedad de mecanismos como “controles aleatorios”¹²² y revisiones específicas en casos de posibles problemas de cumplimiento. En el Metaverso, la supervisión y cumplimiento son especialmente críticos debido a la naturaleza de interconexión y la cantidad de datos que se intercambian. Si una organización incumple los principios del DPF, será remitida a la autoridad competente para tomar acciones correctivas. Las infracciones persistentes pueden resultar en la eliminación de la lista del DPF¹²³, y la organización deberá eliminar o devolver los datos personales obtenidos bajo el Acuerdo.

69. El DoC tiene la responsabilidad de supervisar cualquier declaración falsa¹²⁴ de participación en el DPF UE-EE.UU. y el uso indebido de su marca de certificación¹²⁵. Este control se realiza tanto proactivamente como en respuesta a denuncias, por ejemplo, las emitidas por las Autoridades de Protección de Datos (APD)¹²⁶. En particular, el DoC lleva a cabo comprobaciones regulares para asegurar que las organizaciones (1) que se retiran del DPF UE-EE.UU., (2) no completan la re-certificación anual, (3) son eliminadas como participantes, o (4) no completan una certificación inicial, retiren todas las referencias al DPF UE-EE.UU. que podrían sugerir que la organización sigue activamente en el marco. En el contexto del Metaverso, el DoC puede incluso emplear búsquedas en línea para identificar menciones del DPF UE-EE.UU. en las políticas de privacidad de las organizaciones, con el fin de detectar y manejar declaraciones falsas de aquellas que nunca han sido parte del acuerdo. Para asegurar la protección de datos en la práctica, es esencial que existan autoridades independientes con competencias para supervisar y hacer cumplir las normas de protección de datos. En este caso, las organizaciones deben someterse a la jurisdicción de las autoridades estadounidenses competentes, como la FTC y el DoT. La FTC puede investigar el cumplimiento de los principios y las declaraciones falsas de adhesión a estos principios por parte de organizaciones que ya no están en la lista del DPF o que nunca se han certificado. Cuando se incumplen dichas órdenes, la FTC puede imponer sanciones civiles y otras medidas correctivas, lo cual puede resultar crítico para mantener la integridad del Metaverso.

70. El derecho a recursos eficientes, uno de los pilares esenciales del nuevo Acuerdo, se erige como un instrumento crucial para garantizar la protección de los datos de los individuos en la nueva era

¹²⁰ La Comisión Federal de Comercio (FTC) es una agencia independiente del Gobierno de los EE.UU., cuya misión es proteger a los consumidores y mantener la competencia en la economía del país. La FTC logra esto a través de la aplicación de las leyes antimonopolio y de protección al consumidor. En el contexto del Marco de Protección de la Privacidad UE-EE.UU., la FTC juega un papel crucial, ya que puede tomar medidas de cumplimiento contra las empresas que no respetan sus obligaciones bajo el marco. La FTC también tiene la facultad de investigar y llevar a cabo acciones legales contra las empresas que se involucran en prácticas comerciales desleales o engañosas. Para más información véase: <https://www.ftc.gov/es>.

¹²¹ El Departamento de Transporte de los EE.UU. (DoT) es la agencia federal encargada de supervisar y coordinar todos los medios de transporte en el país. Esto incluye la regulación de la aviación, el ferrocarril, la navegación marítima, las carreteras y el transporte público. Aunque el DoT no tiene un papel directo en el Marco de Protección de la Privacidad UE-EE.UU., puede estar involucrado en la supervisión de las empresas de transporte que manejan datos personales y que se han certificado bajo el marco. Para más información véase: <https://www.transportation.gov>

¹²² Los controles aleatorios son una serie de inspecciones sin previo aviso que realiza el DoC con el objetivo de garantizar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el DPF UE-EE.UU. por parte de las organizaciones certificadas.

¹²³ La lista del DPF es una lista pública mantenida por el DoC que enumera todas las organizaciones que han sido certificadas y están en conformidad con los principios del DPF UE-EE.UU.

¹²⁴ La declaración falsa de participación en el DPF UE-EE.UU. se refiere a cualquier reclamación incorrecta o engañosa hecha por una organización que afirma estar certificada y en conformidad con los principios del DPF UE-EE.UU., cuando en realidad no es así.

¹²⁵ Las Autoridades de Protección de Datos (APD) son instituciones o entidades públicas independientes encargadas de supervisar la correcta aplicación de la normativa de protección de datos en un territorio específico.

¹²⁶ La marca de certificación del DPF UE-EE.UU. es el logo o insignia proporcionado a la organización por el DoC que indica que cumplen con los principios del DPF UE-EE.UU.

digital y, particularmente, en el Metaverso, en tanto que un universo digital en expansión. Este principio impulsa el derecho de las personas a recurrir a mecanismos de resolución independientes, efectivos y accesibles para solucionar disputas relacionadas con la gestión de sus datos. La esencia de este principio reside en su naturaleza efectiva y accesible, permitiendo que los usuarios que habitan el Metaverso presenten quejas y exijan reparaciones por infracciones sin costo alguno. En este sentido, las organizaciones que operan dentro del Metaverso y están certificadas bajo el DPF UE-EE.UU. deben proveer dichos mecanismos de reparación. Estos mecanismos pueden ser proporcionados tanto en la UE como en los EE.UU. y pueden incluir la cooperación con las APD de la UE, la resolución alternativa de litigios¹²⁷ o los programas de privacidad desarrollados por el sector privado. En el mundo virtual del Metaverso, donde los datos de los usuarios son un componente esencial para la experiencia del usuario, estos mecanismos son especialmente relevantes. El DPF UE-EE.UU. establece un marco que asegura que los usuarios puedan presentar reclamaciones ante la organización, un organismo de resolución de litigios designado por la organización, las APD nacionales, el DoC de los EE.UU. o la FTC de los EE.UU. Para una comunicación más fluida, las organizaciones deben proporcionar una respuesta a los usuarios dentro de los 45 días desde la recepción de la reclamación. En el Metaverso, la rapidez y eficiencia de estos procesos son vitales para mantener la confianza y seguridad de los usuarios.

71. Los mecanismos de reparación establecidos por el DPF UE-EE.UU. también incluyen la posibilidad de acudir a arbitrajes vinculantes¹²⁸, proporcionando un mecanismo de última instancia en caso de que los otros canales de resolución de quejas o recursos no hayan proporcionado una resolución satisfactoria. En el Metaverso, este tipo de resoluciones vinculantes pueden ser de especial relevancia dada la complejidad y la rapidez de evolución de las tecnologías y los escenarios que pueden surgir. Es

¹²⁷ En el contexto de la protección de datos y las transferencias entre la UE y los EE.UU., la resolución alternativa de litigios desempeña un papel crucial. Este enfoque permite que los usuarios y las organizaciones aborden y resuelvan disputas de manera eficiente, sin recurrir a los costosos y a menudo prolongados procesos judiciales. En el marco del nuevo Acuerdo, las organizaciones tienen la responsabilidad de proporcionar a los usuarios el acceso a estos mecanismos sin coste alguno. Esto significa que si un usuario de la UE tiene una queja sobre cómo una organización certificada bajo el DPF UE-EE.UU. está manejando sus datos personales, tiene derecho a utilizar uno de estos mecanismos para resolver la disputa. Ello puede implicar mediación, en la que un tercero neutral ayudará a las partes a entender el punto de vista de la otra y a explorar posibles soluciones; o puede implicar arbitraje, donde las partes presentan sus argumentos y pruebas a un árbitro o panel de árbitros que tomarán una decisión vinculante o no vinculante. En el contexto del Metaverso, el papel de los métodos alternativos de resolución de controversias es especialmente importante. Dado que el Metaverso es un universo digital en constante expansión con una gran cantidad de intercambio de datos, las futuras disputas sobre la gestión de los datos personales son más que probables. Aquí, estos métodos proporcionar una vía rápida y eficiente para la resolución de disputas, lo cual es crucial en un entorno digital donde las expectativas de los usuarios para una resolución rápida son altas. Por último, es importante destacar que, independientemente del mecanismo elegido, el hecho de que las organizaciones deben proporcionar una respuesta a las reclamaciones de los usuarios dentro de los 45 días desde la recepción de la reclamación. Esta eficiencia temporal contribuye a mantener la confianza de los usuarios en las organizaciones que operan en el Metaverso, y refuerza la integridad de este universo digital.

¹²⁸ El Anexo I del Acuerdo, titulado “Modelo Arbitral”, establece los procedimientos y condiciones para el arbitraje de reclamaciones relacionadas con datos cubiertos por el Marco de Protección de Datos UE-EE.UU. Se proporciona como un medio rápido, independiente y justo para resolver las reclamaciones por violación de los Principios del DPF que no se han resuelto por otros mecanismos. El alcance del arbitraje está limitado a determinar si una organización ha incumplido sus obligaciones en virtud de los Principios en relación con una persona, y si tal incumplimiento persiste total o parcialmente sin resolver. El arbitraje no se aplica a las excepciones a los Principios o a una afirmación sobre la adecuación del DPF. El Panel del Marco de Privacidad de Datos UE-EE.UU., compuesto por uno o tres árbitros, está facultado para resolver de forma equitativa cuestiones no monetarias y específicas para cada persona (como acceso, corrección, eliminación o devolución de los datos personales) con el objetivo de evitar la posible violación de los Principios. Antes de solicitar el arbitraje, una persona debe seguir ciertos pasos, como plantear la infracción a la organización, utilizar el mecanismo de recurso independiente previsto en los Principios, y plantear la cuestión al Departamento a través del APD. Las decisiones del arbitraje son vinculantes y, una vez invocado, el individuo renuncia a la opción de solicitar reparación por la misma infracción alegada en otro foro, a menos que no se haya invocado la opción de arbitraje. Las partes pueden solicitar la revisión judicial y la ejecución de las decisiones arbitrales de acuerdo con la ley de EE.UU., bajo la Ley Federal de Arbitraje. Sin embargo, las decisiones no pretenden funcionar como precedentes vinculantes para otras partes. El panel de arbitraje será seleccionado a partir de una lista de árbitros preparada por el Departamento y la Comisión, elegidos por su independencia, integridad y experiencia. El Anexo proporciona también detalles sobre los procedimientos de arbitraje, que incluyen cómo un individuo puede iniciar un arbitraje, cómo garantizar que no se reciban remedios o procedimientos duplicados, la acción paralela de la FTC, la no participación de ciertas autoridades en los arbitrajes, y el lugar y la forma de participación en el arbitraje.

fundamental que los usuarios del Metaverso estén al tanto de sus derechos y de las vías de reparación disponibles. Asegurar el cumplimiento de estos principios en el Metaverso no sólo requiere la existencia de estos mecanismos, sino también una concienciación constante y un compromiso por parte de las organizaciones para cumplir con los principios de privacidad y protección de datos en este nuevo entorno digital.

72. La Comisión Europea ha profundizado en la evaluación de las limitaciones, salvaguardias, supervisión y los recursos individuales disponibles en la legislación estadounidense con respecto a la recolección y uso posterior de datos personales transferidos a controladores y procesadores en los EE.UU. por autoridades públicas para intereses públicos, particularmente para fines de aplicación de Derecho Penal y seguridad nacional. En este análisis, se han establecido criterios claves que incluyen, en primer lugar, que cualquier limitación al derecho a la protección de datos personales debe estar estipulada por la ley y, en segundo lugar, que estas leyes deben proporcionar garantías mínimas para que las personas cuyos datos han sido transferidos tengan la capacidad de proteger eficazmente sus datos personales contra el riesgo de abuso. En particular, se debe permitir a las personas la oportunidad de tomar acciones legales ante un tribunal independiente e imparcial para acceder a sus datos personales u obtener su rectificación o eliminación. Aplicando estos principios al marco del Metaverso, se puede inferir que las mismas reglas se aplicarían a los datos personales recopilados y utilizados dentro de estos espacios virtuales. Esto significa que las autoridades públicas de los EE.UU. sólo pueden acceder y utilizar estos datos si cumplen con los criterios y salvaguardias previamente mencionados. En términos concretos, las autoridades estadounidenses pueden acceder a los datos personales procesados por organizaciones certificadas de los EE. UU. que se transfieran desde la Unión para fines de aplicación de Derecho Penal, siguiendo los procedimientos establecidos. Estos procedimientos incluyen la emisión de una orden de registro o incautación por parte de un juez basada en una “causa probable”, la emisión de citaciones por un gran jurado en el contexto de investigaciones de ciertos delitos graves, y varias bases jurídicas que permiten el acceso a los datos de las comunicaciones. Estos procedimientos también aplicarían al acceso y uso de datos personales dentro del Metaverso, dada la naturaleza interactiva y transaccional de estas plataformas virtuales. Por lo tanto, los operadores del Metaverso basados en los EE.UU. deben adherirse a estas mismas reglas y procedimientos al manejar los datos personales de los usuarios. Asimismo, la Comisión Europea también ha señalado que el Departamento de Justicia de los EE.UU. ha proporcionado garantías sobre las limitaciones y salvaguardias aplicables, las cuales son detalladas en el Anexo VI de la Decisión¹²⁹. Entendemos que estas garantías también serían aplicables en el contexto del Metaverso, proporcionando una capa adicional de protección para los usuarios y sus datos personales dentro de estos espacios digitales.

73. Cuando una empresa tecnológica opere en un escenario real o virtual como el Metaverso y comparta información personal con entidades no gubernamentales, se deben considerar varios factores. Éstos incluyen las obligaciones legales y regulatorias, los riesgos asociados con el intercambio de información y la necesidad de una evaluación de privacidad exhaustiva. Si se comparte información con una entidad extranjera, se deben adoptar salvaguardas adicionales para garantizar la privacidad de los datos y el cumplimiento de los requisitos de privacidad. Cuando el FBI opera en un entorno virtual, debe

¹²⁹ El Anexo VI se centra en describir las restricciones legales y regulativas existentes en los EE.UU. con respecto al acceso a los datos por parte de las autoridades gubernamentales y civiles o reguladoras. Una disposición clave subraya que, si una entidad está bajo una obligación legal y posee una orden judicial, tiene derecho a disputar cualquier requisito de revelación de información que considere excesivamente gravoso. En complemento a estas limitaciones legales, el Fiscal General ha emitido directrices adicionales que establecen más restricciones al acceso de las fuerzas del orden a los datos. Una de estas directrices relevantes es la Directriz del Fiscal General para las Operaciones Nacionales del FBI, que insta al uso de los métodos de investigación menos invasivos y hace hincapié en la protección de la privacidad, las libertades civiles y la reputación de los individuos. El Anexo VI también documenta restricciones significativas al acceso a datos por parte de las autoridades civiles y reguladoras. Estas entidades pueden requerir registros empresariales, pero su autoridad se ve limitada por sus estatutos fundacionales y la revisión judicial independiente previa a cualquier acción legal. Además, las empresas tienen la posibilidad de impugnar las solicitudes de datos basándose en leyes sectoriales específicas y el tipo de datos que manejan. Por último, se señala que cualquier potestad que las agencias administrativas tengan para confiscar registros físicos de una empresa debe cumplir con los requisitos establecidos en la Cuarta Enmienda.

seguir las mismas reglas que en el mundo real, incluyendo las pautas establecidas en las Directrices del Fiscal General para las operaciones nacionales del FBI (AGG-DOM) y en la Guía de Operaciones e Investigaciones del FBI (DIOG). Toda información recogida, ya sea en un contexto penal o civil, puede ser utilizada para fines regulatorios si se recoge legalmente y es relevante para dichas funciones. De manera similar, cualquier información recolectada puede ser utilizada en otra investigación del FBI, siempre y cuando esté legalmente permitido¹³⁰.

74. El Congreso de los EE.UU. tiene la facultad de realizar investigaciones centradas en empresas americanas que operan en el Metaverso, al igual que en el mundo físico. A través de citaciones, puede obtener testimonios y documentos, y recibir informes regulares de los organismos de supervisión de la aplicación de la Ley. Asimismo, tiene acceso a las evaluaciones de impacto de la protección de datos personales llevadas a cabo por las agencias en virtud de la Circular OMB n° A-130¹³¹. Con esta información, puede supervisar y tomar medidas legislativas para corregir problemas identificados. Este marco de supervisión se aplica tanto en el mundo real como en el Metaverso, y asegura que las autoridades estén sujetas a un escrutinio independiente y eficaz. Asimismo, los usuarios tienen la opción de interponer recursos judiciales y administrativos si se violan sus derechos de privacidad y protección de datos personales.

75. La legislación de los EE.UU. establece restricciones y salvaguardas con respecto al acceso y uso de datos personales en el Metaverso para la seguridad nacional. Estas restricciones están respaldadas por mecanismos de supervisión y apelación que cumplen con los requisitos establecidos en la cláusula 89 de la Decisión¹³². De modo que los datos personales transferidos desde la Unión a las organizaciones DPF UE-EE.UU. en el Metaverso pueden ser recogidos por las autoridades estadounidenses con fines de seguridad nacional sobre la base de diferentes instrumentos jurídicos, sujetos a condiciones y salvaguardas específicas.

¹³⁰ Para mayor información acerca de este tipo de procedimientos y las cuestiones éticas que generan véase, *inter alia*, el enfrentamiento entre Apple y el FBI en 2016, relacionado con el caso del tiroteo de San Bernardino perpetrado por Syed Rizwan Farook y su esposa. El FBI solicitó a Apple su colaboración para desbloquear el iPhone de Farook y poder acceder a su contenido, en aras de profundizar su investigación del atentado. Sin embargo, Apple se opuso firmemente a esta petición, argumentando que tal acción podría vulnerar la privacidad de sus usuarios y contradecir los valores democráticos que la empresa defiende. Su principal preocupación radicaba en la creación de un “backdoor” o “puerta trasera”, un método alternativo de acceso a un iPhone sin necesidad de contraseña. Según Apple, si este software llegara a caer en manos erróneas, podría ser utilizado para desbloquear cualquier iPhone, no solo el de Farook. La propuesta del FBI consistía en que Apple modificara el System Information File (SIF), que es el software utilizado en los dispositivos de Apple, creando uno nuevo específicamente para el iPhone de Farook. Este nuevo software permitiría introducir un número ilimitado de contraseñas para intentar desbloquear el smartphone. Este enfrentamiento, que se considera un hito en la delimitación entre la protección de datos y la seguridad nacional, recibió diversos puntos de vista. Figuras como Edward Snowden y Sundar Pichai, CEO de Google, expresaron su apoyo a Apple, destacando la importancia de la privacidad del usuario. Por el contrario, personalidades como el entonces candidato a la Presidencia de EE.UU., Donald Trump, criticaron la postura de Apple. En la actualidad (2023), el caso podría seguir escalando a instancias judiciales superiores, incluso hasta el Tribunal Supremo de EE.UU. Se espera que Apple mantenga su oposición frente a la orden judicial. La resolución de este conflicto podría sentar un precedente importante en relación a la privacidad del usuario y la seguridad nacional.

¹³¹ Circular OMB A-130, Gestión de la información como recurso estratégico. Texto íntegro disponible en: <https://www.whitehouse.gov/omb/information-for-agencies/circulars/>

¹³² Decisión de ejecución de la Comisión de 10 de julio de 2023 de conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo al nivel adecuado de protección de los datos personales en el marco de privacidad de datos entre la UE y los EE.UU. (89) En particular, toda limitación al derecho a la protección de datos personales debe estar prevista por la ley o normativa y la base jurídica que permite la injerencia en tal derecho debe definir por sí misma el alcance de la limitación al ejercicio del derecho de que se trate. Además, para cumplir el requisito de proporcionalidad, según el cual las excepciones y limitaciones a la protección de datos personales sólo deben aplicarse en la medida estrictamente necesaria en una sociedad democrática para alcanzar objetivos específicos de interés general equivalentes a los reconocidos por la Unión, dicha base jurídica debe establecer normas claras y precisas que regulen el alcance y la aplicación de las medidas en cuestión e imponer garantías mínimas para que las personas cuyos datos hayan sido transferidos dispongan de garantías suficientes para proteger eficazmente sus datos personales contra el riesgo de abuso. Además, estas normas y garantías deben ser jurídicamente vinculantes y exigibles por los particulares. En particular, los interesados deben tener la posibilidad de emprender acciones legales ante un tribunal independiente e imparcial para acceder a sus datos personales u obtener la rectificación o supresión de los mismos.

76. La Orden Ejecutiva (OE) 14086¹³³ impone una serie de requisitos para las actividades de inteligencia de señales en EE.UU., estipulando que deben estar basadas en la ley o en autorización presidencial y deben cumplir con la legislación estadounidense. Esta regulación establece la necesidad de un equilibrio entre las necesidades de seguridad nacional y la privacidad y las libertades civiles de los individuos. Para garantizar este equilibrio, estas actividades están sujetas a supervisión. Además, la OE 14086 limita las razones por las cuales se pueden recoger datos personales. Los datos sólo pueden recopilarse para promover una prioridad de inteligencia específica y deben ser proporcionales a dicho propósito. Estas líneas de trabajo son desarrolladas por el Director de Inteligencia Nacional y aprobadas por el Presidente. Una vez establecida la prioridad, hay requisitos adicionales para decidir si la acción concreta está justificada. En primer lugar, la información sólo puede recogerse si es necesaria para avanzar en una prioridad de inteligencia específica. Si se considera necesaria, la recopilación debe ser lo más limitada posible y no debe afectar de manera desproporcionada a la privacidad ni a las libertades civiles. La OE 14086 también establece que la recogida de datos dentro de los EE.UU. debe ser siempre selectiva. La recogida masiva sólo puede llevarse a cabo fuera de EE.UU., y sólo cuando la información necesaria no puede obtenerse razonablemente mediante la recogida selectiva. La recopilación de datos transferidos a una organización estadounidense también está sujeta a limitaciones y salvaguardas específicas bajo la Sección 702 de la FISA¹³⁴. Un tribunal independiente (FISC) supervisa estas operaciones de recogida de datos y puede apelar decisiones ante el Tribunal de Revisión de la Vigilancia de Inteligencia Extranjera (FISCR) y, en última instancia, ante el Tribunal Supremo de los EE.UU. En relación con el Metaverso, es crucial tener en cuenta que estos mundos virtuales, que pueden incluir tecnologías de realidad virtual (VR)¹³⁵, realidad aumentada (AR)¹³⁶, e Internet, puede involucrar la recopilación y el uso de grandes cantidades de datos personales¹³⁷. Estos datos pueden ser de gran valor para las actividades de seguridad nacional, pero también plantean preocupaciones significativas de privacidad. Por lo tanto, la OE 14086 y las regulaciones similares pueden tener implicaciones significativas para el Metaverso. Por un lado, pueden limitar la recopilación y el uso de datos personales en el Metaverso con fines de seguridad nacional. Por otro lado, pueden proporcionar salvaguardas para proteger la privacidad y las libertades civiles de los usuarios del Metaverso¹³⁸. De este modo, aunque las reglamentaciones como la OE 14086 pueden representar ciertos desafíos para las operaciones de seguridad nacional, también pueden ayudar a garantizar que el Metaverso se desarrolle de una manera que respete la privacidad y las libertades civiles, alineándose así con los valores democráticos y los derechos humanos.

77. El tratamiento de los datos personales obtenidos por las agencias de inteligencia estadounidenses se rige por un conjunto de rigurosas y exhaustivas salvaguardias. Entre estas se encuentra la obligación de proporcionar una sólida seguridad para los datos recolectados, lo que se logra mediante

¹³³ Mejora de las salvaguardias para las actividades de inteligencia de los EE.UU. Documento presidencial de la Oficina Ejecutiva del Presidente de 14 de octubre de 2022. Orden Ejecutiva (OE) 14086. Texto íntegro disponible en: <https://www.federalregister.gov/documents/2022/10/14/2022-22531/enhancing-safeguards-for-united-states-signals-intelligence-activities>

¹³⁴ La Ley de Vigilancia de Inteligencia Extranjera (FISA, por sus siglas en inglés), promulgada en 1978, regula las actividades de vigilancia de inteligencia extranjera y establece procedimientos para la recolección de dicha información, creando además el Tribunal de Vigilancia de Inteligencia Extranjera (FISC) para supervisar este proceso. En 2008, se introdujo la Sección 702, que autoriza la recopilación de inteligencia enfocada en ciertos tipos de información extranjera, como datos relacionados con el terrorismo internacional. Esta sección permite la recolección de datos de individuos no estadounidenses que se encuentren razonablemente fuera de los EE.UU., pero también prevé procedimientos para minimizar la retención e intercambio de información relacionada con ciudadanos estadounidenses. No obstante, en situaciones en las que la seguridad nacional está en juego, se permite compartir información relevante, y se han introducido medidas adicionales para garantizar que cualquier consulta de la información adquirida bajo la Sección 702 cumpla con la Cuarta Enmienda. Texto íntegro disponible en: <https://www.fbi.gov/investigate/how-we-investigate/intelligence/foreign-intelligence-surveillance-act-fisa-and-section-702>

¹³⁵ J. DIONISIO, W. BURNS III, R. GILBERT, "3D virtual worlds and the metaverse: current status and future possibilities", *ACM Computing Surveys*, vol. 45, n.º 3, 2013. [En línea] Disponible en: <https://doi.org/10.1145/2480741.2480751>

¹³⁶ P. A. RAUSCHNABEL, R. FELIX, C. HINSCH, H. SHAHAB, F. ALT, "What is XR? Towards a framework for augmented and virtual reality", *Computers in Human Behavior*, vol. 133, 2022. [En línea] Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.chb.2022.107289>

¹³⁷ E. DINCELLI, A. YAYLA, "Immersive virtual reality in the age of the metaverse: a hybrid-narrative review based on the technology affordance perspective", *The Journal of Strategic Information Systems*, vol. 31, n.º 2, 2022, p. 101717. [En línea] Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.jsis.2022.101717>

¹³⁸ F. BIGNAMI, "European versus American Liberty: A Comparative Privacy Analysis of Antiterrorism Data Mining", *Boston College Law Review*, vol. 48, 2007, p. 609.

la implementación de medidas como la autenticación multifactorial, el cifrado y la restricción de acceso solamente al personal autorizado y capacitado. Además, estas agencias deben adscribirse a los estándares de la Comunidad de Inteligencia para asegurar la precisión y objetividad de los datos, considerando la posibilidad de fuentes de información alternativas y manteniendo la imparcialidad en su análisis. Otra de las salvaguardias concierne a los períodos de conservación de datos. De acuerdo con la Orden Ejecutiva 14086, se estipula que los datos personales de los individuos no estadounidenses deben ser conservados por los mismos períodos que los datos de los ciudadanos estadounidenses. Paralelamente, la difusión de los datos recogidos está regida por normativas específicas y rigurosas, permitiéndose únicamente cuando se cumplen una serie de requisitos exigentes¹³⁹. Además, para garantizar una supervisión efectiva, las agencias de inteligencia están obligadas a mantener una adecuada documentación sobre la recopilación de información, lo que proporciona una trazabilidad y transparencia en sus operaciones. Las salvaguardias previamente mencionadas se ven reforzadas por requisitos más amplios de protección y manejo de datos personales, que se originan en regulaciones como la Circular A-130 de la Oficina de Administración y Presupuesto (OMB), la Ley de Administración Electrónica¹⁴⁰, la Ley Federal de Registros¹⁴¹ y las directrices del Comité de Sistemas de Seguridad Nacional (CNSS)¹⁴². La labor de las agencias de inteligencia está sujeta a la supervisión de diversas entidades, tanto internas como externas. Entre las internas se encuentran los funcionarios encargados de la intimidad y las libertades civiles dispersos en diversos departamentos con responsabilidades en materia de aplicación del Derecho Penal¹⁴³, los Inspectores Generales de cada servicio¹⁴⁴, la Junta Asesora de Inteligencia del Presidente (PIAB)¹⁴⁵ y la Junta

¹³⁹ *The Attorney General's Guidelines for Domestic FBI Operations* (AGG-DOM), Sección VI, B y C; *FBI Domestic Investigations and Operations Guide* (DIOG) del FBI. En cuanto a los fundamentos para la difusión de información, tanto la AGG-DOM como la DIOG del FBI establecen diversas circunstancias en las que el FBI puede estar legalmente obligado a divulgar información, como puede ser el caso de un acuerdo internacional. Además, el FBI está autorizado a compartir información con otras agencias de EE.UU., siempre que la divulgación esté alineada con los fines para los que se recopiló la información y esté en relación con las responsabilidades de estas agencias. Asimismo, el FBI puede compartir información con comités del Congreso y con agencias extranjeras, siempre que la información esté relacionada con sus responsabilidades y que la divulgación sea compatible con los intereses de EE.UU. Por otro lado, la divulgación también puede ser necesaria en situaciones de especial importancia, como proteger la seguridad de personas o bienes, prevenir un delito o una amenaza para la seguridad nacional, siempre y cuando dicha divulgación esté alineada con el fin para el que se recopiló la información.

¹⁴⁰ La Ley de Administración Electrónica de 2002 (*E-Government Act of 2002*) trata de mejorar la gestión de los registros electrónicos del Gobierno federal de EE. UU., incluyendo el establecimiento de estándares para la creación, manejo y disposición de registros electrónicos. El texto íntegro se encuentra disponible en: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/PLAW-107publ347/pdf/PLAW-107publ347.pdf>

¹⁴¹ Gestión de registros por agencias federales (44 USC Capítulo 31). Texto íntegro disponible en: <https://www.archives.gov/about/laws/fed-agencies.html>

¹⁴² El Comité de Sistemas de Seguridad Nacional (CNSS) establece políticas, directivas, instrucciones, procedimientos operativos, guías y avisos de seguridad cibernética a nivel nacional para los departamentos y agencias del Gobierno de los EE.UU. para la seguridad de los sistemas de seguridad nacional. Proporciona un foro integral para la planificación estratégica y la toma de decisiones operativas para proteger NSS y aprueba la publicación de productos e información de INFOSEC a gobiernos extranjeros.

¹⁴³ Los funcionarios designados para la privacidad y las libertades civiles se encuentran ubicados en varios departamentos. Aunque el alcance específico de las responsabilidades de estos funcionarios puede variar dependiendo de la normativa que les autoriza, generalmente supervisan los procesos para asegurar que el departamento o entidad correspondiente tenga en cuenta las preocupaciones de privacidad y libertades civiles y haya establecido los procedimientos adecuados para atender las quejas de personas que creen que se han violado su privacidad o libertades civiles. Los líderes o jefes de cada departamento o entidad deben asegurar que los encargados de la privacidad y las libertades civiles tengan los recursos y materiales necesarios para cumplir su mandato, y que tengan acceso a todo el material y personal necesario para desempeñar sus funciones, además de ser informados y consultados sobre los cambios de política propuestos. Estos responsables deben informar regularmente al Congreso, en particular sobre el número y tipo de quejas recibidas y un resumen de cómo se resolvieron, las revisiones e investigaciones realizadas y el impacto de sus actividades.

¹⁴⁴ El Inspector General independiente supervisa las actividades del Departamento de Justicia, incluyendo el FBI. Los Inspectores Generales, que son independientes por estatuto, son responsables de llevar a cabo investigaciones, auditorías e inspecciones independientes de los programas y operaciones del Departamento. Tienen acceso a todos los registros, informes, auditorías, revisiones, documentos, recomendaciones u otros materiales relevantes, incluso mediante citación si es necesario, y pueden tomar declaraciones. Aunque las recomendaciones de los Inspectores Generales para adoptar medidas correctivas no son vinculantes, sus informes, incluidos los que se refieren a las medidas de seguimiento (o a la falta de las mismas) suelen hacerse públicos y enviarse al Congreso, que puede ejercer su función de supervisión basándose en esta información.

¹⁴⁵ El *Intelligence Oversight Board* (IOB), establecido en el marco del *President's Intelligence Advisory Board* (PIAB), tiene

de Supervisión de la Privacidad y las Libertades Civiles (PCLOB)¹⁴⁶. Más allá de estos mecanismos de supervisión internos en el Poder Ejecutivo, existen instancias de supervisión externas, como los comités específicos del Congreso de EE.UU.¹⁴⁷. La Ley FISA añade, además, toda una serie de requisitos adicionales de información¹⁴⁸. Este entramado regulatorio adquiere una relevancia crucial en el contexto del Metaverso, un escenario en el que las barreras físicas se diluyen y la información circula sin limitaciones geográficas. Dada la diversidad y el nivel de detalle de los datos que pueden recogerse en el Metaverso, es fundamental garantizar su seguridad y privacidad. Las agencias de inteligencia tienen la responsabilidad de adherirse a los mismos estándares y regulaciones al recabar y procesar datos personales en el Metaverso, asegurando la transparencia, la precisión, la seguridad y la protección de los derechos ciudadanos. Pese a ello, el marco legal actual ha suscitado críticas y debates en lo que respecta a la protección de la privacidad y los derechos civiles, en particular en relación con la vigilancia de ciudadanos estadounidenses y la transparencia de las actividades de la FISC. A medida que el Metaverso continúa desarrollándose, estos debates seguirán siendo de gran relevancia y necesarios para garantizar una adecuada protección de los derechos de los ciudadanos en este novedoso entorno digital.

78. El Acuerdo UE-EE.UU. contempla una vía específica de reparación para aquellos usuarios de la UE que deseen emprender acciones legales ante un tribunal independiente e imparcial con poderes vinculantes¹⁴⁹. El interesado en cuestión deberá plantear una reclamación ante una APD competente en un Estado miembro de la UE, proporcionando un acceso fácil y en el idioma nativo del individuo. Una vez verificados los requisitos de admisibilidad, la queja o recurso se canaliza al mecanismo de resolu-

como responsabilidad supervisar el cumplimiento de la Constitución y todas las normas aplicables por parte de las autoridades de inteligencia de EE.UU. El PIAB, que funciona como un órgano consultivo de la Oficina Ejecutiva del Presidente, consta de 16 miembros que son nombrados por el Presidente y provienen de fuera del Gobierno estadounidense. El IOB está compuesto por hasta cinco miembros, los cuales son designados por el Presidente de entre los miembros del PIAB. Según la Orden Ejecutiva 12333, los líderes de todas las agencias de inteligencia están obligados a informar al IOB sobre cualquier actividad de inteligencia que se tenga razones para creer que pueda ser ilegal o que contradiga una Orden Ejecutiva o Directiva Presidencial.

¹⁴⁶ Los integrantes de la Junta de Supervisión de la Privacidad y las Libertades Civiles (PCLOB) deben ser elegidos únicamente basándose en sus habilidades profesionales, logros alcanzados, prestigio público, conocimientos en el ámbito de las libertades civiles y la privacidad, así como su experiencia pertinente, sin considerar su filiación política. En ningún momento el Consejo puede contar con más de tres miembros que sean afiliados al mismo partido político. Aquellos designados como miembros del Consejo no pueden ocupar cargos electos, ni ser funcionarios o empleados del Gobierno Federal mientras estén en el Consejo, excepto en su papel como miembros del mismo.

¹⁴⁷ Los comités específicos del Congreso de EE.UU., como el Comité de Inteligencia del Senado y el Comité de Inteligencia de la Cámara de Representantes, llevan a cabo la supervisión periódica de diferentes maneras, en particular, mediante audiencias, investigaciones, revisiones e informes. Además, también se realizan audiencias de supervisión periódicas dirigidas a entidades como el FBI y el Departamento de Justicia (DoJ).

¹⁴⁸ La Ley de Vigilancia de Inteligencia Extranjera de 1978 (FISA). Texto íntegro disponible en: <https://bja.ojp.gov/program/it/privacy-civil-liberties/authorities/statutes/1286#:~:text=FISA%20prohibits%20surveillance%20of%20or,50%20U.S.C.>

¹⁴⁹ Se instaure un mecanismo de recurso específico según la Orden Ejecutiva (OE) 14086, que se complementa con el Reglamento del Fiscal General que crea el Tribunal de Revisión de la Protección de Datos. Este mecanismo se encarga de gestionar y resolver las quejas individuales relacionadas con las actividades de inteligencia de señales de los EE.UU. Cualquier ciudadano de la UE puede presentar una queja a través de este mecanismo si considera que se ha producido una supuesta violación de la legislación estadounidense que regula dichas actividades (como la OE 14086, la Sección 702 de la FISA, la OE 12333) y que esta violación ha afectado de manera negativa a sus intereses de privacidad y libertades civiles. Este mecanismo de recurso está disponible para individuos de países u organizaciones regionales de integración económica que el Fiscal General de EE.UU. haya designado como “Estados cualificados”. El 30 de junio de 2023, la UE y los tres países de la Asociación Europea de Libre Comercio que, juntos, conforman el Espacio Económico Europeo, fueron designados por el Fiscal General, según la Sección 3(f) de la OE 14086, como “Estado cualificado”. Esta designación se realiza sin perjuicio del artículo 4(2) del TUE. Los funcionarios de privacidad y libertades civiles están situados en diversos departamentos y su papel es fundamental para salvaguardar estos aspectos. Sus responsabilidades, aunque pueden variar en función de la legislación que los autoriza, suelen implicar la supervisión de procedimientos para garantizar que el departamento o entidad correspondiente atienda adecuadamente las inquietudes sobre privacidad y libertades civiles, y responda a las quejas de individuos que consideren que se han vulnerado dichos derechos. Las autoridades de cada departamento deben garantizar que estos funcionarios cuenten con los recursos y materiales necesarios para cumplir con sus tareas, y que dispongan del acceso a todo el personal y material requerido para desempeñar sus funciones. Además, deben ser notificados y consultados sobre los cambios propuestos en las políticas. Estos encargados tienen la responsabilidad de informar regularmente al Congreso, proporcionando datos sobre el número y la naturaleza de las quejas recibidas, cómo se han resuelto éstas, las investigaciones realizadas y el impacto de sus actividades.

ción a través de la Secretaría del Consejo Europeo de Protección de Datos. La Oficina del Asesor de Libertades Civiles y Privacidad (CLPO) de la Oficina del Director de Inteligencia Nacional (ODNI)¹⁵⁰ es la encargada de realizar la investigación inicial. En el contexto del Metaverso, la CLPO del ODNI puede solicitar la cooperación de las agencias de inteligencia para acceder a la información necesaria, garantizando así un examen completo y sin interferencias. Como parte de su revisión, la CLPO determina si se ha violado la normativa pertinente y decide la reparación adecuada, que puede incluir medidas como el cese de la recopilación ilegal de datos en el Metaverso, la eliminación de los datos obtenidos ilícitamente, la limitación del acceso a los datos recogidos legalmente sólo al personal debidamente capacitado o la retirada de informes de inteligencia que contienen datos adquiridos sin autorización legal. Si el demandante no está de acuerdo con las decisiones de la CLPO, tiene derecho a apelar al Tribunal de Revisión de la Protección de Datos (DPRC)¹⁵¹, un tribunal independiente compuesto por al menos seis jueces nombrados por el Fiscal General. Este tribunal revisa las decisiones de la CLPO y tiene la responsabilidad de garantizar la protección de la privacidad y las libertades civiles, aspectos críticos en un entorno digital y colaborativo como el Metaverso. Finalmente, el DPRC puede determinar que no hay evidencias de que se hayan llevado a cabo actividades de inteligencia de señales relacionadas con los datos personales del demandante, ratificar las decisiones de la CLPO o, en caso de desacuerdo, emitir sus propios fallos. Este mecanismo de resolución destaca la importancia de un entorno digital seguro y la protección de datos en la era del Metaverso, estableciendo procesos claros y accesibles para la resolución de quejas y violaciones de la privacidad y las libertades civiles.

79. El DPRC se encarga de emitir decisiones escritas, por mayoría de votos, en caso de que se detecte una violación a las normas de protección de datos. Las medidas correctivas pueden incluir desde la eliminación de datos recolectados de forma ilegal, hasta la supresión de resultados de consultas inadecuadas o la limitación del acceso a datos recolectados legalmente. La decisión del DPRC es definitiva y vinculante, y puede llevar a acciones coercitivas adicionales, si el FISC lo considera necesario. Por ejemplo, si una empresa o individuo recopila ilegalmente datos personales dentro del Metaverso, el DPRC podría emitir una decisión que requiere la eliminación de dichos datos, restringir el acceso a los mismos, o incluso retirar informes de inteligencia generados a partir de esta información recolectada de manera no autorizada. La Oficina de Privacidad y Libertades Civiles del DoJ se encarga de mantener un registro de todas las revisiones realizadas por el DPRC y todas las decisiones emitidas. Este registro sirve como un precedente no vinculante para futuros casos. Además, se mantiene un registro de cada denunciante, y para aumentar la transparencia, se verifica periódicamente si la información relativa a una revisión del DPRC ha sido desclasificada y, de ser así, se notifica a la persona correspondiente. En términos de supervisión, el funcionamiento del mecanismo de recurso está sujeto a una revisión anual por parte de la PCLOB. Esta entidad independiente evalúa, *inter alia*, si las reclamaciones han sido

¹⁵⁰ La Oficina del Director de Inteligencia Nacional (ODNI) es una entidad del Gobierno de los EE.UU., establecida en respuesta a los eventos del 11 de septiembre de 2001. Fue creada bajo la Presidencia de George W. Bush mediante la Orden Ejecutiva 13354 y fue fortalecida por el Congreso de los EE.UU. con la aprobación de la Ley de Reforma de Inteligencia y Prevención del Terrorismo (IRTPA) de 2004. Estas reformas tenían como objetivo principal mejorar la inteligencia relacionada con el terrorismo y optimizar su gestión en todo el país. La misión de la ODNI es liderar el esfuerzo nacional para proteger a los EE.UU. del terrorismo. Esto se logra a través de la integración, el análisis y el intercambio de información que impulsa la acción de todo el Gobierno y logra los objetivos nacionales en la lucha contra el terrorismo. La visión de la ODNI es ser la fuente indispensable de experiencia en la lucha contra el terrorismo en un entorno de amenazas en constante evolución. Busca liderar una empresa de lucha contra el terrorismo unificada, ágil y resistente. Los valores de la ODNI incluyen la excelencia en la ejecución de sus responsabilidades, la integridad en todas sus operaciones, la diversidad de pensamiento y enfoque, el liderazgo en la dirección de la estrategia de lucha contra el terrorismo, y el establecimiento de asociaciones sólidas con otros organismos de Gobierno y entidades relevantes.

¹⁵¹ Para garantizar la integridad e imparcialidad del Tribunal de Revisión de la Protección de Datos (DPRC), se establece que los jueces sólo pueden ser destituidos por el Fiscal General por causas justificadas, las cuales pueden incluir comportamiento indebido, comisión de delitos, incumplimiento de deberes o incompetencia. Este mecanismo de resolución es especialmente pertinente en el contexto del Metaverso, un entorno compartido y colaborativo de realidad virtual. Dado el creciente uso del Metaverso y la recolección de datos a gran escala que conlleva, este proceso ofrece un recurso legal para los ciudadanos de UE que consideren que sus derechos de privacidad y libertades civiles han sido violados por las actividades de los servicios de inteligencia de EE.UU.

procesadas de manera oportuna, si se ha obtenido pleno acceso a la información necesaria y si se han respetado las salvaguardas sustantivas. El resultado de esta revisión se presenta en un informe que se hace público en una versión no clasificada, permitiendo la participación y escrutinio de la ciudadanía. Además del recurso específico establecido, todas las personas tienen acceso a los tribunales ordinarios de EE.UU., lo que abre una amplia gama de posibilidades para defender sus derechos en cuanto a la protección de datos se refiere. La implementación de estos mecanismos en el Metaverso asegurará la protección de los datos personales, garantizará la transparencia y permitirá a los usuarios del Metaverso acceder a vías de recurso efectivas en caso de violaciones de sus derechos de protección de datos. A medida que el Metaverso continúa desarrollándose y expandiéndose, será crucial que estas salvaguardas y mecanismos de responsabilidad se implementen para asegurar que el acceso y uso de datos personales esté limitado a lo que es estrictamente legal, legítimo, necesario y proporcional.

IX. El Efecto Bruselas y la *praxis* estadounidense

81. El fenómeno conocido como “Efecto Bruselas” se refiere a la influencia de la legislación comunitaria, especialmente aquella que se origina en Bruselas, la capital administrativa de la UE, en las políticas y prácticas más allá de sus fronteras. Este efecto es evidente en una variedad de áreas, destacando especialmente en la protección de datos¹⁵². El éxito del “Efecto Bruselas” en la esfera de protección de datos se puede atribuir a varias razones clave. En primer lugar, a la confianza y satisfacción que los consumidores europeos tienen en las normativas de la UE en materia de protección de datos. En segundo lugar, a las multas o sanciones efectivamente impuestas por las autoridades y tribunales a nivel nacional y comunitario, lo que refuerza la seriedad y el alcance de las regulaciones. Por último, también se debe a la evolución de las propias empresas, que han desarrollado una cultura de protección de datos en respuesta a estas normativas. Un claro ejemplo de esto es la acción tomada por Microsoft en respuesta a la Sentencia Schrems, que modificó su política de privacidad el mismo día que se emitió el veredicto. Este acto demuestra cómo la influencia de la regulación europea puede cambiar las prácticas de empresas globales, reflejando su verdadero alcance y poder.

82. Tras el estudio del nuevo Acuerdo UE – EE.UU., la pregunta clave sería: ¿se ha adoptado el RGPD como la política de privacidad de datos estándar en los EE.UU. de América? La respuesta a esta cuestión es un tanto compleja. Si la adopción de estándares europeos se concibe como un requisito *sine qua non* a la hora de poder establecer relaciones comerciales, entonces, indudablemente, sí. Las empresas estadounidenses que operan en territorio europeo deben cumplir con el RGPD, lo que efectivamente convierte a esta legislación en su política de privacidad de datos *de facto* en estas circunstancias. El RGPD, con sus estrictas normas y altas sanciones para aquellos casos en los que se detecten violaciones de privacidad de datos, ha establecido un estándar global de protección de datos. Esto ha forzado a muchas empresas, incluso aquellas establecidas fuera de Europa, a adaptar sus políticas y prácticas para cumplir con estas regulaciones. Como resultado, se podría decir que el RGPD ha influenciado fuertemente las políticas de privacidad de datos a nivel mundial, incluyendo los EE.UU. Y, en relación con el Metaverso, el impacto del RGPD es aún más significativo. El Metaverso, un espacio digital interconectado que está emergiendo rápidamente, plantea nuevas y desafiantes cuestiones sobre la privacidad y protección de datos. El modelo establecido por el RGPD, con su énfasis en la protección del individuo y la responsabilidad de las organizaciones, podría proporcionar una base sólida para la regulación de datos en el Metaverso. De modo que, si los EE.UU., o cualquier otro tercer Estado, decidiera establecer una normativa aplicable en los mundos virtuales contraria a los principios rectores del RGPD, debería elegir entre crear una partición de dicho espacio -no accesible desde Europa- o debería estudiarse la po-

¹⁵² A. BRADFORD, *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*, cit., 2020; debiendo hacer igualmente referencia a este mismo autor unos años antes en A. BRADFORD, “The Brussels Effect”, *Northwestern University Law Review*, vol. 107(1), 2012.

sibilidad de que el propio usuario interesado, a sabiendas de que no se encuentra en un “espacio seguro”, pudiera renunciar a sus derechos de forma expresa.

83. Esta situación nos lleva a reflexionar sobre la legitimidad y el alcance de la influencia de un tribunal europeo en la modificación del comportamiento de una empresa, independientemente de su ubicación geográfica¹⁵³. La normativa europea no sólo tiene un impacto significativo en los residentes, ciudadanos y empresas europeas, sino que también afecta a las empresas globales, incluyendo a las estadounidenses. Este alcance transnacional de la legislación europea, aunque pueda parecer excesivo a algunos, es un reflejo de nuestra creciente interconexión global. En un mundo donde las empresas operan a través de fronteras y los datos se mueven libremente, las regulaciones de un territorio pueden y, de hecho, deben tener un impacto más allá de sus propias fronteras para ser efectivas. Este escenario plantea importantes cuestiones sobre el control y la soberanía¹⁵⁴ en la era digital. ¿Hasta dónde debe llegar la jurisdicción de una entidad legal sobre las empresas que operan en su territorio? ¿Cómo se equilibran los derechos de las empresas para operar libremente con la necesidad de proteger la privacidad y los derechos de los ciudadanos? La relación con el Metaverso es particularmente relevante aquí. En el Metaverso, un espacio digital global interconectado, estas preguntas adquieren una nueva dimensión. ¿Quién tiene la autoridad para regular en este espacio? ¿Cómo se aplica la jurisdicción en un mundo sin fronteras físicas? Es probable que las respuestas a estas preguntas se basen, al menos en parte, en las lecciones aprendidas de las actuales normativas de protección de datos como el RGPD. En este sentido, apriorísticamente, todo parece apuntar a que el Metaverso nace modelado por las regulaciones y normativas comunitarias en materia de protección de datos personales.

84. El éxito de las relaciones comerciales entre la UE y los EE.UU. ha permitido la transferencia efectiva de principios legales, los cuales se han materializado en siete pilares fundamentales en el nuevo Acuerdo UE-EE.UU.¹⁵⁵. El primero es el principio de notificación¹⁵⁶, que garantiza a las personas claridad y transparencia sobre el manejo de sus datos personales, resaltando el énfasis del RGPD en proteger los derechos de los ciudadanos. En segundo lugar, el principio de elección¹⁵⁷ da a los individuos el poder de controlar si su información personal puede ser compartida con terceros o utilizada para fines distintos a los que se recogió originalmente, mostrando cómo la influencia jurídica de la UE, gracias a su fuerte posición de mercado, ha permitido una amplia difusión de sus regulaciones. El tercer principio, responsabilidad por transferencias¹⁵⁸, refleja cómo esta influencia ha fomentado la adopción de normas de protección de datos que se reconocen y aplican más allá de las fronteras de la UE. Este principio sostiene que las organizaciones son responsables de la seguridad de la información transferida a terceros. El cuarto principio, seguridad¹⁵⁹, se alinea con los acuerdos transfronterizos que permiten la transferencia segura de datos entre países, siempre respetando los derechos de los ciudadanos. Este principio exige la implementación de medidas de seguridad adecuadas para proteger la información personal. El quinto principio, integridad y limitación de la finalidad¹⁶⁰, es similar a los acuerdos de adecuación que

¹⁵³ Véanse M. BRKAN, “Data Protection and European Private International Law: Observing a Bull in a China Shop”, *International Data Privacy Law*, vol. 5, nº 4, 2015, p. 257. M. BRKAN, “The Unstoppable Expansion of EU Fundamental Right to Data Protection: Little Shop of Horrors?”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 23, nº 5, 2016, p. 812. M. BRKAN, “The Court of Justice of the EU, Privacy and Data Protection: Judge-Made Law as a Leitmotif in Fundamental Rights Protection”, en M. BRKAN, E. PSYCHOGIOPOULOU (eds.), *Courts, Privacy and Data Protection in the Digital Environment*, Edward Elgar Publishing, 2017. M. BRKAN, “The Essence of the Fundamental Rights to Privacy and Data Protection: Finding the Way through the Maze of the CJEU’s Constitutional Reasoning”, *German Law Journal*, vol. 20, nº 6, 2019, p. 864.

¹⁵⁴ S. BESSON, “Sovereignty”, en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, última actualización: abril 2011. [En línea] Oxford University Press.

¹⁵⁵ G. BUTTARELLI, “The EU GDPR as a Clarion Call for a New Global Digital Gold Standard”, *International Data Privacy Law*, vol. 6, nº 2, 2016, p. 77.

¹⁵⁶ RGPD. Artículo 12. Transparencia de la información, la comunicación y las modalidades de ejercicio de los derechos del interesado.

¹⁵⁷ RGPD. Artículo 7. Condiciones para el consentimiento.

¹⁵⁸ RGPD. Artículo 44. Principio general para las transferencias.

¹⁵⁹ RGPD. Artículo 32. Seguridad del tratamiento.

¹⁶⁰ RGPD. Artículo 5. Principios relativos al tratamiento de datos personales.

reconocen y respetan protecciones de privacidad de datos equivalentes en diferentes jurisdicciones. Las organizaciones deben asegurarse de que la información personal sea relevante, precisa y limitada al propósito para el cual se recogió. En sexto lugar, el principio de acceso¹⁶¹ asegura que los individuos puedan acceder, corregir, modificar o eliminar su información personal si es inexacta o se procesa en contra de los principios, de manera similar a los “puertos seguros” que garantizan un nivel adecuado de protección de datos en las transferencias internacionales de datos. Finalmente, el séptimo principio, cumplimiento y responsabilidad¹⁶², obliga a las organizaciones a establecer mecanismos para garantizar el cumplimiento de estos principios y a investigar y resolver quejas sobre el tratamiento de datos personales. Este principio demuestra que, aunque la normativa de protección de datos pueda variar entre los EE.UU. y la UE, se espera que las organizaciones escojan la mayor protección posible.

85. En los últimos años, la incertidumbre jurídica derivada de la ausencia de un acuerdo definitivo entre las autoridades europeas y estadounidenses ha generado un impacto significativo en la conducta de las empresas norteamericanas. Este escenario ha propiciado la adopción de innovadoras estrategias por parte de estas compañías para adecuarse a las circunstancias. Twitter, como una ilustración precisa de este fenómeno, ha reubicado su base de operaciones central en Irlanda. Esta decisión se puede interpretar como una iniciativa para alinear sus operaciones con las regulaciones de la UE en materia de privacidad y protección de datos. El traslado refleja un esfuerzo de las compañías por buscar la seguridad jurídica en un territorio que ofrece regulaciones más claras y estables. En una dirección similar, Dropbox ha emprendido un proceso de transformación para proporcionar a sus usuarios opciones avanzadas en cuanto a la configuración de la privacidad de sus datos. Este cambio representa una adaptación a las demandas del mercado, que ha visto el surgimiento de competidores que priorizan la privacidad del usuario. Por otro lado, Meta ha invertido en el desarrollo de varios centros de operaciones en Europa, ubicando gran parte de su actividad en su sede en el Reino Unido¹⁶³. A pesar de que este país ya no es miembro de la UE, mantiene una alineación con su legislación de protección de datos. Esta táctica de Meta puede interpretarse como una respuesta a la necesidad de operar en un marco regulatorio que otorgue certeza legal. El nuevo Acuerdo entre la UE y los EE.UU. se presenta como una potencial solución para estas preocupaciones. Sin embargo, queda por determinar si este pacto será suficiente para satisfacer las exigencias del TJUE. De lo contrario, se corre el riesgo de que se derogue el “escudo de privacidad”, lo que volvería a situar a las empresas en un estado de inseguridad jurídica. En este sentido, el futuro de las relaciones transatlánticas en términos de protección de datos sigue siendo una cuestión abierta y de importancia crucial para las empresas globales que operarán en el Metaverso.

X. Conclusiones

86. El Metaverso, como concepto emergente, introduce un nivel completamente nuevo de complejidad a las cuestiones de protección de datos y privacidad. Es un espacio digital compartido, una convergencia de realidades físicas y virtuales prácticamente replicadas, en el que los datos personales se recopilan y utilizan de manera inherente. Este fenómeno resulta en un escenario en el que las ideas tradicionales de ubicación y jurisdicción pueden verse desafiadas y potencialmente volverse menos relevantes. En el Metaverso, los datos pueden ser generados y recopilados en un lugar, pero luego accedidos y utilizados en un contexto digital completamente diferente. Un dato puede ser recopilado en un espacio virtual, almacenado en un servidor en un lugar físico diferente, y luego accedido y utilizado por un usuario en otro lugar. Para ilustrar este escenario, podemos retomar lo que hemos denominado el fenómeno “Tú a Londres y yo a California”, en referencia a una película de Disney en la que dos hermanas

¹⁶¹ RGPD. Artículos 15 a 22. Derecho de acceso del interesado, derecho de rectificación, derecho al olvido, derecho a la limitación del tratamiento, notificación de rectificación o supresión de datos personales o de limitación del tratamiento, derecho a la portabilidad de los datos y derecho de oposición.

¹⁶² RGPD. Artículos 24 y 58. Responsabilidad del responsable del tratamiento y competencias de las autoridades de control.

¹⁶³ B. EGLISTON, M. CARTER, “Critical questions for Facebook’s virtual reality: data, power and the metaverse”, *Internet Policy Review*, vol. 10, n° 4, 2021. [En línea] Disponible en: <https://doi.org/10.14763/2021.4.1610>

gemelas separadas al nacer se encuentran en un campamento de verano y deciden intercambiar lugares para reunirse con los progenitores que nunca conocieron. El título original, “The Parent Trap”, evoca una trama de confusión y complejidad, que también es un reflejo preciso de los desafíos que enfrentamos en la protección de datos en el Metaverso. De la misma manera que las gemelas se intercambian, creando una red de interacciones y relaciones que trascienden las fronteras geográficas y culturales, los datos en el Metaverso pueden ser recopilados, almacenados y utilizados a través de fronteras y jurisdicciones, creando un “laberinto” de protección de datos a través del que los reguladores y los usuarios deben navegar. En el Metaverso, los datos pueden ser generados en un lugar A, almacenados en otro lugar B y, finalmente, ser consultados o utilizados en otro lugar C completamente diferente ubicado a miles de kilómetros de distancia. Esto introduce una nueva dimensión a la protección de datos, ya que los reguladores ahora necesitan considerar no sólo en qué continente se recopilan los datos, sino también dónde se almacenan y cómo y dónde se utilizan. Este desafío se ve agravado por la naturaleza intrínsecamente global del Metaverso. Dado que se trata de un espacio digital sin fronteras físicas, no se limita a las jurisdicciones nacionales o regionales. Esto plantea problemas sobre qué normativas y principios de protección de datos deberían aplicarse, y cómo se deberían aplicar en un espacio que trasciende las fronteras geográficas y las jurisdicciones. Por ejemplo, si los datos de un usuario residente en Europa se almacenan en un servidor ubicado en los EE.UU. y se utilizan en un entorno digital desarrollado en Asia, ¿qué normativas de protección de datos se aplican? ¿Son las de la UE, las de los EE.UU., las de Asia, o alguna combinación de las tres? La respuesta a estas preguntas no está clara y podría depender de varios factores, incluyendo dónde se generan los datos, dónde se almacenan, dónde y cómo se utilizan, y la ubicación de la sede de la empresa o el proveedor de servicios que recopila y procesa los datos. Además, si un usuario del Metaverso interactúa con un avatar u objeto digital que pertenece a otro usuario de una jurisdicción diferente, ¿qué normativas de protección de datos se aplican? ¿Son las de la jurisdicción del primer usuario, las del segundo usuario, o ambas? Nuevamente, las respuestas a estas preguntas pueden ser complejas y dependen de varios factores. Estos desafíos subrayan la necesidad de un enfoque más coherente y armónico para la regulación de la protección de datos en el Metaverso. Es probable que se necesite un enfoque multinivel que combine elementos de las normativas de protección de datos nacionales, regionales y globales, y que tenga en cuenta las características y necesidades específicas del Metaverso. Este enfoque también debe ser flexible y capaz de adaptarse a los rápidos cambios y desarrollos en la tecnología y las prácticas de uso del Metaverso.

87. Para entender por qué el nuevo acuerdo entre la UE y EE.UU. puede ser visto como un “paso más en esta dirección”, es decir, en la construcción de un enfoque multinivel hacia la protección de datos, es crucial entender el contexto de la relación de protección de datos entre estas dos entidades. Históricamente, la UE y los EE.UU. han tenido enfoques muy diferentes hacia la protección de datos y privacidad. Mientras que la UE ha enfatizado los derechos de los individuos sobre sus datos personales a través de regulaciones como el RGPD, los EE.UU. han adoptado un enfoque más sectorial, con leyes específicas para ciertas industrias y tipos de datos, pero sin una normativa federal de privacidad general. Esta discrepancia ha provocado tensiones y desafíos, especialmente en lo que respecta a la transferencia de datos entre la UE y los EE.UU. Esto culminó en la anulación del acuerdo de *Safe Harbor* en 2015 y del *Privacy Shield* en 2020 por parte del TJUE, debido a preocupaciones sobre la capacidad de las empresas estadounidenses de garantizar un nivel adecuado de protección de datos para los ciudadanos de la UE, particularmente en relación con la vigilancia del Gobierno de los EE.UU. En este contexto, el nuevo Acuerdo entre la UE y los EE.UU. sobre protección de datos sería un importante paso adelante en la construcción de un enfoque multinivel hacia la protección de datos. Este nuevo Acuerdo podría proporcionar un marco coherente y armonizado para la transferencia de datos entre las dos regiones, respetando tanto los principios de protección de datos de la UE como las prácticas de protección de datos de los EE.UU. Esto es particularmente relevante en la era del Metaverso, donde las transferencias de datos son intrínsecamente globales y no se limitan a una sola jurisdicción. En caso de que, finalmente, el nuevo Acuerdo fuese aceptado por el TJUE, podrían establecer estándares comunes para la protección de datos, proporcionar garantías suficientes contra la vigilancia excesiva del Gobierno y establecer mecanismos para la rendición de cuentas y la reparación en caso de violaciones de la privacidad. También

podría ofrecerse una mayor claridad y certidumbre para las empresas que operan en el Metaverso, permitiéndoles transferir y procesar datos de manera más segura y eficiente. Además, este Acuerdo también podría sentar las bases para una mayor cooperación y armonización en otros aspectos de la regulación de datos en el Metaverso, como la gestión de los derechos de propiedad sobre los datos, los avatares y los objetos digitales, y la regulación de las prácticas comerciales y de publicidad en el Metaverso. No obstante, conviene recordar que cualquier acuerdo entre la UE y los EE.UU. también debe ser flexible y capaz de adaptarse a los rápidos cambios y desarrollos en la tecnología y las prácticas de uso del Metaverso. Esto podría implicar el establecimiento de mecanismos de revisión y actualización regulares, la incorporación de principios de privacidad desde el diseño y por defecto y la promoción de un diálogo continuo entre las partes interesadas para abordar los nuevos desafíos y oportunidades en la protección de datos y privacidad en estos nuevos mundos digitales.

88. Las ideas propuestas por autoras como JULIE E. COHEN, HELEN NISSENBAUM y SHERRY TURKLE representan vías interesantes de pensamiento que podrían impactar significativamente las futuras regulaciones del Metaverso. La visión de COHEN sobre la privacidad y la tecnología sugiere que las normativas existentes podrían no ser del todo adecuadas para tratar las formas emergentes y evolutivas de las interacciones en el Metaverso. Su concepto de ‘autonomía informada’ resalta la importancia de dar a los usuarios el control total sobre sus datos, lo cual indica una necesidad de revisión y mejora en las normativas actuales de privacidad y protección de datos, como las estipuladas en el nuevo Acuerdo entre la UE y los EE.UU. Por otro lado, la teoría de la privacidad contextual de NISSENBAUM introduce un matiz crucial en el entendimiento de las expectativas de privacidad. La naturaleza de la interacción y la relación entre los datos y su contexto podrían ser muy diferentes en el Metaverso en comparación con otros entornos digitales. En este sentido, la privacidad contextual podría requerir una revisión de los principios que sustentan el Acuerdo entre la UE y los EE.UU., para que sean capaces de adaptarse a los distintos contextos del Metaverso. A su vez, TURKLE ofrece una visión de cómo las tecnologías digitales, como el Metaverso, reconfiguran nuestra socialización y formación de identidades. Este hecho podría desafiar nuestras concepciones convencionales de autoexpresión y relación, y potencialmente requerir la creación de regulaciones que aborden específicamente estos aspectos en el Metaverso. Por tanto, el Acuerdo entre la UE y los EE.UU. podría requerir una revisión para abordar cuestiones como el derecho a la anonimidad o a la pseudonimización, el derecho al olvido o el derecho a la protección de la(s) identidad(es) virtual(es) en el Metaverso. En términos críticos, la aplicación de estas teorías sugiere que el Acuerdo entre la UE y los EE.UU., aunque representa un paso importante, podría necesitar de una actualización o modificación para reflejar mejor las realidades únicas y cambiantes del Metaverso. Estas teorías indican que las cuestiones de privacidad y protección de datos en el Metaverso son complejas y multifacéticas, y que las regulaciones deben ser flexibles y capaces de adaptarse a estos retos. Esto podría requerir un replanteamiento de los principios y normas existentes, y la adopción de un enfoque más dinámico y contextualizado hacia la regulación de la privacidad y la protección de datos en el Metaverso.

89. El Acuerdo actual entre la UE y los EE.UU. puede entenderse como una extensión del RGPD en tanto que incorpora muchos de los principios fundamentales y enfoques hacia la protección de datos y la privacidad que se encuentran en el mismo. La aceptación de este nuevo Acuerdo por parte de las autoridades estadounidenses puede interpretarse como una concesión a regañadientes a la presión de las decisiones del TJUE, que ha sentado precedentes importantes en la defensa de la privacidad de los datos en el contexto transatlántico. El acuerdo contempla una vía específica de reparación para los usuarios de la UE que se ven afectados por la transferencia y el tratamiento de sus datos, lo que refleja una aplicación extraterritorial del Derecho de la UE. Esta disposición sugiere que los principios del RGPD están siendo elevados a un rango de norma de *jus cogens* o a un rango de valor en el marco del Derecho Comunitario. Esta elevación de los principios del RGPD podría verse como la creación de una especie de “custodia compartida” de los datos en las transferencias transatlánticas. En este acuerdo, los EE.UU. han aceptado que la UE establezca las reglas del juego. Sin embargo, es probable que este marco evolucione con el tiempo a medida que el Metaverso y las cuestiones de privacidad y protección de datos que plantea evolucionen. Es concebible que, a medida que el Metaverso se desarrolla y se vuelve

más complejo, la regulación de la protección de datos y la privacidad también se vuelva más compleja y matizada. Podríamos ver la aparición de categorías de espacios dentro de los Metaversos, cada uno con sus propias normas y regulaciones. Estas categorías podrían distinguirse en función de la actividad que se lleva a cabo en la plataforma del metaverso específico. Además, podríamos ver una evolución hacia una regulación más similar a la que tiene EE.UU., que es multisectorial, en lugar de la aproximación más general de la UE. Esto podría resultar en diferentes conjuntos de normas y regulaciones para diferentes tipos de actividades o interacciones en el Metaverso. Finalmente, como está ocurriendo con Google, podríamos ver una situación en la que diferentes espacios del Metaverso tienen diferentes normas y regulaciones dependiendo del país desde el que un usuario se conecte. Esto podría dar a los usuarios la opción de elegir, directa o indirectamente, el régimen jurídico al que se someten. Este enfoque podría ser más adaptativo y flexible, pero también podría plantear sus propios desafíos en términos de coherencia y aplicabilidad de las normas.

90. Nos encontramos ante una nueva era en la protección de datos y la privacidad, y aunque podamos trazar algunas líneas sobre cómo se podrían abordar estos desafíos únicos del Metaverso, hay que tener en cuenta que apenas estamos rozando la superficie de este universo emergente. Hay mucho por aprender, descubrir y debatir. En este contexto, aunque las normativas ya establecidas como el RGPD y acuerdos de transferencia de datos transatlánticos puedan constituir la base para la regulación del Metaverso, es bastante posible que veamos surgir normativas innovadoras y enfoques que se ajusten al carácter singular y desafiante de este naciente universo digital. Sin embargo, este recorrido nos lleva a una pregunta fundamental: ¿está realmente legitimado el TJUE para impulsar este tipo de normativas? En la compleja diplomacia de la era digital, esta cuestión subraya el delicado equilibrio entre la promoción de la protección de datos y el respeto a la soberanía de las naciones y sus propios marcos legales. Es crucial considerar que estamos presenciando una especie de “diplomacia de protección de datos”. En esta diplomacia, las jurisdicciones y los entes reguladores están estableciendo nuevas formas de negociar y entender el alcance de las diferentes normativas en un entorno tan complejo y sin fronteras como es el Metaverso. Sea como fuere, es innegable que nos encontramos tan sólo en los albores de este fenómeno de (des)localización de los datos. Aún hay mucho que debatir, aprender y adaptar. Las innovaciones tecnológicas, la creciente integración y uso del Metaverso, y las interacciones dinámicas entre los reguladores, los proveedores de servicios del Metaverso y los usuarios influirán en la configuración del marco regulatorio. Esto es sólo el principio. El futuro del Metaverso es una ruta desconocida y emocionante que exigirá seguimiento, adaptación y evolución constantes. Así que, como sociedad global interconectada, se nos presenta el reto y la oportunidad de diseñar este nuevo espacio digital, resguardando que los principios de privacidad y protección de datos no se dejen de lado en este futuro en ciernes.

La ocupación ilegal de inmuebles: un necesario enfoque global*

Squatting: a global approach

MATILDE CUENA CASAS

Catedrática de Derecho civil - Universidad Complutense

Editora del blog Hay Derecho

ORCID ID: 0000-0001-8980-1186

Recibido: 30.07.2023 / Aceptado: 13.09.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.8057

Resumen: En los últimos años se han incrementado los casos de ocupaciones ilegales de inmuebles en España. En el presente trabajo se analizan desde un enfoque global las razones que pueden haber provocado este aumento, así como los fallos regulatorios existentes que pueden estar actuando como incentivo a la producción de este fenómeno. Se abordan todos los aspectos implicados en el problema desde una perspectiva civil, penal, procesal y constitucional, sin olvidar el papel de los tratados internacionales en relación con los derechos implicados en esta problemática: derecho a la vivienda, derecho a la propiedad privada y derecho a la inviolabilidad del domicilio. El trabajo concluye con propuestas de solución a este trascendental problema.

Palabras clave: Ocupación ilegal, derecho a la vivienda, propiedad privada, allanamiento de morada, usurpación de inmuebles, función social de la propiedad.

Abstract: In recent years there has been an increase in the number of cases of squatting in Spain. This paper analyses from a global approach the reasons that may have caused this increase, as well as the existing regulatory failures that may be acting as an incentive to the production of this phenomenon. All the aspects involved in the problem are addressed from a civil, criminal, procedural and constitutional perspective, without forgetting the role of international treaties in relation to the rights involved in this problem: the right to housing, the right to private property and the right to the inviolability of the home. The work concludes with proposals for a solution to this transcendental problem.

Keywords: Squatting, right to adequate housing, private property, trespassing, usurpation of property, social function of property.

Sumario: I. Una necesaria referencia al problema de acceso a una vivienda asequible. II. Descripción del fenómeno de la ocupación ilegal. III. Los datos de la ocupación ilegal de inmuebles. III. Defensa del propietario frente a la okupación 1. La tutela penal frente a la okupación de inmuebles. A) La tipificación penal: allanamiento de morada y usurpación de inmuebles. B) La recuperación del inmueble por la vía penal. A) Vía judicial: la medida cautelar de desalojo. b). Denuncia policial. La intervención de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado. 2. Tutela administrativa. El empadronamiento del okupa. 3. La tutela civil frente a la okupación. 4. ¿Qué itinerario es el idóneo para que el poseedor legítimo recupere el inmueble? IV. Límites a la tutela del propietario: supuestos de suspensión de desalojo del ocupante vulnerable. 1. De la comunicación a Servicios sociales a la suspensión del desalojo: el Real Decreto Ley 37/2020, de 22 de diciembre de medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda. 2. Novedades introducidas por la Ley 12/2023, de 24 de mayo por el derecho a la vivienda. V. Okupación de viviendas y derechos fundamentales en conflicto. La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos humanos. 1. El derecho a una vivienda digna como justificación de la limitación del desalojo. 2. Inviolabilidad del domicilio del okupa como límite al desalojo 3. Función social de la propiedad y okupación sin título de viviendas secundarias de grandes tenedores. VI. Conclusiones y propuestas.

I. Una necesaria referencia al problema de acceso a una vivienda asequible

1. La crisis financiera de 2008 fue fruto de una política de vivienda orientada a facilitar la adquisición de la propiedad vía sobreendeudamiento de los particulares. De hecho, España es un “país de propietarios¹” tanto ricos como pobres, todos lograron acceder a un préstamo hipotecario gracias a un mercado de crédito generoso alimentado por importantes incentivos fiscales. El préstamo hipotecario para la adquisición de la vivienda habitual era un gasto deducible en el impuesto sobre la renta de personas físicas (IRPF), no siéndolo la renta que se abonaba en concepto de alquiler. Estaba claro que los gobiernos de turno querían favorecer que la vivienda se adquiriera en propiedad. Sin embargo, lo que realmente se favoreció fue la especulación con un bien de primera necesidad.

2. Todos sabemos ya cómo acabó la gran burbuja inmobiliaria² y el nivel de deuda privada que se generó gracias a esa decisión política. Nada que objetar a facilitar que los particulares fueran dueños de sus viviendas. El problema es cuando para ello se violentan reglas elementales en materia de evaluación de la solvencia y se utiliza el dinero de los depositantes para prestar alegremente incluso a quien carecía de capacidad de pago, transfiriendo el riesgo a terceros a través del mercado secundario. Es el famoso “originar para distribuir” que se practicó a nivel mundial provocando una crisis financiera también mundial. Y todo ello vino acompañado por una escasa inversión en vivienda social, es decir aquella que se vende o alquila a precios que no son de mercado, asignada de acuerdo con normas específicas en función de la capacidad económica del inquilino o adquirente, listas de espera³, etc. Los casi

¹ Según datos de la oficina de estadística europea (Eurostat), el porcentaje de la población española que residía en una vivienda en propiedad en 2021 era del 75,8%, mientras que el 24,2% vivía de alquiler (Eurostat) https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/ILC_LVHO02_custom_1513577/bookmark/table?lang=en&bookmarkId=776c7a00-1a0a-4818-aeae-8c08024912a9 (Consultado el 3 de julio de 2023).

² Para un análisis riguroso de lo acontecido en la crisis financiera, cfr. MONTALVO, JM., “Financiación inmobiliaria, burbuja crediticia y crisis financiera: lecciones de la recesión 2008-09” <https://jgmontalvo.com/wp/BURBUJAS%20INMOBILIARIAS%20Y%20CRISIS%20FINANCIERAS.pdf> (Consultado el 28 de junio de 2023); Imprescindible consultar el trabajo de NASARRE AZNAR, S., *Los años de la crisis de la vivienda. De las hipotecas subprime a la vivienda colaborativa*, Tirant lo Blanch, 2020.

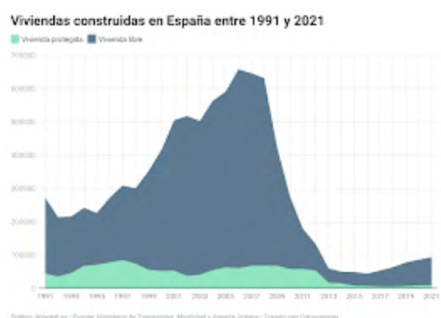
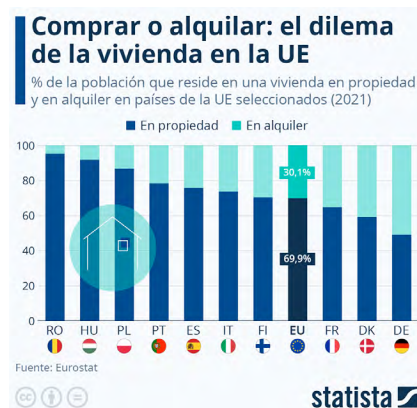
³ Definición tomada del informe de la OECD “Brick by brick. Building better housing policies”, 31/05/2021, <https://doi.org/10.1787/b453b043-en> (Consultado el 3 de julio de 2023). Los datos proporcionados por Eurostat y por el Observatorio Housing Europe, corroboran que el parque de vivienda social en España se encuentra a más de 6 puntos porcentuales por debajo de la media de los países de la Unión europea, cuyo parque de vivienda social se sitúa en el entorno del 9% con respecto a las viviendas principales, frente al 2,5% de España. Datos obtenidos del informe sobre Observatorio de vivienda y suelo. Boletín especial de vivienda social 2020. Ministerio de transportes, movilidad y agenda urbana. 2020 <https://apps.fomento.gob.es/CVP/handlers/pdfhandler.ashx?idpub=BAW072> (Consultado el 4 de julio de 2023).

Y no parece que en el futuro próximo la inversión en vivienda pública vaya a incrementarse.

Distribución del gasto público en vivienda: Peso sobre PIB, según el Programa de Estabilidad de 2023.

Fuente: Ministerio de Hacienda y Función Pública <https://www.idealista.com/news/finanzas/inversion/2023/05/03/805726-el-gobierno-congela-la-inversion-publica-en-vivienda-sobre-pib-hasta-2026>

Funciones	2021	2022	2023	2024	2025	2026
Servicios públicos generales	5.9%	5.8%	5.7%	5.7%	5.7%	5.7%
Defensa	1%	1.1%	1.2%	1.2%	1.3%	1.3%
Orden público y seguridad	2%	1.9%	1.9%	1.9%	1.8%	1.8%
Asuntos económicos	6.3%	5.5%	5.5%	4.7%	4.6%	4.5%
Protección al medio ambiente	1%	1%	1%	1%	0.9%	0.9%
Vivienda y servicios comunitarios	0.5%	0.5%	0.5%	0.5%	0.5%	0.5%
Sanidad	7.3%	6.9%	6.9%	6.9%	6.9%	6.9%
Actividades recreativas, cultura y religión	1.2%	1.2%	1.2%	1.1%	1%	1%
Educación	4.6%	4.5%	4.5%	4.5%	4.5%	4.5%
Protección social	20.6%	18.9%	19%	19%	19%	19.1%



siete millones de Viviendas de Protección Oficial (VPO) construidas en más de medio siglo, no se han transformado en viviendas sociales, lo han hecho en viviendas libres⁴.

3. En resumidas cuentas, hemos asistido al fenómeno denominado “financiarización de la vivienda”, que se produce cuando la vivienda es tratada como una mercancía y una fuente de riqueza e inversión, en lugar de como un bien social⁵. Lejos de hacer eso, se fomentó sobreendeudamiento siendo estos propietarios los protagonistas de una oleada de desahucios a partir de 2008.

4. Fruto de dicha crisis, cuyos efectos todavía padecemos, fue una regulación que incentivaba una política de préstamo responsable que pretendía que se financiara la adquisición de la propiedad de la vivienda a aquellos que podían permitírselo. Principio obvio que, no obstante, hubo que regular para evitar futuras burbujas inmobiliarias. Restringido el mercado de crédito inmobiliario la solución al problema de la escasez de vivienda emergía de nuevo con fuerza, sin que la vía del sobreendeudamiento fuera ya una opción para su solución.

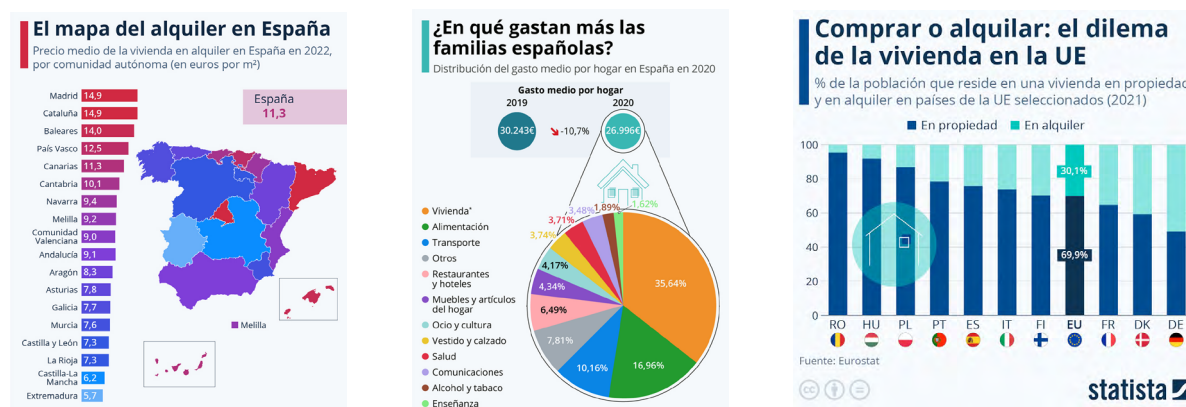
5. Lo cierto es que como tantos otros países España tiene un problema grave de vivienda, con escasa vivienda pública y un mercado arrendaticio tremendamente caro⁶ que está provocando que muchas familias carezcan de recursos para procurarse un bien de primera necesidad como es la vivienda. No en vano el gasto en vivienda es el que absorbe el mayor porcentaje de renta de las familias⁷.

6. Al mismo otro dato relevante que incide de lleno en el objeto del presente estudio es que mientras colectivos vulnerables carecen de recursos para acceder a una vivienda, muchos inmuebles eran acumulados por personas jurídicas. Muchos de ellos pertenecen a los bancos que se adjudicaron los inmuebles en subastas desiertas como consecuencia de ejecuciones hipotecarias, gracias a una le-

⁴ DEFENSOR DEL PUEBLO. “La vivienda protegida y alquiler social en España”, Madrid 2019 https://www.defensordel-pueblo.es/wp-content/uploads/2019/07/Separata_vivienda_protegida.pdf, p. 21.

⁵ NACIONES UNIDAS, “Relator especial sobre el derecho a una vivienda digna y adecuada” <https://www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-housing/human-right-adequate-housing> (Consultado el 29 de junio de 2023).

⁶ El precio medio de la vivienda en alquiler en España se situaba en agosto de 2006 9,3 euros por metro cuadrado. En junio de 2023 el precio por metro cuadrado era de 11,8 euros/metro cuadrado: un 9,2% más respecto del mes de junio de 2022. <https://www.idealista.com/sala-de-prensa/informes-precio-vivienda/alquiler/> (Consultado el 4 de julio de 2023). <https://es.statista.com/grafico/24017/precio-medio-de-la-vivienda-en-alquiler-en-espana/>



⁷ Por término medio, en la UE en 2021, el 18,9 % de la renta disponible se dedicó a gastos de vivienda. Este porcentaje difería entre los Estados miembros, siendo el más elevado en Grecia (34,2 %), Dinamarca (26,3 %) y los Países Bajos (23,9 %).

En cuanto a las personas con una renta disponible inferior al 60 % de la renta media nacional, es decir, las personas que podrían considerarse en riesgo de pobreza, la proporción de la vivienda en la renta disponible fue del 37,7 % de media en la UE. En cambio, para las personas con una renta disponible superior al 60% de la renta mediana, el porcentaje ascendía al 15,2%.

En el caso de España para rentas disponibles superiores al 60% de la renta media, el porcentaje de ingresos dedicados a vivienda es de un 12,3 %. Por el contrario, para rentas disponibles inferiores al 60% de la renta media, el porcentaje de ingresos dedicados a vivienda asciende al 39,9 % de su renta disponible. Housing in Europe 2022 <https://ec.europa.eu/eurostat/cache/digpub/housing/bloc-2b.html?lang=en>

gislación procesal que les permitía hacerlo a un valor muy inferior al de mercado⁸. Inmuebles muchos de ellos que pasaron a ser propiedad de la SAREB (Sociedad de gestión de activos procedentes de la reestructuración bancaria) para que las entidades financieras con problemas de solvencia sanearan sus balances y obtuvieran liquidez. Nació siendo una entidad privada y acabó siendo pública⁹, sumando como deuda pública el dinero público invertido en dicha entidad. La realidad actual es que muchos inmuebles están en manos de bancos y de la SAREB.

7. Pero es que además desde 2011 los fondos de inversión especularon con activos inmobiliarios invirtiendo en un momento en el que la vivienda bajaba de precio. De nuevo la vivienda se convierte en un producto especulativo. Nada hay que objetar, a mi juicio, a unas empresas que invirtieron en un negocio provechoso al igual que lo hicieron muchos particulares en plena burbuja. Otra cosa es que vivienda pública se cediera a los fondos lo cual me parece un despropósito¹⁰. Lo cierto es que los principales propietarios en España son fondos como Blackstone y Lazora¹¹. Sólo teniendo en cuenta esta realidad se comprenderá el régimen especial que actualmente ostentan los propietarios “grandes tenedores”.

8. En suma, el problema de la vivienda es EL problema. Estuvo detrás de la crisis financiera de 2008 y se ha visto agravado tras las medidas adoptadas para salir de ella y por la subida de tipos de interés. Adquirir una vivienda en propiedad está al alcance de unos pocos lo que ha provocado un exceso de demanda en el mercado de alquiler cuyos precios se han disparado¹². Nos encontramos en una tremenda crisis de vivienda asequible y la crisis financiera ha modificado el marco en el que operan los sistemas

⁸ La normativa procesal, de nuevo, se erige en instrumento favorable para la especulación gracias a reglas como las contenidas en los arts. 682 y 670 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC). Analizo este tema en mi trabajo “Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario” Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, ISSN 0210-0444, Año nº 93, Nº 764, 2017, págs. 2871-2924 <https://eprints.ucm.es/45896/1/PRUEBAS%20CUENA.RCDI.pdf> También en el post publicado en el blog de la Fundación Hay Derecho “Tasaciones de inmuebles y (des)protección del deudor hipotecario. Hacia una nueva “burbuja inmobiliaria” <https://www.hayderecho.com/2015/02/11/tasaciones-de-inmuebles-y-desproteccion-del-deudor-hipotecario-hacia-una-nueva-burbuja-inmobiliaria/>

⁹ Originariamente el SAREB (también llamado “El Banco Malo”) fue una creación societaria-financiera del Estado Español para reflotar el sistema bancario mediante el traspaso de los activos tóxicos de las entidades crediticias más perjudicadas al mencionado SAREB, de entre cuyas principales características en su creación destacaron. Destaca su carácter jurídico mixto público-privado: 54% de su capital social en manos de Bancos privados y el 46% restante, en manos del Estado Español mediante el FROB (Fondo de Regulación y Ordenación Bancaria). Su negocio radica en que compran a los bancos los distintos activos tóxicos a un precio inferior al que estos pagaron por adquirirlos, ya que han perdido valor de cara a intentar cancelar la deuda emitida. De este modo, los bancos pierden dinero, pero logran sanear sus cuentas y el organismo dispone de pisos, casas, solares, promociones a medio hacer y activos similares.

¹⁰ El IVIMA (instituto regional de la vivienda) concedió a muchos ciudadanos una vivienda pública en régimen de alquiler con opción a compra junto con ayudas económicas como la reducción de la renta. Sin embargo, años después, junto a otras casi 3.000 viviendas de protección oficial, se vendieron dichos inmuebles al fondo de inversión Encasa Cibeles, que suprimió los beneficios que le había otorgado la Administración. Debido a ello, muchos ciudadanos no pudieron hacer frente al pago del alquiler. https://www.elconfidencial.com/espana/2021-11-02/venta-pisos-publicos-fondo-buite-botella-juicio_3316308/

¹¹ En las grandes ciudades es donde se concentra la gran mayoría de propiedades en manos de personas jurídicas: Madrid el 62%, Zaragoza el 54%, Málaga 56%, Barcelona (52%) (ATLAS Data Real State analytics. “Estado y tendencias del build to rent en España”. Análisis de oferta y demanda. 2019 <https://atlas-reanalytics.com/wp-content/uploads/Estado-y-tendencias-del-BTR-by-Atlas.pdf>

¹² El precio medio de la vivienda en alquiler en España es de 1.539 euros mensuales (datos de junio de 2023), lo que supone un incremento del 4,55% respecto al mes anterior.



Fuente: https://www.enalquiler.com/precios/precio-alquiler-vivienda-espana_31-0-0-0.html

nacionales de vivienda que se entiende que no se puede dejar exclusivamente en manos del funcionamiento del mercado privado. Cobra ahora especial protagonismo la vivienda social, pero adelante ya, una vivienda social que debe ser proporcionada por el Estado, no por los propietarios.

9. En este marco de escasez de vivienda asequible debemos encuadrar el fenómeno -especialmente grave en nuestro país- de la ocupación ilegal que es el objeto del presente trabajo. Lo raro es que este fenómeno no se hubiera producido tras una crisis financiera con muchos hogares sin ingresos, poca vivienda social y mucha vivienda vacía. Hay causas que justifican que haya emergido el problema de la ocupación ilegal. No se puede negar. Cosa distinta es la ineficiencia de los mecanismos jurídicos para paliarlo que es lo que voy a abordar en el presente trabajo.

10. La dificultad de este tema radica en que nos enfrentamos a las consecuencias de un doble fracaso. Ha fallado el Estado social para satisfacer la necesidad de vivienda de quienes se han visto expulsados del circuito económico. Pero también ha fracasado el Estado de Derecho que se ha visto, como veremos, violentado por la tolerancia a una violación del derecho de propiedad. Y la suma de esos dos fracasos da como resultado lo que estamos viendo, una espiral de ilegalidades que se encadenan y retroalimentan entre sí¹³.

11. Comenzaremos analizando los datos de la ocupación ilegal, los mecanismos que el ordenamiento brinda al propietario para su prevención y solución y concluiré con el análisis crítico de la intervención normativa reciente en el marco los derechos fundamentales que se dan cita en este conflicto. Concluiré con unas propuestas de solución.

II. Descripción del fenómeno de la ocupación ilegal

12. Por las razones expuestas se ha generalizado el fenómeno de la *ocupación ilegal* de necesidad: personas que detentan la posesión de un inmueble ajeno sin título ni consentimiento de su titular haciéndolo por falta de recursos para un acceso legal a la vivienda. Obsérvese que utilizo el término okupa con “K”, definido en el diccionario de la Real Academia como “movimiento radical que propugna la ocupación de viviendas o locales deshabitados”. Y es que la okupación no fue sino un movimiento social (*squatting* o allanamiento ilegal) nacido en los años 60 en el Reino Unido que propugna la ocupación de viviendas o locales de manera temporal o permanente con una base ideológica que denuncia la escasez de la vivienda y las dificultades, sobre todo de los jóvenes, de acceder a ella. Tiene alto contenido político en tanto que denuncia el statu quo tradicional y es un movimiento anticapitalista. Es una “okupación ideológica”¹⁴. Pero nosotros actualmente nos estamos enfrentando a una “ocupación de necesidad”. Aquella que reivindican los que carecen de recursos para acceder a una vivienda. Me refiero, obviamente, a las motivaciones que están detrás del fenómeno y no a las justificaciones porque no hay nada que justifique violentar abiertamente la propiedad ajena. Y lamentablemente esto es lo que está sucediendo ya que se ha convertido la ocupación, como veremos, en una forma de tenencia.

13. Efectivamente, las recientes crisis justifican que a diario los medios de comunicación alerten de casos de ocupación ilegal en nuestro país. Algunos supuestos son sangrantes: ancianas¹⁵ que abandonan la vivienda¹⁶ temporalmente, por ejemplo, por razones de salud, comprueban a la vuelta que

¹³ En este sentido, A.J. LAFUENTE TORRALBA, “El *Laberinthus iudiciorum* de la ocupación ilegal de viviendas: remedios en las vías penal y civil y análisis de su eficacia”, Revista de Derecho aragonés. N° 26-27, 2020-2021, págs. 116.

¹⁴ Vid. Análisis al respecto que hace J.M. JIMÉNEZ PARIS, “La ocupación e inmuebles en el Derecho penal español”, Reus, 2018, p. 27.

¹⁵ Noticia aparecida en el periódico El Mundo de 27 de marzo de 2023: Unos okupas invaden la casa de una anciana de 85 años: “Han tirado toda su ropa a la calle; aún no se lo dije a mi madre, si se entera, se muere”. <https://www.elmundo.es/madrid/2023/03/27/6421e32621efa01a0b8b459c.html>

¹⁶ Noticia aparecida en Telemadrid el 3 de junio de 2022: “Okupan la casa de una anciana de 97 años mientras está en la resi-

su vivienda ha sido okupada. Supuestos en los que el propietario es detenido¹⁷ por tratar de recuperar su vivienda que ha sido okupada por un tercero que la ha convertido en domicilio o situaciones en las que el okupa exige un “rescate” por abandonar la vivienda, que han dado lugar a titulares en la prensa internacional¹⁸. No es de extrañar que estos casos generen alarma social y que a nivel internacional se considere España como el paraíso de la okupación¹⁹ en Europa. Y todo ello a pesar de que en algunos medios españoles se niegue el problema diciendo que la mayoría de los casos se dan en pisos que son de los bancos, como si estos no tuvieran un derecho de propiedad protegido²⁰.

14. Técnicamente okupa es aquel que se instala en propiedad ajena (vivienda o local) sin el consentimiento del propietario o poseedor legítimo, frecuentemente adquirida con violencia. No tiene tal consideración el inquilino que se niega a abandonar el inmueble cuando expira su contrato o el que deja de pagar la renta. Tampoco lo es aquel que posee el inmueble con el consentimiento del titular (comodato o precario) que no ha ejercitado acción alguna para su recuperación. El precarista (posesión tolerada) no necesariamente es un okupa (posesión ilegítima). En estos casos nos encontramos con personas que fueron autorizadas por el propietario a través de un título legitimador para poseer el inmueble que posteriormente decae. Los dos supuestos son distintos por más que en ambos el derecho del propietario padezca en la misma medida: se ve privado del uso y disfrute de su inmueble, está obligado a atender todos los gastos derivados de la propiedad del mismo e incluso puede verse obligado a responder civilmente de los daños causados a terceros por el ocupante de la vivienda (art. 1902 y 1910 CC)²¹ y todo sin obtener compensación alguna por parte del poseedor del inmueble.

15. Esta distinción inicialmente fue tenida en cuenta por el legislador no sólo al establecer las acciones que se deben ejercitar en uno y otro caso por el poseedor legítimo (acción de desahucio por precario prevista en art. 250.2º LEC o acción posesoria de recobrar frente al despojo prevista en art. 250.1.4º LEC)²², sino también cuando estableció normas que limitaban los desalojos cuando estos se producían por consecuencia de una reclamación por deuda hipotecaria o por impago del alquiler. Así sucedió, por ejemplo, en el art. 5.2 la Ley catalana 24/2015, de 29 de julio de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de vivienda y la pobreza energética. El demandante (persona jurídica) gran tenedor de vivienda antes de interponer cualquier demanda judicial de ejecución hipotecaria o de desahucio por impago de alquiler debía hacer propuesta de alquiler social²³ a personas o unidades

dencia en Colmenar Viejo” <https://www.telemadrid.es/programas/madrid-directo/Okupan-la-casa-de-una-anciana-de-97-anos-mientras-esta-en-la-residencia-en-Colmenar-Viejo-2-2456474330--20220603090333.html>

¹⁷ Noticia difundida en Antena 3 el 5 de junio de 2023 Detenido un propietario tras denunciar la okupación de su casa: “Me quitaron las llaves y se las entregaron”. https://amp-antena3-com.cdn.ampproject.org/c/s/amp.antena3.com/noticias/sociedad/detenido-propietario-denunciar-okupacion-casa-quitaron-llaves-entregaron_20230605647d9bc7a7fe8d0001d3ba5c.html

¹⁸ BBC News: “The hard men removing squatters in Spain”, <https://www.bbc.com/news/stories-58310532> Se hace eco de la existencia de numerosas empresas que se dedican a expulsar a okupas por medios muy poco ortodoxos y del hecho de que el okupa exija un rescate por abandonar el inmueble. <https://www.bbc.com/news/stories-58310532>

¹⁹ Muy revelador el artículo publicado en el periódico Wolf Street por CORBISHLEY, N., “How Spain Became a Squatter’s Paradise” <https://wolfstreet.com/2020/09/12/how-spain-became-a-squatters-paradise/>

²⁰ Artículo publicado por DOMÍNGUEZ, I., en el diario El País “Una dudosa alarma sobre los okupas”. <https://elpais.com/espana/2020-09-05/una-dudosa-alarma-sobre-los-okupas.html>

²¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 5 de diciembre de 2019:

“En este sentido si bien es un hecho la ocupación ilegal no es menos cierto que las consecuencias de dicha ocupación no tienen por qué ser soportadas por terceros ajenos a la relación de la propiedad con los terceros ocupantes, y en cualquier caso quedarían, al alcance de la entidad demandada, el ejercicio de las acciones de responsabilidad procedentes contra los terceros ocupantes del inmueble, por más que las posibilidades de recuperar alguna cantidad fueron verdaderamente ilusorias dada la normal carencia de medios que los ocupantes ilegales suelen aducir, pero en cualquier caso lo que no es procedente es trasladar a terceros que ninguna relación tienen con la propiedad de la vivienda, y que tan sólo son propietarios del piso inmediatamente inferior las consecuencias del uso abusivo que un tercer ocupante pueda hacer de la vivienda.”

²² Esta acción recuperatoria de la posesión frente al despojo ilegal es la que fue afectada por la Ley 2018/15, de 11 de junio de reforma de la LEC en relación con la ocupación ilegal de viviendas a la que posteriormente me referiré.

²³ El art. 5.7 de la Ley catalana 24/2015 nos aclara lo que es una propuesta de alquiler social que debe cumplir los siguientes requisitos:

a) *Debe fijar rentas que garanticen que el esfuerzo por el pago del alquiler no supere el 10% de los ingresos ponderados*

familiares que no tengan una alternativa propia de vivienda y que estén dentro de unos parámetros de riesgo de exclusión residencial previstos en dicha ley. Poco después dicho precepto fue modificado por el Decreto Ley 17/2019, de 23 de diciembre extendiéndolo también a las demandas de desalojo provocadas por ocupantes sin título, auténticos okupas.

16. De esta forma, la ocupación ilegal se convertía en vía para dar un título legal al okupa al obligar al propietario gran tenedor a proponer un alquiler social a los ocupantes sin título. Se equiparaba la situación del “inquiokupa” con la de aquel que se introduce sin título en inmueble ajeno. Tal precepto (art. 5.3) ha sido declarado inconstitucional por la STC 16/2021 de 28 de enero porque afectaba al contenido esencial del derecho de propiedad reconocido en el art. 33 de la Constitución, y se vulneraba el límite contenido en el art. 86 de la CE relativo a los contenidos de los decretos leyes. Aparece también en el ámbito de la legislación catalana por primera vez la figura del gran tenedor en el art. 5.9 Ley 24/2015²⁴ mezclando personas físicas y jurídicas con entidades financieras, fondos de inversión, la SAREB y filiales inmobiliarias de las entidades financieras.

17. No obstante, la Ley 1/2022, de 3 de marzo, de modificación de la Ley 18/2007, la ley 24/2017 y la Ley 4/2016 para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda recoge la obligación del propietario gran tenedor de realizar una propuesta de alquiler social antes de interponer una demanda judicial con relación a cualquier acción ejecutiva derivada de la reclamación de una deuda hipotecaria y otras demandas de desahucio por vencimiento de la duración máxima del título que legitima la ocupación o por la falta de dicho título en determinadas circunstancias. *Por lo tanto, el propietario tiene que ofrecer alquiler social al ocupante ilegal.* Algo demencial que consuma la equiparación jurídica del inquilino con la del ocupante ilegal. Esta norma está recurrida ante el Tribunal Constitucional²⁵.

18. Por el contrario, el Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 se refirió inicialmente a la suspensión de desahucios de inquilinos quienes podían plantear un incidente de suspensión extraordinaria del desahucio o lanzamiento ante el juzgado por encontrarse en una situación

de la unidad familiar, si están por debajo del 0,89 del indicador de renta de suficiencia (IRSC), o el 12% de los ingresos ponderados de la unidad familiar, si están por debajo del 0,95 del Indicador de renta de suficiencia (IRSC), o el 18% de los ingresos ponderados de la unidad familiar, si son iguales o superiores al 0,95 del IRSC.

b) Debe ofrecer preferentemente la vivienda afectada por el procedimiento o, alternativamente, una vivienda ubicada dentro del mismo término municipal, salvo que se disponga de un informe de los servicios sociales municipales acreditativo de que el traslado a otro término municipal no afectará negativamente a la situación de riesgo de exclusión residencial de la unidad familiar.

²⁴ *A efectos de la presente ley, se entiende que son grandes tenedores de viviendas:*

a) Las entidades financieras, las filiales inmobiliarias de estas entidades, los fondos de inversión y las entidades de gestión de activos, incluidos los procedentes de la reestructuración bancaria, de acuerdo con la legislación mercantil.

b) Las personas jurídicas que, por sí solas o a través de un grupo de empresas, sean titulares de más de diez viviendas ubicadas en territorio del Estado, con las siguientes excepciones:

1.º Los promotores sociales a los que se refieren las letras a y b del artículo 51.2 de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda.

2.º Las personas jurídicas que tengan más de un 15% de la superficie habitable de la propiedad calificado como viviendas de protección oficial destinadas a alquiler.

3.º Las entidades privadas sin ánimo de lucro que proveen de vivienda a personas y familias en situación de vulnerabilidad residencial.

c) Los fondos de capital riesgo y de titulización de activos.

d) Las personas físicas que sean propietarias de más de quince viviendas, o copropietarias si su cuota de participación en la comunidad representa más de 1.500 metros cuadrados de suelo destinado a vivienda, con referencia en ambos casos a viviendas situadas en territorio del Estado, con las mismas excepciones que establecen para las personas jurídicas los puntos 1.º y 2.º de la letra b).

²⁵ El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 30 de junio de 2022, ha acordado admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad número 3955-2022, promovido por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, contra la Ley del Parlamento de Cataluña 1/2022, de 3 de marzo, de modificación de la Ley 18/2007, la Ley 24/2015 y la Ley 4/2016, para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y, subsidiariamente, contra los artículos 1.1, 1.3, 7, 8, 9.2, 10, 11, 12 y disposición transitoria de la Ley 1/2022.

de vulnerabilidad económica que le imposibilite encontrar una alternativa habitacional para sí y para las personas con las que conviva, según los parámetros previstos en su art. 5 RDL 11/2020.

19. Sin embargo, el Real Decreto-ley 37/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda y en materia de transportes modificó el RDL 11/2020 introduciendo el art. 1 bis de forma que la suspensión de desalojo se extendía también a los ocupantes ilegales en tanto se paralizaban las acciones ejercitadas con base en el art. 250.1.7 LEC. El juez podrá también decretar la suspensión del lanzamiento cuando el mismo derive de procesos penales y se trate de sujetos que habiten sin ningún título habilitante. Esta suspensión de lanzamientos se ha prorrogado hasta el 31 de diciembre de 2023²⁶. El propietario debe ser un gran tenedor²⁷, concepto que entra en la legislación estatal importado de la regulación catalana. Baste resaltar que en esta regulación por primera vez se equipara la posición jurídica del inquilino con la del okupa a los efectos de la suspensión de desahucios. Si bien, preciso aclarar que se acotaron los ocupantes ilegales a aquellos que tenían la consideración de persona dependiente de conformidad con lo dispuesto en el apartado dos del artículo 2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, víctima de violencia sobre la mujer o tener a su cargo, conviviendo en la misma vivienda, alguna persona dependiente o menor de edad.

20. La Disposición final primera del RDL 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, modifica el art. 1 bis. 7 del RDL 11/2020, excepcionando la suspensión del desahucio: “*Cuando la entrada o permanencia en el inmueble se haya producido mediando intimidación o violencia sobre las personas*”. Si la okupación se ha realizado sin violencia o intimidación, entonces el ocupante no puede ser desalojado, siempre, por supuesto que se encuentre en situación de vulnerabilidad según los parámetros que regula la norma.

21. Con esta regulación dictada en plena pandemia el legislador estatal comienza a adentrarse en un terreno peligroso, normalizando una situación que luego implantará en la recientemente aprobada Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda. Se implantan a nivel estatal medidas que inicialmente se introdujeron en la legislación catalana, a sabiendas del fracaso de las mismas en las que se equipara el régimen jurídico del a ocupación ilegal con el de la denominada “inquiokupación”. Se equiparan situaciones que son diferentes y se generan peligrosos incentivos a la ocupación ilegal. Ello solo puede explicarse por la necesidad de recabar apoyos que ha tenido un Gobierno en minoría.

III. Los datos de la okupación de inmuebles

22. La primera dificultad que nos encontramos a la hora de evaluar los datos de okupación de inmuebles en España es la ausencia de estadísticas oficiales. Es común además que no haya denuncia del delito en cuestión y que se resuelva por vía extrajudicial a través de agencias dedicadas a resolver a desalojar al okupa por medios muchas veces poco ortodoxos. Que suceda esto no es sino una muestra fracaso del propio sistema jurídico del que el propietario desconfía por considerarlo lento e ineficiente.

²⁶ El Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea (“Real Decreto-ley 5/2023”) prorroga hasta el 31 de diciembre de 2023 la suspensión de los procedimientos de desahucio y de lanzamiento:

- por impago de alquiler para hogares vulnerables sin alternativa habitacional sujetos a la LAU de 1994; y
- para quienes habiten sin título una vivienda que sean víctimas de violencia de género, dependientes o con dependientes o menores a su cargo, y se encuentren en situación de vulnerabilidad, siempre que la vivienda pertenezca a personas físicas o jurídicas titulares de más de diez viviendas.

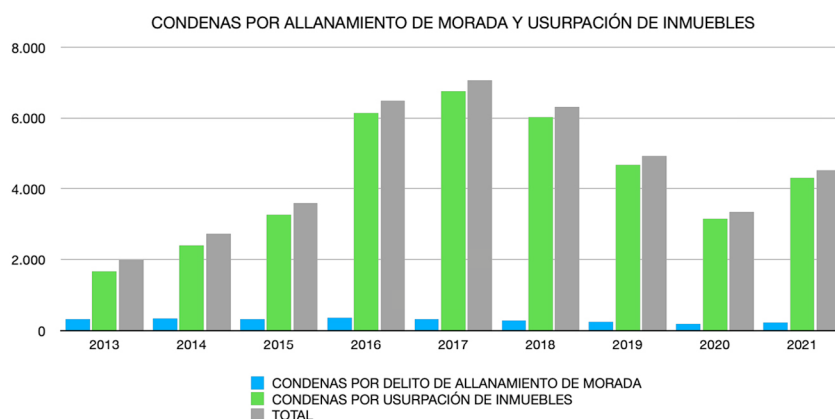
²⁷ Personas jurídicas o físicas titulares de más de diez viviendas (art. 1 bis RDL 11/2020).

23. El problema se ha politizado y hay una premeditada desinformación al respecto. Los partidos de izquierdas minimizan el problema llegando a decir que es una estrategia comercial de las empresas de seguridad y los de derechas lo resaltan²⁸. Lo cierto es que no me parece relevante el número de casos, sino la posición jurídica en la que se encuentra el propietario que se ve afectado por este problema. Con todo y con eso, lo cierto es que, según datos del Ministerio del Interior, las denuncias por ocupación de inmuebles han crecido un 62,67% en cinco años²⁹.

No creo que se deba valorar la entidad del problema de la ocupación ilegal comparando el número de ocupaciones respecto del número total de viviendas³⁰ para concluir que no es un problema importante. También -afortunadamente- el porcentaje es bajo si comparamos homicidas con el número de ciudadanos. Ello no es determinante de la magnitud del problema.

Si tenemos en cuenta los datos publicados por el Instituto Nacional de Estadística (INE) respecto de condenas penales por allanamiento de morada y usurpación de bienes inmuebles³¹, comprobamos que sí ha habido un incremento ostensible de ocupaciones ilegales en los últimos años:

Año	Condenas por delito de allanamiento de morada	Condenas por usurpación de inmuebles	Total
2013	315	1.669	1.984
2014	339	2.402	2.741
2015	318	3.278	3.596
2016	357	6.132	6.489
2017	327	6.757	7.084
2018	285	6.028	6.313
2019	238	4.687	4.925
2020	185	3.157	3.342
2021	230	4.302	4.532



Ocupaciones inmuebles (incluye allanamiento de morada)	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022
	2.702	3.849	6.233	7.739	10.084	10.376	9.998	10.619	12.214	14.621	14.675	17.274	16.765

Fuente: Ministerio del Interior. Secretaría de Estado de Seguridad. Sistema estadístico de criminalidad.

²⁸ <https://www.libremercado.com/2020-09-19/okupas-delitos-vecinos-y-estadisticas-o-la-distancia-que-hay-de-detroit-a-pezucla-6661185/>

²⁹ Han pasado de ser 10.619 denuncias en 2017 a 17.274 en 2021.

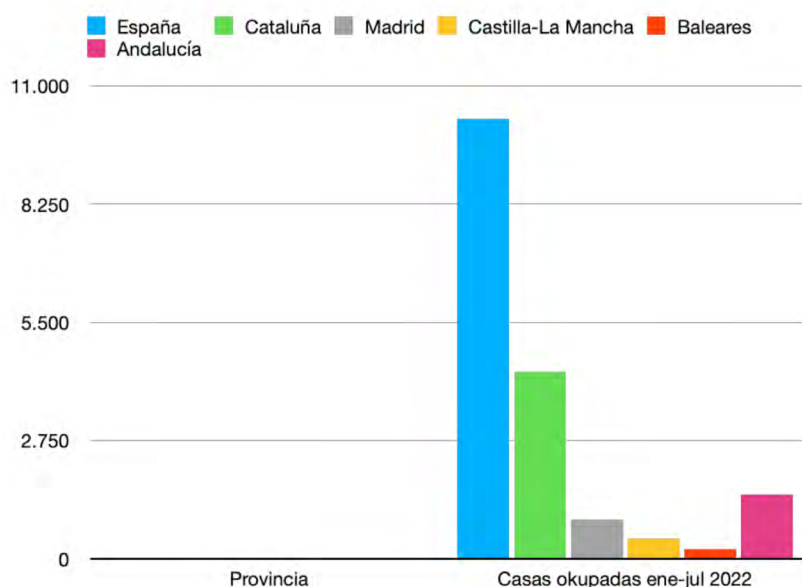
³⁰ Es frecuente este enfoque en los medios comunicación: Con un parque de viviendas de 26 millones de inmuebles, si se tiene en cuenta el número de denuncias presentadas por presuntas okupaciones ilegales de viviendas en España en 2022 (16.726) apenas equivale al 0,06% del parque de inmuebles, mientras que los juicios verbales posesorios ingresados por esta causa (2.785) representan el 0,01% del total. <https://www.newtral.es/okupacion-viviendas-espana/20230506/#> Minimiza el problema desde este discutible enfoque, C.VIADER, "La ocupación como problema legal y social". <https://www.hayderecho.com/2020/09/09/la-okupacion-como-problema-legal-y-social/> (Consultado el 3 de julio de 2023).

³¹ Aunque posteriormente con mayor detalle la tutela penal frente a la ocupación ilegal, adelanto ya que la usurpación de inmuebles afecta a inmuebles vacíos que no están habilitados como viviendas, o no constituyen morada de su titular y normalmente pertenecen a personas jurídicas, aunque también pueden serlo de particulares.

De los datos se infiere que ha habido un aumento de casos bastante ostensible y no cabe hablar de “bulo” cuando se trata de ocupación ilegal, ni de sobredimensionamiento del problema³².

24. El INE no ha publicado los datos de condenas penales correspondientes al año 2022. El Ministerio del Interior informa de denuncias presentadas por ocupación ilegal, sin distinguir entre allanamiento y usurpación de inmuebles, dado que dicha delimitación solo la puede realizar la correspondiente sentencia judicial.

25. De enero a julio de 2022 se han producido en España 10.220 ocupaciones ilegales,³³ observándose un descenso del 5,43% respecto del mismo periodo del año anterior. Resulta llamativa la diferencia entre las distintas comunidades autónomas, destacando el dato de Cataluña donde se denunciaron 4.341 ocupaciones ilegales en el primer semestre de 2022, observándose con un descenso del 6,42% respecto del mismo periodo del año anterior. Hay territorios donde prácticamente no hay denuncias por este asunto y las diferencias entre comunidades autónomas son muy llamativas, siendo Cataluña la líder en okupaciones ilegales.



Fuente: Ministerio del interior. <https://www.interior.gob.es/opencms/es/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/anuarios-y-estadisticas/estadisticas-del-ministerio-del-interior/>

26. La ocupación ilegal es un problema real que no tiene la misma magnitud en todo el territorio nacional. Como he adelantado, no hay datos fiables que reflejen con exactitud el número de viviendas ocupadas. Algunos estudios han tratado de acercarse a una cifra de personas ocupando viviendas ajenas. Unas 87.500 familias ocupan alrededor de 85.000 y 90.000 viviendas, cifra equivalente a 262.500 personas³⁴. Como he señalado, al margen de las cifras lo especialmente relevante y requiere de un abordaje jurídico global es la posición jurídica en la que se encuentra el propietario ante una ocupación ilegal, la

³² <https://www.youtube.com/watch?v=ryEj9PjL1sA> Como ya he señalado, la politización del problema hace que se tienda a minimizar cuando se representa una determinada opción política o se interviene en determinados medios de comunicación que en España no se caracterizan precisamente por la independencia.

³³ Más información [https://www.idealista.com/news/inmobiliario/vivienda/2023/02/07/804145-la-okupacion-desciende-en-madrid-y-en-andalucia-pero-aumenta-en-valencia-y#:~:text=La%20okupaci3n%20baja%20en%20Madrid,sube%20en%20Valencia%20y%20Extremadura&text=La%20okupaci3n%20se%20ha%20convertido,%27movid3s%27%20en%20este%20sentido.\(Consultado%20el%2010%20de%20julio%20de%202023\).](https://www.idealista.com/news/inmobiliario/vivienda/2023/02/07/804145-la-okupacion-desciende-en-madrid-y-en-andalucia-pero-aumenta-en-valencia-y#:~:text=La%20okupaci3n%20baja%20en%20Madrid,sube%20en%20Valencia%20y%20Extremadura&text=La%20okupaci3n%20se%20ha%20convertido,%27movid3s%27%20en%20este%20sentido.(Consultado%20el%2010%20de%20julio%20de%202023).)

³⁴ INSTITUT CERDÀ, “La ocupación ilegal: realidad social, urbana y económica. Un problema que necesita solución”, 2017. El Institut Cerdà es una fundación privada independiente que se dedica a asesorar y acompañar a los agentes y organizaciones públicas y privadas en la toma de decisiones estratégicas.

situación de indefensión y el largo proceso al que se enfrenta. Aunque solo fueran 10 los propietarios afectados, no es tolerable que tengan que seguir haciéndose cargo de los costes del inmueble (que oscila entre 3.500 y 30.000 euros), asumir una pérdida de valor entre el 40 y el 60%, responder civilmente de los daños que cause la falta de reparación de la vivienda que como propietario le corresponde. A ello hay que sumar los daños colaterales que se genera a las comunidades de propietarios. Los okupas no son muy respetuosos con los elementos comunes de los edificios ni tienen por costumbre respetar el reglamento de régimen interno³⁵. Molestan y ponen en peligro la seguridad del inmueble mediante conexiones fraudulentas a fuentes de suministros.

27. Además, la ocupación ilegal ha generado un “mercado” paralelo nada desdeñable. No sólo se ha incrementado el negocio de las empresas de alarmas (en un 35% en los últimos cinco años)³⁶ y de seguridad y de las compañías de seguros que han introducido esta cobertura en sus contratos³⁷, sino que, como ya he adelantado han proliferado las empresas dedicadas a las “desocupación”³⁸, es decir, a expulsar al ocupante de la vivienda evitando los cauces legales ordinarios. El afectado se “autotutela” ante el fracaso de los mecanismos legales. El servicio que ofrecen es formalmente la mediación entre el propietario y el ocupante. Destaca la “presión” que ejercen estas empresas al okupa mediante el control de accesos impidiendo la entrada a cualquier individuo que abandone el domicilio³⁹, con la idea de que el ocupante ilegal no estará muy interesado en llamar a la policía para denunciar estas presiones. Nada que reprochar si su tarea fuera meramente mediadora sin coacción ni intimidación ni amenazas⁴⁰. Sus tarifas rondan los 2.500-3.000 euros y si han emergido es precisamente por los fallos regulatorios.

28. A día de hoy no existe ninguna sentencia que condene la actividad de estas empresas, pues es lícito el establecimiento de controles de accesos a petición del que es verdadero propietario del inmueble. De ahí que se haya considerado que tanto las empresas de seguridad como las dedicadas a la mediación y desalojo de los ocupantes ilegales están amparadas en principio por el artículo 20.7 del Código Penal que establece que están exentos de responsabilidad criminal “el que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”⁴¹.

29. Pero lo peor no es que esta actuación ilegal y la impunidad con la que actúan sus autores ha sido el caldo de cultivo de auténticas “*mafias de la okupación*”⁴², se trata de una “okupación profesional” configurada como negocio lucrativo, dotada de una logística compleja y encuadrada en el ámbito de la delincuencia organizada⁴³. Personas que buscan en el Registro de la propiedad los activos de bancos o fondos

³⁵ Se hace eco de estos efectos colaterales, SIMÓN MORENO, H., “La ocupación de viviendas sin título habilitante y los derechos humanos en conflicto”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 786, p. 2164.

³⁶ https://www.escudodigital.com/vigilancia/crece-demanda-alarmas-en-hogares-mas-35-en-ultimos-5-anos_50747_102.html

³⁷ <https://www.eleconomista.es/vivienda-inmobiliario/noticias/12347859/06/23/panico-a-la-okupacion-el-negocio-de-seguros-y-alarmas-se-dispara-tras-la-ley-de-vivienda.html>

³⁸ Sin ánimo de hacer publicidad, es llamativa la proliferación de este tipo de empresas. Una simple búsqueda en internet arroja multitud de resultados: *Bastiondesokupacion*, *Desokupaexpres*, “*Fuera okupas*”, *desokupa*...

³⁹ El control de acceso está previsto en el art. 32.be de la Ley5/2014, de Seguridad Privada. Tal precepto faculta a los vigilantes de seguridad privada a “efectuar controles de identidad, de objetos personales, paquetería, mercancías o vehículos, incluido el interior de éstos, en el acceso o en el interior de inmuebles o propiedades donde presten servicio, sin que, en ningún caso, puedan retener la documentación personal, pero sí impedir el acceso a dichos inmuebles o propiedades. La negativa a exhibir la identificación o a permitir el control de los objetos personales, de paquetería, mercancía o del vehículo facultará para impedir a los particulares el acceso o para ordenarles el abandono del inmueble o propiedad objeto de su protección”.

⁴⁰ Llamativo el título del reportaje realizado por RTVE sobre este tema: “O pagas o cobras” emitido el 11 de noviembre de 2016. J.BARJA DE QUIROGA LÓPEZ, *Ocupación ilegal de viviendas paso a paso. Procedimientos para recuperar la posesión*, Colex, La Coruña, 2020, p. 103, reconoce que estas compañías no son ilegales pero rozan la ilegalidad pues el control de accesos debe hacerse por personas autorizadas para ello y además en esa forma de intimidar de advertir o amenazar a los okupas con que si salen de la vivienda ya no pueden volver a entrar podría considerarse un delito de amenazas o coacciones.

⁴¹ J.MOZAS PILLADO, *Ocupantes ilegales de inmuebles. Una. Perspectiva penal y criminológica. Especial referencia al desalojo policial*. Ed. Atelier, Barcelona, 2021, p. 353.

⁴² <https://www.interior.gob.es/opencms/es/detalle/articulo/Desarticulado-un-grupo-criminal-que-gestionaba-la-okupacion-mafiosa-de-una-urbanizacion-en-Madrid/> (Consultado el 10 de julio de 2023).

⁴³ Término utilizado por A.LAFUENTE TORRALBA, *op. cit.* P. 117.

de inversión y cuando los localizan, la ofertan a terceros a quienes cobran por abrirles la puerta. Una vez dentro la responsabilidad es del okupa. Es decir, han proliferado las mafias que buscan casas para okupar y lo hacen a cambio de un precio. El negocio es tan apetitoso que los propios okupas utilizaban a menores para declararse vulnerables evitando el desalojo y luego alquilando a terceros esa vivienda okupada⁴⁴ y ofreciendo luego sus servicios al propietario para desalojar a los okupas que previamente ellos habían introducido.

30. Otra opción de negocio son las empresas que facilitan a los titulares de inmuebles el contacto con un tercero que se compromete a ocupar la vivienda para así evitar que sea ocupada. Estos terceros se denominan guardianes y lejos de pagar algo por vivir y habitar en el inmueble se limitan a cubrir los gastos que el inmueble genera y que varían en función de las circunstancias. Se introduce así incluso un modo de vida y acceso a la vivienda que beneficia dice a empresas y particulares⁴⁵. El propietario contrata un ocupante que aparente ser okupa y evite una okupación real. Impresionante...

31. Y todo esto aderezado por un “manual de instrucciones para la okupación⁴⁶” que circula por internet, que incorpora tutoriales donde se recogen todos los consejos que necesitan los okupas para escaparse por los resquicios de la ley y quedar impunes.

32. En suma, nos encontramos ante un problema complejo que requiere intervención urgente porque se está imponiendo la “ley de la selva”. Minimizarlo supone admitir una flagrante e injustificada lesión al derecho de propiedad, un insulto al propio Estado de derecho que puede tener efectos económicos colaterales indeseables. Poca inversión puede atraer un país cuyo sistema jurídico tolera ataques de esta naturaleza. Y por la importancia y trascendencia del ataque, la clave no es el número de casos, sino que se produzcan casos y se vea un propietario expropiado del uso sin justiprecio. Pero lo malo no es solo que haya okupaciones, sino que sea la propia legislación la que las incentive y las estimule. Esto es lo que me propongo denunciar en el presente trabajo junto con propuestas de reforma de nuestro sistema vigente.

III. Defensa del propietario frente a la okupación

1. La tutela penal frente a la okupación de inmuebles

A) La tipificación penal: allanamiento de morada y usurpación de inmuebles

33. Al margen de la reprochabilidad de la conducta del ocupante, para el propietario o poseedor legítimo lo decisivo para tutelar su derecho es que se produzca con celeridad el desalojo. Veremos que esta es la clave del problema que no se resuelve de forma adecuada en nuestro Derecho. Es más, incluso la recientemente aprobada Ley 12/2023, de 24 de mayo por el derecho a la vivienda que posteriormente analizaré con detenimiento señala en su Exposición de motivos que uno de sus objetivos es impedir “*los desalojos forzosos arbitrarios y que se centren en las necesidades de las personas sin hogar erradicando el fenómeno del sinhogarismo (...)*”. Si el desalojo es forzoso por ordenarlo el juez no parece que se pueda hacer depender de las condiciones particulares del desalojado. Sin embargo, veremos que no es esto precisamente lo que sucede en la práctica. Por mucha condena penal que haya, si el propietario o poseedor legítimo tarda en recuperar la vivienda, no se estarán protegiendo de forma adecuada sus intereses⁴⁷.

⁴⁴ https://www.hispanidad.com/sociedad/mafias-okupacion-cobran-miles-euros-fondos-por-desalojar-viviendas-ellos-mismos-okupan_12040280_102.html (Consultado el 10 de julio de 2023).

⁴⁵ Ejemplo de ello es la empresa “Ideal Guardian” <https://www.europapress.es/economia/construccion-y-vivienda-00342/noticia-ideal-guardian-aspira-dar-hogar-5000-personas-primer-ano-espana-20210224170944.html>

⁴⁶ <https://www.desokupaexpres.com/noticias-okupas/el-manual-de-okupacion-la-guia-para-okupar/>

⁴⁷ En este sentido, V.MAGRO SERVET, “Análisis práctico y sistemático de los aspectos relevantes de la nueva Ley de vivienda 12/2023, de 24 de mayo”, Diario la Ley nº 10295, 26 de mayo de 2023.

34. Si bien toda perturbación de la posesión tiene tutela civil, por virtud del principio de intervención mínima del Derecho penal, para que la privación posesoria tenga la consideración del tipo penal de usurpación de inmuebles se requieren una serie de requisitos adicionales que dotan de especial gravedad a la actuación. Desde el punto de vista de la tutela penal frente a la okupación, es preciso delimitar los supuestos en función del bien que se okupa.

35. *Si lo que se ocupa es una vivienda que constituye residencia del titular (ya sea primera o segunda), nos encontramos ante un delito de allanamiento de morada regulado en el art. 202 del Código Penal que prevé que se castigará con la pena de prisión de seis meses a dos años al particular que, sin habitar en ella, entrare en morada ajena o se mantuviere en la misma contra la voluntad de su morador. Si el hecho se ejecutara con violencia o intimidación, la pena será de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses.*

36. El concepto de morada es más amplio que el de residencia habitual, abarcando las segundas residencias: lo relevante es que el inmueble esté con todos los servicios adecuados para servir de residencia a su propietario. No cabe considerar morada solo el inmueble en el que el propietario se encuentra empadronado. También es morada el inmueble que se utiliza de forma esporádica, o transitoria. Así lo ha declarado la jurisprudencia de la sala segunda del Tribunal Supremo⁴⁸. El bien jurídico protegido en el allanamiento de morada es la intimidad y el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio regulado en el art. 18 de la Constitución. No se protege ni la posesión ni la propiedad. El allanamiento de morada es un delito menos grave, aspecto que hay que destacar para analizar posteriormente las medidas cautelares. Hay que destacar que se trata de un juicio por jurado, lo cual es sorprendente dada la naturaleza del tipo penal. Ello dificulta y ralentiza todavía más la solución del conflicto.

37. Si el bien inmueble es titularidad de una persona jurídica y es su domicilio, despacho profesional u oficina o establecimiento abierto al público, es un delito tipificado en el artículo 203 CP.

1. Será castigado con las penas de prisión de seis meses a un año y multa de seis a diez meses el que entrare contra la voluntad de su titular en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público fuera de las horas de apertura.
2. Será castigado con la pena de multa de uno a tres meses el que se mantuviere contra la voluntad de su titular, fuera de las horas de apertura, en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público.
3. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, el que con violencia o intimidación entrare o se mantuviere contra la voluntad de su titular en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público.

38. *Si el inmueble que se ocupa no es morada nos encontramos ante el delito de usurpación de inmuebles tipificado en el art. 245.2 del Código Penal (CP), según el cual “El que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular, será castigado con la pena de multa de 3 a 6 meses”.*

39. El bien jurídico protegido es “la posesión del titular dominical como derecho exclusivo a ejercer sobre el inmueble, si bien la posesión⁴⁹ entendida como el *ius possidendi*, el derecho a poseer

⁴⁸ Sentencia del TS (Sala 2ª) 1775/2000 de 17 noviembre 2000, Rec. 1458/1999 (RJ 2000\8941). Sentencia 587/2020 de 6 noviembre 2020, Rec. 10126/2020 (Id. Cendoj: 28079120012020100584).

⁴⁹ Auto Núm. 83/2020, de 14 de febrero, de la Audiencia Provincial de Tarragona (Secc. 2ª).

derivada de un título que lo legitima. La mera tenencia (art. 446 CC) o *ius possessionis* concede tutela civil (antiguos interdictos, art. 250.17 LEC), pero no penal⁵⁰. Se trata de un delito leve.

40. El art. 245.1 CP regula el tipo agravado cuando el ocupante actúa con violencia o intimidación: *“Al que con violencia o intimidación en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real inmobiliario de pertenencia ajena, se le impondrá, además de las penas en que incurriere por las violencias ejercidas, la pena de prisión de uno a dos años, que se fijará teniendo en cuenta la utilidad obtenida y el daño causado”*.

41. El Tribunal Supremo (sala de lo penal) ha unificado doctrina respecto del delito de ocupación de inmuebles en la sentencia 800/2014, de 12 de noviembre exigiendo los siguientes requisitos que delimitan la ocupación sin violencia de un ilícito meramente civil:

- a) La ocupación, sin violencia o intimidación, de un inmueble, vivienda o edificio que en ese momento no constituya morada de alguna persona, realizada con cierta vocación de permanencia.
- b) Que esta perturbación posesoria pueda ser calificada penalmente como ocupación, ya que la interpretación de la acción típica debe realizarse desde la perspectiva del bien jurídico protegido y del principio de proporcionalidad que informa el sistema penal (art. 49 3º de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea). Desde ambas perspectivas, la ocupación inmobiliaria tipificada penalmente es la que conlleva un riesgo relevante para la posesión del sujeto pasivo sobre el inmueble afectado, que es lo que dota de lesividad y significación típica a la conducta, por lo que las ocupaciones ocasionales o esporádicas, sin vocación de permanencia o de escasa intensidad, son ajenas al ámbito de aplicación del tipo.
- c) Que el realizador de la ocupación carezca de título jurídico que legitime esa posesión, pues en el caso de que hubiera sido autorizado para ocupar el inmueble, aunque fuese temporalmente o en calidad de precarista, la acción no debe reputarse como delictiva, y el titular deberá acudir al ejercicio de las acciones civiles procedentes para recuperar su posesión.
- d) Que conste la voluntad contraria a tolerar la ocupación por parte del titular del inmueble, bien antes de producirse, bien después, lo que especifica este artículo al contemplar el mantenimiento en el edificio ‘contra la voluntad de su titular’, voluntad que deberá ser expresa.
- e) Que concurra dolo en el autor, que abarca el conocimiento de la ajenidad del inmueble y de la ausencia de autorización, unido a la voluntad de afectar al bien jurídico tutelado por el delito, es decir la efectiva perturbación de la posesión del titular de la finca ocupada”.

42. Como se puede comprobar, la ley no distingue a la hora de tipificar la conducta del causante respecto de la condición de persona física o jurídica del poseedor legítimo. *“El bien jurídico protegido por el delito de usurpación -la posesión del patrimonio inmobiliario- se ve afectado con la conducta de la ocupación ilícita aun siendo el titular de la finca un organismo como la SAREB, pues dentro de su derecho se encuentra la plena disposición de la vivienda con la finalidad de compra, para lo cual es evidente que precisa estar libre de ocupantes”*⁵¹. Por lo tanto, no procede restringir la aplicación del tipo penal sólo por el hecho de que la posesión está protegida civilmente y con base en el principio de intervención mínima del Derecho penal⁵², pues este principio no puede violentar el de legalidad. Excluir

⁵⁰ Auto Audiencia Provincial de Barcelona (Secc. 6ª), Núm. 234/2020, de 9 de abril.

⁵¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección vigesimotercera de 9 de enero de 2017.

⁵² Así lo hace el Auto de la AP Barcelona Núm. 234/2020, de 9 de abril cuando hace una interpretación muy restrictiva del tipo penal cuando es una persona jurídica la denunciante: *“El Código Penal no puede estar al servicio de exclusivos intereses recuperatorios de la posesión material de la cosa cuando el poseedor civil se ha despreocupado durante un largo periodo de tiempo del ejercicio de su derecho, sin perjuicio, obviamente, de las facultades de exclusión y de recuperación posesoria que le ofrecen el Código civil y las leyes procesales”*. Por su parte, J. PICÓ I JUNOY, *“La usurpación de bienes inmuebles. Problemática del tratamiento penal como delito leve” en Pablo Izquierdo Blanco y Joan Picó i Junoy (Dir.). “El juicio verbal desahucio y desalojo de viviendas okupada” 2ª ed. Bosch, p. 327*. Lo llamativo es la justificación que da: *“el delito de usurpación de inmueble aparece relacionado con la necesidad de vivienda de los ciudadanos, que tiene reconocimiento constitucional como principio rector de la política social y económica en el artículo 47 de la Constitución, el precepto que establece la obligación*

a las personas jurídicas afectadas por la ocupación de la vía penal por falta de ejercicio efectivo de su derecho implica llevarlas a la vía civil y aplicar, como veremos, normas limitativas para el desalojo de inmuebles para los casos de grandes tenedores.

No tendrán relevancia penal aquellas ocupaciones que no tengan vocación de permanencia o casos en los que el inmueble se encuentre abandonado y no quepa presumir que tiene un poseedor legítimo. Con todo, la ausencia de voluntad contraria no debe implicar consentimiento y convertir en atípica la conducta, ni tampoco se puede afirmar que no hay oposición porque el poseedor legítimo desconocía la ocupación. Esto último se ha alegado para negar tipicidad penal a ocupaciones de inmuebles de grandes tenedores (bancos, fondos de inversión). Lo razonable y conforme al sentido común es que cuando se irrumpen en un inmueble cerrado forzando cerraduras se debe presumir que es sin autorización del poseedor legítimo. Mantener lo contrario no es sino otra argucia legal para justificar la permanencia en el inmueble de los ocupantes ilegales⁵³. El precepto no exige que el propietario tenga que hacer un requerimiento formal⁵⁴.

B) La recuperación del inmueble por la vía penal

a) Vía judicial: la medida cautelar de desalojo

43. Al margen del tipo penal, insisto en que el verdadero interés del propietario reside en lograr un efectivo y rápido desalojo del ocupante ¿Qué dificultades hay para lograr el desalojo cuando el propietario inicia la vía penal? Lo razonable es que la restitución de la posesión se produzca como consecuencia de una medida cautelar, sin que el denunciante deba esperar a la condena penal que puede tardar unos 8 meses⁵⁵. Si no se acuerda una medida cautelar, el ocupante disfruta de la posesión del inmueble hasta la sentencia. Si es absolutoria, entonces el propietario debe iniciar la vía civil para desalojar al ocupante, sumando unos 18 meses más la espera. Por ello, es más recomendable en este caso ir por la vía civil. Sin embargo, como veremos en esa vía la posibilidad del ocupante de evitar el desalojo cuando el propietario es gran tenedor es mucho mayor.

44. Este es el fallo regulatorio que incentiva la ocupación. La larga espera para conseguir el desalojo, que es aprovechada impunemente por el ocupante.

45. En caso de usurpación de inmuebles (art. 245.2 CP) al tener la consideración de delito leve, no es posible la adopción de medidas cautelares penales, sino la del señalamiento del juicio leve⁵⁶ como

de los poderes públicos 12 de promover las condiciones necesarias y establecer las normas pertinentes para hacer efectivo el derecho de aquellos a una vivienda digna y adecuada (...). El ámbito para satisfacer la necesidad social de vivienda por la escasez de la misma debido a su elevado coste debería ser el de las políticas sociales que por imperativo constitucional deben promover los poderes públicos y no acudir a la vía penal con la simple formulación de una denuncia para acabar con la desposesión que perjudica al propietario". Es decir, el argumento es que no se le debe poner fácil al propietario desahuciar porque se ve involucrado el derecho a la vivienda. Planteamiento, a mi juicio, insostenible que ha alimentado la legislación catalana en esta materia y la Ley 12/23 por el derecho a la vivienda.

⁵³ Sorprendente la afirmación de la magistrada S. NOGUERAS CAPILLAS, "La usurpación de inmuebles. Problemática del tratamiento penal como delito leve", en Izquierdo Blanco, P., y Pico i Junoy (Dir.), *El juicio verbal de desahucio y el desalojo de viviendas okupadas*, Ed, Bosch, 2018, p. 328, cuando pone como ejemplo de falta de oposición explícita o tácita por parte del propietario en la ocupación del inmueble de su titularidad cuando tolere la ocupación, aun cuando fuere por la dificultad de hacer frente al desalojo por cualquier otro tipo de motivos. Me parece increíble que se interprete como tolerancia del dueño la dificultad de desalojo por parte del propietario. No han faltado sentencias que exigen esa oposición expresa y formal del poseedor legítimo como requisito del tipo penal: Sentencia de la AP Barcelona (Sección 9ª) 114/2019, de 20 de febrero, Valladolid (Sección 4ª, 254/2014, de 3 de junio).

⁵⁴ J.L. MANZANARES SAMANIEGO, "La llamada usurpación pacífica: artículo 245.2 del Código Penal", *Actualidad penal*, nº 40, 1997, p. 912. Así lo han entendido algunas resoluciones judiciales: Sentencia de la AP Alicante (Sección 1ª) 504/2018, de 20 de diciembre de 2018 (Núm. Cendoj: 03014370012018100353).

⁵⁵ V.MAGRO SERVET, "¿Delito de ocupación (art. 245.2 CP) o allanamiento de morada (art. 202 CP)? ¿Medidas civiles o medidas cautelares penales de expulsión?" *Diario La Ley*, nº 9680, 23 de julio de 2020.

⁵⁶ El artículo 13 CP clasifica las infracciones penales como delitos graves, menos graves y leves, dependiendo de la pena señalada a la infracción penal. El artículo 544 bis de la Ley de Enjuiciamiento criminal al que remite el art. 13 LECrim prevé

establece el artículo 963 Ley de enjuiciamiento criminal (LECRIM). Por esta razón, el juez de instrucción puede no acordar el desalojo de los ocupantes como medida cautelar de justicia restaurativa antes del juicio a través del artículo 13 LECRIM (diligencias de prevención). Por tanto, un error grave es haber degradado el delito de usurpación de inmueble de delito menos grave a delito leve tras la reforma del Código Penal operada en virtud de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo durante el gobierno del Partido Popular. El delito de ocupación sin violencia tiene una pena de multa de tres a seis meses. Contrasta con la regulación en otros países como Italia en los que la pena de dos años de prisión y multa⁵⁷.

46. Si, como veremos, la tendencia a nivel europeo es a aumentar la sanción penal, en España vamos en la dirección contraria. Sin embargo, insisto que para el propietario lo relevante es la rapidez del desalojo. El problema es que en España la adopción de medidas cautelares depende de la gravedad de la pena y no es posible que se decreten en caso de delitos leves. El propietario debe esperar al fallo condenatorio y la firmeza de la sentencia y eso puede llevar hasta dos años. Como se puede apreciar, hay un claro problema de regulación.

47. La consideración como delito leve también afecta a la prescripción reduciéndose el plazo de cinco años asignado a delitos menos graves a un año para delitos leves (art. 131.1 CP). Aprobada la reforma se archivaron muchos procedimientos de ocupación ilegal que estaban en tramitación mandando a los propietarios a la vía civil.

48. Para evitar este despropósito y que el retraso en la Administración de justicia no se convierta en cómplice del ocupante se han propuesto⁵⁸ varias soluciones:

- 1^a La adopción de medidas cautelares en la situación actual con la redacción del art. 245.2 CP
- 2^a Una modificación de la LECRIM que adicione un nuevo art. 544 sexies que señalara lo siguiente *“En los casos en los que se investigue un delito del art. 245 del Código el Juez o Tribunal, adoptará motivadamente la medida del lanzamiento en el plazo máximo de 72 horas desde la petición cautelar; en tanto en cuanto, una vez requeridos los ocupantes del inmueble, no exhiban el título posesorio por el que están ocupando el inmueble. Antes de efectuar el lanzamiento podrán dar cuenta a los servicios sociales municipales a los efectos de facilitar el realojamiento en el caso de que por las circunstancias del caso así se apreciare”*.

Ello daría una herramienta legal al letrado del propietario del inmueble ocupado para que se pueda proceder a la petición de una medida cautelar urgente, una vez se haya detectado la ocupación ilícita de la vivienda.

- 3^a Que el delito de ocupación de inmuebles pase a ser un delito menos grave pudiéndose incoar diligencias previas con petición de medida cautelar por la vía del art. 13 LECRIM.

49. Como se puede comprobar, nada es casual. Hay un fallo regulatorio que incentiva la ocupación. El okupa sabe que le van a echar, pero lo importante es cuándo. La ley ya le regala dos años evitando el desalojo rápido. Ante esta injusticia y este incentivo negativo, muchos juzgados consideran que también se puede pedir una medida cautelar de desalojo en caso de delito de usurpación de inmuebles. De hecho, en la Instrucción 1/2020, de 15 de septiembre de la Fiscalía General del Estado sobre los

en su apartado primero relativo a las medidas cautelares que en los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código Penal el juez o tribunal podrá de forma motivada cuando resulte estrictamente necesario al fin de protección de la víctima imponer cautelarmente al inculpado la prohibición de residir en un determinado lugar, barrio o municipio provincia o entrada entidad local o Comunidad Autónoma.

⁵⁷ El 31 de diciembre de 2022 entró en vigor en Italia la Ley n° 199, de 30 de diciembre de 2022, por la que se convierte en ley, con modificaciones, el Decreto Ley n° 162, de 31 de octubre de 2022, relativo, entre otros asuntos varios, a un aumento de las sanciones penales contra los ocupantes ilegales.

⁵⁸ V.MAGRO SERVET, “¿Delito de ocupación (art. 2452 CP) o allanamiento...? *op.cit.* p. 5.

criterios de actuación para la solicitud de medidas cautelares en los delitos de allanamiento de morada y usurpación de bienes inmuebles se defiende esta posibilidad, haciendo suya la práctica de muchos tribunales⁵⁹. Señala de forma expresa que “*se tratará en último término de impedir que los hechos ilícitos efectos derivados de la acción se prolonguen en el tiempo como consecuencia de la naturaleza permanente de los delitos de allanamiento y usurpación con los consiguientes perjuicios para la víctima derivados del vaciamiento del contenido de su derecho y de la necesidad de seguir haciendo frente a ciertas cargas derivados de la titularidad del bien y el progresivo deterioro del mismo consecuencia del uso que del uso ilícito que los ocupantes realizan*”. Por supuesto, se requiere la concurrencia de los requisitos de las medidas cautelares (*fumus boni iuris* y de *periculum in mora*), pero añade otra serie de requisitos que reducen su ámbito de aplicación a la usurpación de inmuebles.

50. En la Instrucción 1/2020 se realiza una restricción subjetiva, a mi juicio, bastante cuestionable, basándose en la condición de la víctima. Se decretará la medida cautelar de desalojo cuando se trata de delito de usurpación de inmuebles pacífica tiene lugar cuando el sujeto pasivo sea una persona física o persona jurídica de naturaleza pública o una entidad sin ánimo de lucro de utilidad pública siempre que se constató que la concreta usurpación además de lesionar el *ius possidendi* (*derecho a poseer aunque la tenencia esté en manos de otro*) de la víctima pudiera producir una grave quiebra del *ius possessionis* (tenencia material y concreta sobre el bien ocupado). Si la vivienda está deshabitada cabrá fundar en otras razones la pertinencia de la medida cautelar. Resulta llamativo que sea una Instrucción y no una norma legal contenida en la LECRIM la que establezca esta restricción a la obtención del desalojo cautelar. Con todo, las personas jurídicas (bancos, fondos de inversión) podrán solicitar la medida cautelar, aunque el Ministerio fiscal no la pida. El juez puede decretarla a pesar de esta Instrucción que no vincula al juez. Pero obsérvese que es la Instrucción la que favorece que se ocupen inmuebles de personas jurídico privadas al mantener esta doctrina.

51. El desalojo es más sencillo de obtener cuando el delito cometido es el de allanamiento de morada puesto que, al tratarse de delito menos grave, es posible la adopción de la medida cautelar con base en el art. 13 LECrim. Presentada la denuncia ante comisaría o Guardia Civil, o ante el juzgado de instrucción, el juez puede adoptar una medida cautelar urgente para que se requiera por parte de las Fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado a los ocupantes ilegales mediante la exhibición del título en virtud del cual se ocupa el inmueble y que en 72 horas se pueda proceder a la ejecución de la medida cautelar adoptada por el juez para la recuperación del inmueble ante la consideración de morada del mismo⁶⁰.

52. La Instrucción del Fiscal Superior de las Islas Baleares de 10 de junio de 2019⁶¹ resume las distintas hipótesis que se pueden dar para decretar el desalojo inmediato en los distintos tipos penales:

- Si se trata de una ocupación ilegal de viviendas ocupadas por su titular estamos ante delito menos grave de allanamiento de morada flagrante (art. 202.1 CP) que se agrava si se realiza

⁵⁹ Autos de la Audiencia Provincial de Valencia sección quinta de 5 de julio y 13 de septiembre de 2019 y de la Audiencia provincial de Barcelona sección novena de 27 de diciembre del 2019. Señala esta última resolución que “el libro sexto de la Ley de Enjuiciamiento criminal que es donde se encuentra la regulación del proceso por delito leve no establece de manera expresa que se practiquen diligencias de investigación ello no significa que no puedan realizar. La falta de previsión expresa no comporta que en el proceso por delito de leve no deban practicarse diligencias necesarias para la celebración del juicio (...). En cualquier caso, es habitual la práctica de dichas diligencias y ello es lógico. Pues lo contrario llevaría a una incomprensible impunidad en algunos casos y a la vulneración del derecho de la víctima y del Ministerio fiscal a la tutela judicial efectiva. <https://www.fiscal.es/documents/20142/f77d1578-8567-bbdf-a0dd-c885a892cf39> (Consultado el 8 de julio de 2023).

⁶⁰ Así se recordaba en el Decreto del Fiscal Jefe de la Fiscalía Provincial de Valencia, José Francisco Ortiz Navarro de 20 de agosto de 2020, destaca que en caso de allanamiento de morada “*se procederá el desalojo inmediato de la vivienda por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. A tal efecto las/os Sras./es Fiscales instarán la adopción inmediata, como medida cautelar, del desalojo inmediato y la restitución de la posesión con carácter cautelar al morador por cuanto al tratarse de un delito menos grave y afectar de forma clara y directa a un derecho fundamental (invulnerabilidad del domicilio) concurrirán en todo caso los presupuestos de urgencia, necesidad y proporcionalidad de la medida*”.

⁶¹ <https://www.elindependiente.com/wp-content/uploads/2020/08/Instrucción-Fiscal%C3%ADa-Baleares-ocupaci3n.pdf> (Consultado el 6 de julio de 2023).

con violencia o intimidación (art. 202.2 CP)). En este caso afirma que el cuerpo policial si viene cuando recibe una denuncia debe proceder directamente y de forma inmediata al desalojo de los terceros ocupantes y su detención si la fuerza actuante lo estima oportuna, instruyendo el correspondiente atestado y evitando que el delito se prolongue en el tiempo y produzca mayores efectos.

- Si se trata de la ocupación ilegal de la segunda vivienda es aplicable lo previsto en el caso de primera vivienda, ya que también se considera morada.
- Si se ocupa ilegalmente el domicilio de una persona jurídica y de un establecimiento abierto al público es un delito menos grave previsto en el artículo 203.1 CP, que se agrava si se realiza con violencia o intimidación (art. 203.2 CP). En este caso debe procederse por la fuerza policial del mismo modo previsto en el primer supuesto.
- Si se ocupa ilegalmente un inmueble desocupado por su titular y se realiza con violencia o intimidación (art. 245.1 CP) se procederá en la forma prevista en el apartado primero. Si no fuera así deben concurrir los requisitos exigidos por el TS en la Sentencia 800/2014, de 12 de noviembre para que se relevante penalmente, debiendo procederse en la forma prevista en el apartado primero. Si no fuera así debe remitirse al afectado al orden civil.

53. Como se puede comprobar, el desalojo es más rápido en caso de allanamiento de morada. Por eso es clave tener claro el concepto de morada.

A este respecto, el Tribunal Supremo ha acogido la doctrina recogida en la Instrucción 1/2020, sobre el concepto de morada en la sentencia N.º 587/2020, de 6 de noviembre de 2020 (ponente: *Magro Servet, V.*). Se confirma la extensión del concepto de morada a las segundas residencias, incluso durante el período en que las mismas no se encuentren habitadas, siempre y cuando conserven aquella condición⁶². Vivienda a efectos administrativos y fiscales no es sinónimo de morada. La clave es entender la morada como concepto próximo al de domicilio. *El domicilio es el lugar cerrado, legítimamente ocupado, en el que transcurre la vida privada, individual o familiar, aunque la ocupación sea temporal o accidental (STS 1108/1999, 6 de septiembre). Se concluye que el TS mantiene un concepto amplio de morada, cuestión que tiene trascendencia penal relevante y facilita la orden de desalojo como medida cautelar.*

El artículo 20 del Código Penal⁶³ contempla el *estado de necesidad* como causa de exención de responsabilidad criminal. No es infrecuente que el okupa lo alegue como causa para bloquear el desalojo⁶⁴. Los tribunales han interpretado esta exención de manera restrictiva. La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid sección primera de fecha 22 de julio de 2016 se refiere a los conceptos fundamentales que informan en núcleo de esta circunstancia son la proporcionalidad y la necesidad. No basta acreditar que la situación de precariedad económica, sino que hay que probar que el ocupante no

⁶² Se señala en la sentencia citada que “*el concepto de morada a efectos penales no se identifica con la noción administrativa de vivienda. La idea de que sólo aquellos inmuebles debidamente regularizados a efectos fiscales son susceptibles de protección penal carece de toda justificación. El contenido material del derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE) no puede obtenerse a partir de una concepción topográfica del espacio en el que se desarrollan las funciones vitales.*”

No hay disposición legal alguna que obligue a una persona a ‘elegir’ cuál es su morada, o si puede disponer de dos que cumplan esta función, aunque a los efectos administrativos sea cierto que hay que identificar a una, por ejemplo, a efectos fiscales, o en las relaciones contractuales, a la hora de fijar un domicilio a efectos de notificaciones. Pero ello no determina que bajo esta opción estemos ‘eligiendo’ cuál es nuestra morada, excluyendo, con ello, a otra vivienda que también utiliza ocasionalmente, que tiene amueblada, y dada de alta la luz, el agua y gas, como servicios esenciales que acreditan que es vivienda que se utiliza habitualmente, y que no está desocupada en el sentido más propio de inmueble que no se utiliza, y que, por ello, no está con muebles ni dados de alta servicios esenciales para posibilitar ese uso, como hemos expuesto”.

⁶³ Art. 20 CP. Está exento de responsabilidad criminal: 5.º *El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurran los siguientes requisitos: Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar. Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.*

⁶⁴ Por ejemplo, sentencias en las que el recurrente pide la absolución basándose en el estado de necesidad: sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 15ª 397/ 2019 de 13 de junio sección sexta 124/2018 de 16 de febrero. Defensora de la aplicación de esta eximente cuando los bienes usurpados son de titularidad pública con base en el derecho del usurpador a una vivienda digna, MIRAPEIX LACASA, N., “Las ocupaciones de inmuebles por motivos de necesidad”, Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología, nº 20-22, 2018. P. 9. <http://criminet.ugr.es/recpc/20/recpc20-22.pdf> (Consultado el 10 de julio de 2023).

disponía de un medio menos lesivo para evitar el daño ajeno consistente en la perturbación posesoria del titular (subsidiariedad). Debe acreditarse que solo se puede subvenir a las necesidades mediante la realización del hecho ilícito asaltando aquello que no era suyo no se puede utilizar la exención de responsabilidad por estado de necesidad como medio para solucionar el problema de la vivienda (Sentencia AP de Valencia, Sección cuarta de 10 de enero de 2017).

54. Para apreciar esta causa de justificación no basta exista un mal que se trata de evitar con la ocupación, sino que es preciso que el mal sea inminente. Está claro que la falta de vivienda genera riesgos para la vida e integridad física, pero ocupar un inmueble ajeno para evitar esos males no parece justificado por falta de inminencia⁶⁵. Otra cosa es que, por ejemplo, una persona sea perseguida por otra que quiere agredirla y se esconda en un inmueble ajeno. Ese caso podría estar cubierto por el estado de necesidad porque se evita un mal inminente, de forma que cuando ese mal inminente desaparece, ya no cabe justificar la permanencia en la vivienda. En suma, no se puede legitimar la entrada en inmueble ajeno para paliar los inconvenientes que provoca la ausencia de vivienda. Eso no es un mal inminente y en la mayoría de las ocasiones no se han agotado todas las posibilidades lícitas para evitar el mal.

55. En definitiva, el desalojo del ocupante cuando ha cometido un delito de allanamiento de morada puede obtenerse a través de medida cautelar decretada judicialmente. En caso de usurpación de bienes inmuebles formalmente es preciso esperar a que haya una sentencia condenatoria por tratarse de delito leve con pena no superior a seis meses. No obstante, la citada Instrucción 1/2020 defiende la tesis de que también en caso de usurpación de bienes inmuebles es posible solicitar la medida cautelar de desalojo y así es decretada en muchos juzgados.

b) Denuncia policial. La intervención de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado

56. ¿Cuándo pueden las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (en adelante, FSE) ejecutar un desalojo sin necesidad de contar con autorización judicial?

57. Esta es una de las cuestiones que merece ser clarificada pues los medios de comunicación han generado, a mi juicio, mucha confusión ¿Quién no ha oído hablar del famoso plazo de 48 horas desde la okupación, transcurrido el cual las FSE ya no podían lograr la recuperación del inmueble sin autorización judicial? Es clave para medir la eficacia de nuestro ordenamiento jurídico contra la ocupación ilegal cuándo la policía puede lograr un desalojo inmediato. Es la vía óptima porque es la más rápida. Cuantos más obstáculos encuentre la policía para desalojar a los okupas más se obstaculiza la protección de los propietarios y más se beneficia al okupa.

58. El principio de inviolabilidad del domicilio previsto en el art. 18 CE exige que sólo se pueda producir la entrada en él con el consentimiento del titular, por orden judicial y sin esta en caso de flagrante delito. En caso de denuncia por allanamiento de morada la policía *“debe proceder directamente y de forma inmediata al desalojo de los terceros ocupantes y su detención, si la fuerza actuante lo estima oportuno, instruyendo el correspondiente atestado por tratarse de un delito que se está cometiendo debiendo evitar que se prolongue en el tiempo y que produzca mayores efectos”*, concluyendo que *“los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad actuarán directamente y de forma inmediata sin necesidad de solicitar medidas judiciales cuando la ocupación ilegal de un inmueble revista características de delito, debiendo proceder al desalojo de los ocupantes ilegales y a su detención, si procede, instruyendo el correspondiente atestado en el que se incluirán, además, aquellas otras conductas que pueden ser constitutivas de otros hechos delictivos. Los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad actuarán directamente y de forma inmediata sin necesidad de solicitar medidas judiciales cuando la ocupación ilegal de un in-*

⁶⁵ En este sentido, MOZAS PILLADO, J., *Ocupantes ilegales de inmuebles. Una. Perspectiva penal y criminológica. Especial referencia al desalojo policial*, cit., p. 262.

mueble revista características de delito, debiendo proceder al desalojo de los ocupantes ilegales y a su detención, si procede, instruyendo el correspondiente atestado en el que se incluirán, además, aquellas otras conductas que pueden ser constitutivas de otros hechos delictivos". (Instrucción dictada por el Fiscal Superior de las Islas Baleares, Bartolomé Barceló Oliver, de 10 de junio de 2019)⁶⁶.

59. No hay un plazo legal de 48 horas estipulado para que este desalojo policial se produzca. Pero el transcurso del tiempo desde que se produce la ocupación hasta la denuncia puede plantear más dificultades a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado para lograr el desalojo. Puede suceder que el bien ocupado se convierta en "morada" del okupa y aunque se considere que hay delito flagrante y no sea precisa la medida previa judicial, lo cierto es que las dudas al respecto pueden recomendar la medida cautelar judicial. Cuanto más se tarde en denunciar más puede el okupa actuar (cambiando cerradura, suministros, contrato de alquiler falso etc...) y sembrar dudas sobre la naturaleza delictiva de la conducta. De ahí la importancia de que el titular legítimo del inmueble actúe con celeridad, si bien, insisto, no hay legalmente previsto un plazo que, transcurrido el cual impida el desalojo policial. Sólo cuando haya dudas, la policía se abstiene y hay que esperar a que se dicte medida cautelar o, caso de que esta no se considere oportuna, se produzca la sentencia condenatoria.

60. Aunque teóricamente las FSE pudieran desalojar al ocupante, la realidad es que no se hacía porque literalmente el agente implicado "se la juega" si yerra en la adopción de la medida. Efectivamente, si hay extralimitación del agente, podría ser condenado por delito contra la inviolabilidad del domicilio cometido por funcionario público (art. 534 CP), con riesgo de verse separado del servicio. Por tal razón y para evitar la falta de actuación de las FSE se dictó la Instrucción 6/2020 por la Secretaria de Estado de Seguridad (SES) por la que se establece el protocolo de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado ante la Ocupación Ilegal de Inmuebles⁶⁷ (en adelante, Instrucción 6/2020). Su objetivo es homogeneizar y adaptar la respuesta de los agentes actuantes frente a los delitos de allanamiento de morada y de usurpación. Se establecen los siguientes criterios:

1. Para que las FSE puedan efectuar directamente el desalojo debe acreditarse la existencia de flagrancia delictiva. Y se especifica que tratándose de allanamiento de morada es un delito de carácter permanente y por lo tanto la concurrencia de flagrancia⁶⁸ como elemento para la perfección del delito no debe vincularse a la superación de plazo temporal alguno. Por lo tanto, cuando se trata de un delito de allanamiento de morada siempre es flagrante y la propia policía podrá ordenar el desalojo sin necesidad de autorización judicial. No hace falta esperar ningún plazo de 48 horas.
2. También se puede producir el desalojo por la propia autoridad en los casos de allanamiento de domicilio de persona jurídica siempre y cuando nos encontremos ante un caso de delito flagrante.
3. En el caso de usurpación de inmuebles que no constituyen morada, constitutiva de delito también las FSE pueden actuar en caso de flagrancia. La falta de constatación de la comisión del delito supone la imposibilidad de acceder o desalojar el inmueble en cuestión, salvo que se disponga de una previa autorización judicial que así lo acuerde. En este caso, la víctima debe acreditar la propiedad del inmueble o la titularidad del derecho que le habilite a su disfrute, expresar su voluntad contraria a dicha ocupación, y que conste el conocimiento

⁶⁶ <https://www.elindependiente.com/wp-content/uploads/2020/08/Instrucción-Fiscal%C3%ADa-Baleares-ocupación.pdf> (Consultado el 10 de julio de 2023).

⁶⁷ https://www.icpb.es/imgnewsletter/Annex_avis_338-20_Secretaria_de_Estado.pdf (Consultado el 11 de julio de 2023).

⁶⁸ La Instrucción ejemplifica casos de flagrancia delictiva. Cuando los hechos son presenciados por los agentes de la autoridad directamente por los observando la fuerza actuante el acceso al inmueble y la introducción de utensilios que permitan inferir la intención de efectuar una ocupación de carácter permanente. Cuando los vecinos y/o testigos avisan de que hay personas entrando en un inmueble utilizando a la fuerza. Mediante el aviso de una central de alarmas por activación de la señal de intrusión en un inmueble por la manifestación del vigilante de una empresa de seguridad privada o conserje del edificio que tienen contratados los propietarios del inmueble y que cualquiera de estos avisa a los agentes de autoridad de que se está produciendo la ocupación de la vivienda en esos momentos.

de ello por parte de los ocupantes, además de ausencia de título jurídico que legitime esa posesión (aunque fuese temporalmente, teniendo presente que el acceso al inmueble ha podido ser llevado a cabo por los autores con una antelación tal que ha posibilitado hacer uso del inmueble como vivienda. Por lo tanto, salvo que se trate de delito flagrante la policía no puede desalojar en caso de delito de usurpación de inmuebles.

61. Como se puede comprobar, las mayores dificultades para obtener el desalojo radican en el tipo delictivo de usurpación de inmuebles. La levedad de la pena incentiva su comisión sobre todo cuando los inmuebles pertenecen a personas jurídicas privadas a las que les resulta complejo obtener la medida cautelar de desalojo. Tampoco actuarán las FSE. Es absurdo tipificar una conducta como delito y llegar a este resultado absurdo de que le “compense” al ocupante su comisión en determinadas circunstancias. No me parece recomendable la vía penal para lograr un rápido desalojo cuando el delito cometido es usurpación de inmuebles. En caso de absolución, el poseedor legítimo vuelve a la casilla de salida y debe iniciar el proceso civil. El intento previo de la vía penal a quien beneficia es al ocupante ilegal.

2. Tutela administrativa. El empadronamiento del okupa

62. El artículo 37.3 de la LO 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (en adelante, LSC) tipifica como infracción administrativa de carácter leve la ocupación de cualquier inmueble, vivienda o edificio ajenos; o la permanencia en ellos en ambos casos contra la voluntad de su propietario, arrendatario o titular de otro derecho sobre el mismo, cuando no sean constitutivas de infracción penal. Se sanciona con multa de 100 a 600 euros (art. 39.1 LSC). Así mismo se sanciona la ocupación de la vía pública con infracción de lo dispuesto por la Ley o contra la decisión adoptada en aplicación de aquella por la autoridad competente. Se entenderá incluida en este supuesto la ocupación de la vía pública para la venta ambulante no autorizada. Como señala la Instrucción 6/2020, se trata de ocupaciones ocasionales o esporádicas de inmuebles que no constituyan morada permanente o estacional, sin vocación de permanencia o de escasa intensidad, son ajenas al ámbito de aplicación del tipo delictivo (por ejemplo, jóvenes que se introducen en un edificio deshabitado o en ruinas para pasar la tarde, claramente se observa la no voluntad de permanencia).

63. Resulta llamativo que después de reducir la pena de la usurpación de inmuebles, dificultando la adopción de medidas cautelares, se pretenda justificar la lucha contra la *ocupación ilegal* con esta “tutela administrativa” que apenas aporta soluciones al propietario y tiene un incentivo negativo mínimo a la okupación con esa birrrosa sanción. Se produce una administrativización de ilícitos civiles⁶⁹ con difícil conexión con la seguridad pública⁷⁰. Con todo, entiendo que esta regulación compatible con todos los remedios civiles para obtener el desalojo del ocupante.

64. Pero es que, además, es norma de difícil interpretación por cuanto se refiere a conductas no constitutivas de infracción penal, reduciéndose mucho su ámbito de aplicación a supuestos residuales.

⁶⁹ PIZARRO NEVADO, R., “De la ineficaz e inadecuada tutela del patrimonio inmobiliario privado en la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana”. *Revista General de Derecho Administrativo* 49 (2018), p. 5. Esta discutible regulación ha sido objeto de recurso de inconstitucionalidad planteado por el Parlamento de Cataluña por entenderse que las infracciones administrativas están integradas por conductas que son lesivas para los bienes jurídicos de titularidad colectiva, no para bienes jurídicos estrictamente privados como la propiedad, para los cuales el derecho civil prevé las acciones necesarias para restablecer la integridad y el goce pacífico de los derechos del titular. A juicio del recurrente, no queda expresado en el propio tenor del párrafo primero de forma suficientemente nítida cuál es el bien jurídico de naturaleza colectiva protegido por el art. 37.7 LSC, en el sentido que su redacción no conduce necesariamente al establecimiento de una conexión directa y clara con la protección de la seguridad ciudadana, dado que no señala la lesión o riesgo en que consiste la infracción, falta de claridad y certeza que vulnera los principios de tipicidad y seguridad jurídica (...). Por todo ello entiende que el art 37.7 LOPSC es contrario a los artículos 25.1 y 9.3 CE. El Tribunal Constitucional desestimó el recurso en sentencia (Pleno) 13/2021, de 28 enero 2021.

⁷⁰ BILBAO UBILLOS, J.M.: “La llamada Ley Mordaza: La Ley Orgánica 4/2015 de protección de la seguridad ciudadana”, *Teoría y realidad constitucional*, nº 36, 2015, p. 254.

Así, por ejemplo, no podrá ser objeto de sanción administrativa si se ocupa un inmueble habitado que constituye morada, porque entraría en el terreno del allanamiento de morada. Si hay denuncia penal, no podrá dictarse resolución administrativa hasta que haya resolución judicial en la jurisdicción penal.

65. En relación con el desalojo por parte de las FSE, la Instrucción 6/2020 no prevé intervención de las FSE en caso de infracción administrativa.

66. Aunque parezca un contrasentido esta regulación que contempla la tutela administrativa no impide que pueda empadronarse un ocupante ilegal en el padrón municipal que es donde figuran todos los vecinos que viven o residen habitualmente en un municipio, constituyendo una prueba de la residencia en el mismo. El Ayuntamiento tiene la obligación de inscribir a todas las personas que viven habitualmente en el Municipio. Es el responsable final de ajustar el Padrón a la realidad del Municipio y, por lo tanto, de recoger de manera fidedigna el número y características básicas de todos los residentes.

67. El art. 55 del Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales (en adelante, RP): Son vecinos del municipio las personas que, residiendo habitualmente en el mismo, en los términos establecidos en el artículo 54.1 de este Reglamento, se encuentran inscritos en el padrón municipal.

68. Ante la solicitud de empadronamiento, el Ayuntamiento deberá comprobar la veracidad de la habitualidad de su residencia en el Municipio y del título que legitime la ocupación de la vivienda, según prevé, al respecto, el art. 59.2 RP: «*El Ayuntamiento podrá comprobar la veracidad de los datos consignados por los vecinos, exigiendo al efecto la presentación del documento nacional de identidad o tarjeta de residencia, el libro de familia, el título que legitime la ocupación de la vivienda u otros documentos análogos*». Según esta regulación: se debe denegar el empadronamiento a un ocupante ilegal.

69. Sin embargo, hay que tener en cuenta la Resolución de 17 de febrero de 2020, de la Presidencia del *Instituto* Nacional de Estadística y de la Dirección General de Cooperación Autonómica y Local, que dicta instrucciones técnicas a los Ayuntamientos sobre la gestión del Padrón municipal respecto de la documentación acreditativa del domicilio de residencia.

Señala al respecto que el padrón es el registro administrativo que pretende reflejar el domicilio donde residen las personas que viven en España. Su objetivo es, por tanto, dejar constancia de un hecho, por lo que, *en principio, no debe resultar distorsionado ni por los derechos que puedan o no corresponder al vecino para residir en ese domicilio, ni por los derechos que podrían derivarse de la expedición de una certificación acreditativa de aquel hecho.*

70. En consecuencia, tan pronto como el gestor municipal adquiera la convicción de que los datos que constan en la inscripción padronal se ajustan a la realidad, deja de estar facultado para pedir al vecino ulteriores justificantes que acrediten aquel hecho.

71. Y, en concreto, la posibilidad de que el ayuntamiento solicite del vecino «el título que legitime la ocupación de la vivienda» (artículo 59.2 del Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales) no atribuye a las Administraciones Locales ninguna competencia para juzgar cuestiones de propiedad, de arrendamientos urbanos o, en general, de naturaleza jurídico-privada, sino que tiene por única finalidad servir de elemento de prueba para acreditar que, efectivamente, el vecino habita en el domicilio que ha indicado.

72. Por lo tanto, el solicitante basta que pruebe la residencia habitual para que deba ser empadronado. Se entiende que la inscripción padronal es independiente de las controversias jurídico-privadas. Esta Resolución deja sin efecto la exigencia del título que legitime la ocupación de la vivienda que establece el art. 59.2 RP, pese a su rango normativo manifiestamente inferior. El resultado absurdo es que la actuación del ocupante puede ser objeto de sanción administrativa por la LSC, pero al mismo tiempo

permite que el okupa se empadrene en un registro administrativo como es el padrón municipal que le permite al okupa solicitar ayudas públicas. Sobran los comentarios...

3. La tutela civil frente a la *okupación*

73. El Código civil protege la posesión como derecho y brinda tutela todo poseedor que se vea privado de su derecho. Así lo dispone el ya citado art. 446 CC: *todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión; y, si fuere inquietado en ella, deberá ser amparado o restituido en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimiento establecen*. El titular legítimo no puede *adquirir violentamente la posesión mientras exista un poseedor que se oponga a ello. El que se crea con acción o derecho para privar a otro de la tenencia de una cosa, siempre que el tenedor resista la entrega, deberá solicitar el auxilio de la Autoridad competente* (art. 441 CC). Este precepto impide, por ejemplo, que el titular del bien inmueble lo recupere por la fuerza cambiando la cerradura. Su única opción es acudir a los tribunales o a la autoridad competente. El objetivo es el mantenimiento de la paz social.

74. Parece razonable que no podamos utilizar la violencia para defender nuestro legítimo derecho de propiedad, pero también lo es que el procedimiento para expulsar judicialmente al okupa sea rápido. De lo contrario, la normativa procesal actuará como “efecto llamada” a la okupación. Esto es lo que está pasando y se ha agravado, como veremos, tras la aprobación de la Ley 12/2023 por el derecho a la vivienda. Una pésima regulación está actuando como incentivo a la okupación.

75. Legitimado activamente para ejercitar estas acciones que se sustancian por el juicio verbal es todo poseedor, al margen de que el derecho que fundamente su posesión sea real o personal y ya se trate de poseedor mediato o inmediato. En caso de varios coposeedores de bien común, cualquiera de ellos puede ejercitar la acción posesoria.

En el ámbito de las acciones posesorias (antiguos interdictos) es donde se evidencia la diferencia entre la denominada “inquiokupación” y la genuina okupación a la que me he referido con anterioridad.

El “okupa” es el poseedor ilegítimo que carece de título para poseer. No abarca los casos en los que existió una relación jurídica previa entre el propietario, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer y el poseedor actual. La mayoría de estos casos se resuelven por la vía de la acción de juicio verbal por “desahucio por precario” prevista en el art. 250.1-2º LEC dirigida a recuperar la posesión “cedida en precario”. En el caso del okupa, no ha habido uso tolerado por el titular del derecho a poseer o por el propietario. Este proceso tiene naturaleza plenaria y no sumaria, por lo que la sentencia que se dicte pone fin al proceso y genera plenos efectos de cosa juzgada. No hay limitación de alegación y prueba y admite la discusión de cuestiones complejas que puedan surgir en el procedimiento. No obstante, no han faltado resoluciones judiciales que han permitido que se acuda a este procedimiento en el caso de los okupas.

76. Sí que vale para expulsar al ocupante la acción prevista en el art. 250.1.4º LEC que regula la acción posesoria de recobrar la posesión (antiguamente denominado interdicto de recobrar). Protege a quien ha sido despojado de la posesión y se trata de una acción sumaria que se centra en el hecho posesorio que no produce efectos de cosa juzgada. Ello significa que no hay obstáculo a que se discuta el fondo del asunto en un posterior juicio declarativo ordinario, ya que la sentencia que en aquellos se dicte no tiene efectos de cosa juzgada material. Se protege la posesión y no el derecho que la sustenta. La acción se sustancia por los trámites del juicio verbal y el plazo para ejercitar la acción es de un año desde el despojo (art. 439.1 LEC), en la línea de lo dispuesto en el art. 460.4 CC respecto de la pérdida de la posesión transcurrido el año y día desde el despojo (posesión incorporal del despojado).

77. También hay que tener en cuenta la acción recogida en el art. 250.1.7 LEC y 41 de la Ley Hipotecaria. El titular de un derecho real inscrito demanda la efectividad de su derecho y le basta con aportar la certificación del Registro de la Propiedad frente a quien se oponga a su ejercicio sin título

inscrito. El demandado tiene limitadas causas de oposición (art. 444 LEC). No es posible obtener el desalojo antes de la sentencia. No obstante, si el demandado no presta caución, no se puede oponer a la demanda por lo que se dicta sentencia expulsando al ocupante. Con todo, falla la LEC porque la no prestación de la fianza no exime de la celebración de la vista del juicio, prevista normalmente a meses vista de la comparecencia previa prevista para fijar el importe de la caución. Además, sorprendentemente se admite la apelación por el demandado, aunque no preste caución, facilitándose la posibilidad de maniobras dilatorias.

78. Debería modificarse el art. 449 LEC al objeto de establecer como requisito previo para recurrir la sentencia dictada en estos juicios verbales el haber prestado la caución inicial para oponerse en base a alguna de las causas recogidas en el art. 444.2, LEC, caución que igualmente como requisito previo de oposición entiendo debería introducirse en los desahucios por precario.

79. Además de las acciones derivadas de la posesión, también pueden ejercitarse las acciones correspondientes al derecho real que justifica la posesión. Así, por supuesto, si el demandante es propietario, podrá ejercitar la acción reivindicatoria y la acción publiciana en el correspondiente proceso declarativo ordinario, si bien, no me parece una acción adecuada para lograr un rápido desalojo del ocupante ya que se trata de un proceso tremendamente largo.

80. Esta pluralidad de procesos tiene un problema común que es la duración del procedimiento de la cual se aprovecha el ocupante que, conociendo la ilegalidad de su tenencia, se mantiene en el uso de la vivienda hasta que el propietario o poseedor legítimo obtenga una resolución judicial favorable. Durante ese tiempo vive gratis en el inmueble. La lentitud de la justicia y su colapso favorece la vulneración de derechos. No hay medidas cautelares en el marco del proceso de tutela de la posesión que permitan desalojar al okupa con carácter previo.

81. El legislador fue consciente de este problema y aprobó la Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas. En su preámbulo reconoce *“ninguno de los cauces legales actualmente previstos en la vía civil, para procurar el desalojo de la ocupación por la fuerza de inmuebles, resulta plenamente satisfactorio y, en todo caso, se demora temporalmente de forma extraordinaria, con los consiguientes perjuicios de los legítimos poseedores de la vivienda, en muchos casos también con una difícil situación económica, personal o familiar”*.

Hecho un adecuado diagnóstico parecía razonable esperar un tratamiento adecuado del problema. Pues lamentablemente no fue así. Me explico.

82. La Ley 15/2018⁷¹ añade un párrafo al art. 250.1.4º LEC, relativo a la acción posesoria de recobrar la posesión diseñando un sistema para recuperar inmediatamente la posesión sin necesidad de esperar a que concluya el proceso posesorio. El demandante que demuestre su derecho a poseer puede solicitar la inmediata recuperación de la plena posesión de una vivienda a través de un trámite incidental que permite el rápido desalojo del ocupante. Solicitado por el demandante, en el decreto de admisión de la demanda se requiere a los ocupantes para que aporten en el plazo de cinco días *“título que justifique su situación posesoria”*.

83. Si el okupa no lo aporta, entonces el tribunal mediante auto ordena la entrega de la posesión al demandante. Contra este auto no cabe recurso. El sistema está bien pensado y ataca la causa del problema: permite el rápido desalojo para que no haya incentivos a la okupación aprovechando la dilación del procedimiento. Entonces ¿dónde está el problema?

⁷¹ Especialmente reveladoras son las reflexiones críticas sobre este procedimiento realizadas por ACHÓN BRUÑEN, MJ., *“Deficiencias del procedimiento de “okupas” regulado por la Ley 5/2018 y soluciones a los problemas que plantea”*, Práctica de los Tribunales: revista de Derecho procesal civil y mercantil nº 139. 2019.

84. En primer lugar, la restricción del ámbito de esta medida. Afecta solo a viviendas y no se pueden beneficiar de ella todos los propietarios, sino tan solo la persona física que sea propietaria o poseedora legítima por otro título, las entidades sin ánimo de lucro con derecho a poseerla y las entidades públicas propietarias o poseedoras legítimas de vivienda social. En todos los casos, el demandante debe haberse visto privado de la posesión sin su consentimiento. Quedan fuera las ocupaciones inicialmente toleradas para las que está pensado el juicio de desahucio por precario.

85. Quedan excluidas las personas jurídicas privadas, bancos, inmobiliarias al margen de que sean o no grandes tenedores quienes no pueden siquiera solicitar la medida cautelar de desalojo ¿Cómo se explica esta exclusión y esta discriminación entre propietarios? Se reconoce que el problema procesal está incentivando la ocupación ilegal y solo se resuelve en parte. A mi juicio, esta discriminación supone una invitación encubierta a la okupación y a que se resuelva el problema social de vivienda sobre las espaldas de los propietarios privados. Tampoco tiene sentido que los locales de negocio queden fuera. Esta discriminación legal no está, a mi juicio, justificada y todo poseedor legítimo debiera poder pedir la medida cautelar de desalojo y ser el juez el que valore su concesión en el caso concreto. La condición del propietario no puede privar de ilicitud al despojo ni limitar las posibilidades de defensa del poseedor legítimo impidiéndole una medida cautelar de desalojo. Este planteamiento produce, un efecto perverso: el público percibe que hay una ocupación mala que hay que combatir con energía y sin escatimar recursos y que hay una ocupación buena de la que el reformador se desentiende que puede acometerse sin temer consecuencias demasiado severas si se quiere fomentar una cultura de respeto a la propiedad y a las leyes que la protegen no parece que este sea el camino adecuado⁷².

86. En segundo lugar, el problema que plantea la nueva regulación es que, para bloquear ese incidente de desalojo inmediato, el okupa debe aportar “título que justifique su situación posesoria”. Basta con que el okupa aporte un título “con apariencia de validez” para que se bloquee este incidente rápido de desalojo. Si el juez tiene dudas sobre la validez del título desestimará el incidente de desalojo y continuará con el procedimiento, dado que en el trámite incidental no hay vista oral ni contradicción. El objetivo del okupa de mantenerse en el uso del inmueble durante todo el periodo que dure el procedimiento, de nuevo, se ha conseguido. El hecho de que el auto que decreta el desalojo sea irrecurrible, hace que, a la más mínima duda, el juez desestime el desalojo. Como se puede comprobar, “hecha la ley, hecha la trampa”. Basta que los demandados aporten un falso contrato de arrendamiento, aunque sea claro que es un contrato simulado, para que el juez no pueda entrar en ese análisis para ordenar el desalojo. Lo importante es que “formalmente” sea un contrato de arrendamiento, que su apariencia sea correcta para que el juez ya no pueda ordenar el desalojo. En el juicio verbal se dilucidará si tal título es o no válido, pero eso ya tardará año y medio o dos años y ese es el objetivo del okupa, conseguir quedarse durante ese tiempo en el inmueble. Las mafias que controlan la ocupación ilegal lo tienen muy fácil: con un contrato falso bloquean las bondades de la norma reformada.

87. Para evitar que esto siga sucediendo, sería razonable modificar la libertad de forma del contrato de arrendamiento contemplada en el art. 37 de la LAU. Señala dicho precepto que para hacer un contrato de arrendamiento las partes podrán compelerse a hacerlo por escrito. Vale un simple documento privado, o incluso un acuerdo verbal si las partes no se *compelen* a la forma escrita.

88. Pues bien, en las circunstancias actuales entiendo que el contrato de arrendamiento debe convertirse en un contrato formal. Bastaría una “formalidad administrativa”: Contrato celebrado por escrito sellado y depositado en la Comunidad autónoma en la que esté situado el inmueble (Consejería de vivienda correspondiente). Podría así crearse un registro administrativo de contratos de arrendamiento de fincas urbanas en la Agencia de vivienda social que es la que actualmente está gestionando las fianzas arrendaticias en la Comunidad de Madrid o en el organismo equivalente de otras Comunidades Autónomas (vgr. la Agencia de Vivienda y Rehabilitación de Andalucía)

⁷² A.LAFUENTE TORRALBA, *El labyrinthus...*, cit., p. 137.

89. Sin duda son necesarios más cambios legales, pero creo que con esta reforma no sería tan fácil burlar el incidente de desalojo y el juez podría comprobar de forma rápida y fehaciente la veracidad del título. Ello permitiría, además, un control de la renta arrendaticia evitando la economía sumergida en este sector. El Estado dispondría así de datos veraces para evaluar el funcionamiento del mercado. También esta información puede ser útil para la evaluación de la solvencia de arrendadores y arrendatarios pues evidencia ingresos y ratio de endeudamiento del arrendatario.

90. Es necesario ampliar el ámbito de aplicación de la Ley 5/2018 y extender el uso de la medida cautelar también a personas jurídicas y a inmuebles distintos de vivienda y que se habilite trámite o vista dentro del incidente de desalojo para evaluar la veracidad del título de forma que no se bloquee la medida con la simple presentación de un documento.

91. A pesar de que se trata de una reforma “edulcorada” que no resuelve de forma eficiente el problema pues es fácil bloquear el incidente de desalojo, la misma fue recurrida ante el Tribunal Constitucional que en sentencia de 28 de febrero de 2019 (RTC2019/32) desestimó el recurso. Se decía que la reforma vulneraba el derecho a la inviolabilidad del domicilio del artículo 18.2 de la Constitución (CE) los derechos a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la CE y el derecho a una vivienda digna y adecuada (artículo 47 CE) así como los derechos a la defensa y a un proceso con todas las garantías del (artículo 24 CE)⁷³. No es censurable que el legislador pretenda mecanismos ágiles para procurar el desalojo de vivienda ocupada ilegalmente. Es más, como se cita en la propia sentencia del TC, es una obligación del Estado acelerar ese proceso.

92. Así lo ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en la Sentencia de 13 de diciembre de 2018, asunto *Casa di Cura Valle Fiorita, S.R.L. c. Italia*, la demora prolongada de las autoridades públicas a la hora de ejecutar una orden judicial de desalojo de los ocupantes ilegales de un inmueble, aun escudándose en la necesidad de planificar cuidadosamente el desalojo con el fin de preservar el orden público y garantizar la asistencia a las personas en situación de vulnerabilidad que participaron en la ocupación, vulnera el derecho del titular legítimo a un proceso equitativo que garantiza el art. 6.1 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH), así como su derecho de propiedad (art. 1 del Protocolo núm. 1 CEDH)⁷⁴.

93. En suma, la tutela civil plantea también fallos regulatorios que se van a ver intensificados con las restricciones recientemente aprobadas al desalojo de colectivos vulnerables. Como se puede apreciar, el incentivo a la ocupación por parte del legislador se lleva a cabo desde un enfoque global, desde todas las áreas del ordenamiento que se ven afectadas por el problema. No son fallos casuales, sino premeditados.

4. ¿Qué itinerario es el idóneo para que el poseedor legítimo recupere el inmueble?

94. Una vez descritos los pros y contras de los itinerarios disponibles para el propietario que quiere lograr el desalojo del ocupante ilegal, la elección del adecuado dependerá de las circunstancias del caso concreto. Así, por ejemplo, si se trata de un allanamiento de morada la denuncia policial será la

⁷³ Como señala el TC, “no cabe reprochar al legislador que haya adoptado la decisión de articular lo que pretende ser un procedimiento ágil en la vía civil para la defensa de los derechos de los titulares legítimos que se ven privados ilegalmente de la posesión de su vivienda, por entender que los cauces procesales antes existentes no ofrecen una respuesta plenamente satisfactoria al creciente problema de la ocupación ilegal de viviendas. Tal opción legislativa es conforme a los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE)”.

⁷⁴ No obstante, esta sentencia cuenta con un voto particular de la Magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón. Aun reconociendo que el derecho a la vivienda no es un derecho fundamental (art. 47 CE), su carácter de principio rector de política social y económica no le priva de ser parámetro de constitucionalidad de las normas con rango de ley. A su juicio el TC no ha tenido en cuenta los estándares internacionales de garantía del derecho a la vivienda. A esta cuestión le dedico atención en el apartado V.

vía más rápida para obtener el desalojo, dado que nos encontramos ante un delito flagrante. Sin embargo, en otros supuestos la cuestión no estará tan clara porque como hemos visto el desalojo policial no siempre es posible a pesar de ser la vía más rápida y eficiente.

95. Lo cierto es que hay que elegir una vía y no varias a la vez. Así por ejemplo si unos hechos pueden ser enjuiciados por la vía penal y también por la vía civil iniciada la primera existirá prejudicialidad penal de forma que los tribunales civiles no podrán pronunciarse hasta que no haya sentencia penal (art. 114 LECrim).

96. Iniciado un procedimiento por la vía penal, en caso de condena penal existirá una responsabilidad civil derivada del delito (art. 109 CP) siendo la restitución una de las formas de reparación (art. 110 CP). Por lo tanto, como sucede en el régimen general de responsabilidad civil derivada del delito, puede la víctima del delito reservarse la acción civil para ejercitarla en la jurisdicción civil (art. 109.2 CP). Tal reserva debe ser expresa pues el art. 112 LECRIM señala que *“ejercitada sólo la acción penal, se entenderá utilizada también la civil, a no ser que el dañado o perjudicado la renunciase o la reservase expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal, si a ello hubiere lugar”*. Con todo, si hay reserva de acción civil, no podrá resolverse hasta que concluya el proceso penal. Pero en este caso me estoy refiriendo a la acción de responsabilidad civil derivada del delito ejercitada en la jurisdicción civil a través de la cual puedo obtener el desalojo como forma de reparación del daño.

97. Pero al margen de esto, el poseedor legítimo puede prescindir de la vía penal y acudir a las acciones civiles para recuperar la posesión previstas en el art. 250.1.4 y 7 LEC. Esta es la tutela puramente civil frente al despojo y no es una acción de responsabilidad civil. La vía penal y la civil no puede abrirse de forma simultánea por la existencia de una prejudicialidad devolutiva, si bien creo que es defendible *lege ferenda* el que ambas vías se puedan abrir simultáneamente con objeto de facilitar al poseedor legítimo la recuperación de la posesión al margen de la reprochabilidad penal que eventualmente pueda tener la conducta y otra el desalojo del ocupante que debería poder lograrse por ambas vías de forma simultánea⁷⁵.

IV. Límites a la tutela del propietario: supuestos de suspensión de desalojo del ocupante vulnerable

1. De la comunicación a Servicios sociales a la suspensión del desalojo: el Real Decreto Ley 37/2020, de 22 de diciembre de medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda.

98. La Ley 5/2018 de reforma de la LEC (desahucio exprés) a la que me acabo de referir introdujo una regla, a mi juicio, muy afortunada en el art. 150 LEC señalando que *“Cuando la notificación de la resolución contenga fijación de fecha para el lanzamiento de quienes ocupan una vivienda, se dará traslado a los servicios públicos competentes en materia de política social por si procediera su actuación, siempre que se hubiera otorgado el consentimiento por los interesados”*. La regla se reitera en el art. 441.bis LEC para la orden de desalojo fruto del ejercicio de la acción posesoria de recobrar.

99. La Exposición de motivos de la Ley 5/2018 justificaba la regla se busca así *“una rápida respuesta de los poderes públicos cuando se detecten situaciones de especial vulnerabilidad”*. Así debe ser. Los poderes públicos deben hacerse cargo de las situaciones de vulnerabilidad social tal y como corresponde a un Estado que se define constitucionalmente como un Estado social. No son los propietarios quienes deben hacerse cargo de los colectivos vulnerables, sino que debe serlo el Estado y esta norma seguía este acertado criterio.

⁷⁵ En este sentido, LAFUENTE TORRALBA., A., *op.cit.*, p. 118.

100. Sin embargo, la tendencia legislativa no se ha quedado aquí y ha ido más allá con un cambio de orientación notable: se procede a la suspensión del desalojo del ocupante en situación de especial vulnerabilidad. Este cambio es cualitativo porque es ahora el propietario privado el encargado de atender la necesidad de alojamiento del vulnerable.

101. El R.D.-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler introduce el art. 441.5 LEC previendo la suspensión del desahucio por precario evidenciándose de nuevo la diferencia de trato del ocupante ilegal del inquilino que no puede hacerse cargo del pago de la renta. Comunicado a servicios sociales el lanzamiento en el caso de que confirmasen que el afectado se encuentra en situación de vulnerabilidad social y/o económica se notificará al órgano judicial inmediatamente. Recibida dicha comunicación el Letrado de la administración de Justicia suspenderá el proceso hasta que se adopten las medidas que los servicios sociales estimen oportunas durante un plazo máximo de un mes a contar desde la recepción de la comunicación o de 3 meses si el demandante es una persona jurídica. Una vez adoptadas las medidas o transcurrido el plazo se alzarán la suspensión y continuará el procedimiento por sus trámites.

102. No basta la comunicación por tanto a los servicios sociales, sino que se avanza un paso más: se suspende el desalojo durante un mes o tres en función de si el demandante es o no persona jurídica. Se profundiza en la distinción entre persona física y jurídica (sin tener en cuenta si es o no gran tenedor) y el propietario o poseedor legítimo comprueba cómo se ralentiza el procedimiento de desalojo. Se profundiza en la línea que ya se inició en la crisis hipotecaria mediante la suspensión de lanzamientos como consecuencia de la ejecución de hipoteca sobre vivienda habitual⁷⁶.

103. En plena pandemia por Covid-19 se aprobó el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19. En su artículo primero se previó la suspensión del procedimiento de desahucio y de los lanzamientos para hogares vulnerables⁷⁷ sin alternativa habitacional. La norma se refería a los arrendatarios vulnerables de vivienda habitual y el periodo de suspensión se ha prolongado hasta el 31 de diciembre de 2023⁷⁸. Esta suspensión es oponible a todo arrendador, ya sea persona física o jurídica. La decisión de suspender la adopta el juez a la vista del informe de servicios sociales. Se confirma la línea ya iniciada con anterioridad hacer recaer sobre el propietario las consecuencias de la vulnerabilidad económica del arrendatario.

104. Pero la novedad potente que introduce el *Real Decreto Ley 37/2020, de 22 de diciembre de medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda (DLMU) (Decreto anti-desahucios)*. Esta norma introduce un art. 1 bis en el RD 11/2020 que extiende la suspensión de desahucios a los supuestos 2, 4 y 7 del art. 250.1 LEC. Posteriormente una reforma operada por el RDL 1/2021⁷⁹ extiende la suspensión a aquellas personas que están sujetas a un proceso penal en el que se sustancie el lanzamiento de la vivienda habitual de aquellas personas

⁷⁶ La Ley 1/2013, de 14 de mayo de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecario, reestructuración de deuda y alquiler previó la suspensión de lanzamientos como consecuencia e procedimiento hipotecarios con respecto a la vivienda habitual siempre que el deudor fuera de especial vulnerabilidad. Esta suspensión ha sido objeto de prórrogas sucesivas. La última la llevó a cabo el Real Decreto-Ley 6/2020 por el que se prorroga la suspensión de desahucios hipotecarios en colectivos vulnerables prolongando dicha suspensión hasta mayo de 2024.

⁷⁷ La vulnerabilidad se define en el art. 5 y 6 del RD 11/2020,

⁷⁸ Prórroga llevada a cabo por el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea.

⁷⁹ Real Decreto-ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica.

que la estén habitando sin ningún título habilitante para ello. Es decir, se suspende el desahucio para los ocupantes ilegales (también delincuentes) en situación de vulnerabilidad, es decir, todos dado que en la ocupación de necesidad los ocupantes son vulnerables. Las personas con recursos no se dedican a ocupar los inmuebles de los demás. Se establecen requisitos más exigentes:

- El propietario o poseedor legítimo debe ser persona jurídica o persona física titular de más de diez viviendas. Se prevé una compensación a cargo de la Administración autonómica.
- El ocupante debe acreditar que se encuentra en situación de “extrema necesidad” y para ello se valorará el informe emitido por servicios sociales. Se valorará la cooperación del ocupante con las autoridades para buscar alternativa de vivienda.
- No vale cualquier ocupante ilegal: debe tratarse de persona dependiente de conformidad con lo dispuesto en el apartado dos del artículo 2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, víctima de violencia sobre la mujer o tener a su cargo, conviviendo en la misma vivienda, alguna persona dependiente o menor de edad. Se excluye la suspensión del lanzamiento en algunos supuestos⁸⁰.

105. Consciente el legislador de la agresividad de estas medidas que constituyen una auténtica expropiación del uso, previó una compensación al propietario en la disposición adicional segunda del Decreto 37/2020⁸¹. Pero tal compensación no le corresponde a todo propietario sino a aquel que haya sufrido un perjuicio económico al encontrarse la vivienda ofertada en venta o arrendamiento con anterioridad a la entrada en el inmueble. El propietario puede reclamar el valor medio que correspondería a un alquiler de vivienda en el entorno en que se encuentre el inmueble, determinado a partir de los índices de referencia del precio del alquiler de vivienda u otras referencias objetivas representativas del mercado de arrendamiento

106. A mi juicio, la compensación debería proporcionarse a todo propietario porque nos encontramos ante una expropiación por razón de interés público y utilidad social. Cuando el Estado expropia debe indemnizar sin necesidad de que el expropiado tenga la carga de la prueba de un perjuicio que es evidente. Con la suspensión del desalojo el propietario no podría alquilar, aunque quisiera y por ello es arbitrario conceder la compensación sólo al propietario que ya tuviera ofertada la vivienda.

107. Son varios los motivos de inconstitucionalidad⁸² de esta regulación. No solo se violenta el art.33 CE⁸³, sino también el art. 14 CE pues tal discriminación entre propietarios no está justificada, salvo que se pretenda “sancionar” al propietario de vivienda vacía. Aunque éste fuera el objetivo, el Estado

⁸⁰ Art. 1 bis RDL 11/2020: *El ocupante no tiene que haber violado el domicilio de propietario o tercero. Queda excluido el tipo penal de allanamiento de morada*

Cuando se haya producido en un inmueble de propiedad de una persona física o jurídica que lo tenga cedido por cualquier título válido en derecho a una persona física que tuviere en él su domicilio habitual o segunda residencia debidamente acreditada.

Cuando la entrada o permanencia en el inmueble se haya producido mediando intimidación o violencia sobre las personas.

Cuando existan indicios racionales de que la vivienda se esté utilizando para la realización de actividades ilícitas.

Cuando la entrada o permanencia se haya producido en inmuebles de titularidad pública o privada destinados a vivienda social y ya se hubiera asignado la vivienda a un solicitante por parte de la administración o entidad que gestione dicha vivienda.

Cuando la entrada en la vivienda se haya producido con posterioridad a la entrada en vigor del presente real decreto-ley. Entiendo que debe tenerse en cuenta la entrada en vigor del Real Decreto Ley 37/2020.

⁸¹ El RD-ley 21/2021 por el que se prorrogan las medidas de protección social para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica regula la compensación al propietario para adaptar su contenido a la segunda y tercera prórroga.

⁸² De hecho, ya se ha planteado un recurso de recurso de inconstitucionalidad promovido por el Grupo Popular en el Congreso (núm. 998-2021). También Grupo parlamentario de Vox ha presentado otro recurso de inconstitucionalidad (Nº 2222/2021).

⁸³ Así lo entiende GARROTE FERNÁNDEZ DÍAZ, I., “La suspensión temporal del procedimiento de desahucio o de los lanzamientos derivados de una condena penal en el caso de la llamada «ocupación pacífica» de viviendas, aspectos legales y constitucionales”, Cuadernos de Derecho privado, nº 1, 2021, pp 88-122. <https://www.editorialbercal.es/images/cuadernos/CDP1-3.pdf>, P. 119.

debe abonar el justo precio sin necesidad de condicionarlo a ninguna circunstancia⁸⁴. Esta suspensión de lanzamientos afectando a procesos penales se lleva a cabo por decreto ley, violentándose el art. 86 CE (afectación del contenido esencial del derecho de propiedad)⁸⁵ por falta de extraordinaria y urgente necesidad y por tratarse de un instrumento excepcional. Las prórrogas sucesivas a través de decreto ley no parecen avalar esta excepcionalidad.

Como se puede comprobar, con el RD37/2020⁸⁶ se abre una senda peligrosa y, como veremos, sus medidas se van a extender a más supuestos en normas posteriores.

2. Los supuestos de suspensión de desalojo introducidos por la Ley 12/2023, de 24 de mayo por el derecho a la vivienda

108. La Ley 12/2023, de 24 de mayo por el derecho a la vivienda (en adelante, LV) modifica en su disposición final quinta la Ley de Enjuiciamiento Civil poniendo límites a la acción de desalojo ejercitada por el propietario. Las novedades que introduce la nueva regulación son las siguientes:

- 1º Trata igual todas las situaciones de ilegítima tenencia. Es decir, cualquier acción recuperatoria de la posesión, ya sea porque el inquilino no paga la renta (art. 250.1 LEC), o bien porque se quiere recuperar el bien cedido en precario, es decir, sin obligación de pagar renta (art. 250.2 LEC), o bien porque quiere echar a un ocupante ilegal (art. 250.4º y 7º LEC) encuentra una serie de límites en su ejercicio.
- 2º. Todos los propietarios se ven afectados por dichas limitaciones, pero sobre todo los grandes tenedores⁸⁷. Hay una suerte de presunción de que el demandante es un gran tenedor, ya que tiene la carga de la prueba de que no lo es aportando certificación del Registro de la Propiedad en la que conste los bienes de los que es titular. Por lo tanto, el propietario usurpado tiene que incurrir en costes para acreditar que no es un gran tenedor.
- 3º Las limitaciones impuestas dependen de la condición del propietario
 Todo propietario (sea o no gran tenedor), deberá especificar si el inmueble del ocupante es o no su vivienda habitual. Obsérvese que no es el ocupante el que tiene que probarlo en defensa de la reclamación del propietario, sino que éste es el que debe hacerlo. No se exige prueba, sino especificación, pero realmente el propietario puede no saber si lo es o no. Hay que entender que siempre lo será...
 Solo el propietario gran tenedor deberá además especificar si el ocupante se encuentra o no en situación de vulnerabilidad económica ¿Cómo puede acreditar el propietario gran tenedor que el tercero es vulnerable? ¿Cómo puede saberlo? La propia norma lo aclara (disposición adicional séptima de la LV) dando varias opciones:

109. El propietario deberá aportar un documento expedido por los servicios de las Administraciones autonómicas y locales competentes en materia de vivienda, asistencia social, evaluación e información de situaciones de necesidad social y atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social que hayan sido específicamente designados conforme la legislación y normativa autonómica en materia de vivienda obtenido con previo consentimiento del okupa y tal documento no puede tener una

⁸⁴ El art. 33.3 CE es claro: “Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes”.

⁸⁵ Vid. Análisis de esta cuestión realizado por GARROTE FERNÁNDEZ DÍAZ, I., *Op. cit.*, 88-122. <https://www.editorial-bercal.es/images/cuadernos/CDP1-3.pdf>

⁸⁶ Más extensamente, BELHAKJ BEN GÓMEZ, C., “Suspensión de lanzamientos para hogares vulnerables sin solución habitacional”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, Nº. 1, 2021.

⁸⁷ Es gran tenedor la persona física o jurídica que sea titular de más de diez inmuebles urbanos de uso residencial o una superficie construida de más de 1.500 m² de uso residencial, excluyendo en todo caso garajes y trasteros.

En caso de entornos de mercado residencial tensionado los titulares de cinco o más inmuebles urbanos de uso residencial ubicados en dicho ámbito, cuando así sea motivado por la comunidad autónoma en la correspondiente memoria justificativa. (art. 3 k) LV)

vigencia no superior a tres meses. Es decir, al propietario al que le han okupado su vivienda tiene que pedirle autorización al okupa para que pueda solicitar un documento a las Administraciones públicas que declare que es vulnerable. Que el propietario tenga que mendigar autorización al ocupante es no solo humillante, sino sobre todo absurdo pues el okupa lo que quiere es ganar tiempo y no dar facilidades.

110. Como este planteamiento es ridículo, el propio legislador parece reconocerlo y da otras opciones para acreditar la vulnerabilidad del okupa.

- 1.º La declaración responsable por parte del propietario de que ha acudido a los servicios indicados anteriormente, en un plazo máximo de cinco meses de antelación a la presentación de la demanda, sin que hubiera sido atendida o se hubieran iniciado los trámites correspondientes en el plazo de dos meses desde que presentó su solicitud, junto con justificante acreditativo de la misma. Como se puede apreciar, la propia ley concede otros dos meses al okupa y obliga al propietario a la prueba de hecho negativo: que no ha sido atendida su solicitud en dicho plazo de dos meses.
- 2.º El propietario tiene además otra opción y es aportar un documento acreditativo de los servicios competentes que indiquen que la persona ocupante no consiente expresamente el estudio de su situación económica en los términos previstos en la legislación y normativa autonómica en materia de vivienda. Este documento no podrá tener una vigencia superior a tres meses. Es decir, de nuevo, el propietario tiene que probar a través de otro documento expedido por las administraciones que el okupa no ha consentido.

111. Mientras el propietario dedica su tiempo y recursos a obtener esta documentación y a hacerse cargo de todos los gastos de inmueble, el okupa continúa disfrutando sin coste de una vivienda ajena. El sistema es, desde luego, demencial porque esta “burocracia” no necesariamente protege al vulnerable, sino a todos los okupas.

112. De este proceso puede derivarse dos resultados:

- Que el okupa no sea un vulnerable o no sea su vivienda habitual. Transcurrido dicho plazo, se podrá efectuar su lanzamiento el cual lleva como mínimo 18 meses en la actualidad. Ciertamente que la norma no exige prueba, sino especificación de que se trata de la vivienda habitual del ocupante, pero tampoco se entiende el sentido de tal delimitación. El propietario puede no tener ni idea de si es o no vivienda habitual. Especificarlo sin saberlo parece un requerimiento absurdo.
- Que el okupa sea vulnerable⁸⁸, que la casa ocupada sea su vivienda habitual y que el propietario sea un gran tenedor. En tal supuesto, no se admitirá la demanda de desalojo hasta

⁸⁸ Nuevo art. 441.7 LEC: (...) “El tribunal para apreciar la situación de vulnerabilidad económica podrá considerar el hecho de que el importe de la renta, si se trata de un juicio de desahucio por falta de pago, más el de los suministros de electricidad, gas, agua y telecomunicaciones suponga más del 30 por 100 de los ingresos de la unidad familiar y que el conjunto de dichos ingresos no alcance:

- a) Con carácter general, el límite de 3 veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples mensual (en adelante IPREM).
- b) Este límite se incrementará en 0,3 veces el IPREM por cada hijo a cargo en la unidad familiar. El incremento aplicable por hijo a cargo será de 0,35 veces el IPREM por cada hijo en el caso de unidad familiar monoparental o en el caso de cada hijo con discapacidad igual o superior al 33 por ciento.
- c) Este límite se incrementará en 0,2 veces el IPREM por cada persona mayor de 65 años miembro de la unidad familiar o personas en situación de dependencia a cargo.
- d) En caso de que alguno de los miembros de la unidad familiar tenga declarada discapacidad igual o superior al 33 por ciento, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral, el límite previsto en la letra a) será de 5 veces el IPREM, sin perjuicio de los incrementos acumulados por hijo a cargo.

A estos mismos efectos, el tribunal para apreciar la vulnerabilidad social podrá considerar el hecho de que, entre quienes ocupen la vivienda, se encuentren personas dependientes de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, víctimas de violencia sobre la mujer o personas menores de edad.»

que el propietario acredite que se ha sometido al procedimiento de conciliación o intermediación que a tal efecto establezcan las Administraciones Públicas competentes, en base al análisis de las circunstancias de ambas partes y de las posibles ayudas y subvenciones existentes en materia de vivienda conforme a lo dispuesto en la legislación y normativa autonómica en materia de vivienda.

113. Semejantes limitaciones al desalojo con base en parámetros de vulnerabilidad se producen en los casos de subasta del inmueble okupado y ejecuciones hipotecarias (nuevo art. 685.2 LEC).

114. En suma, la LV no hace sino seguir la tendencia iniciada en otras normas y pone otra piedra en el camino para el propietario que pretende el desalojo de los ocupantes de su vivienda. Mientras tal proceso de intermediación se sustancia, el okupa continúa viviendo en el inmueble ajeno. Esta será la regla general pues lo normal es que sean personas vulnerables las que ocupen los inmuebles ajenos. Mientras tanto, las Administraciones Públicas tienen al okupa alojado “a coste cero”, ya que no se expone el uso del gran tenedor, dado que ello tendría coste para el erario público. La regulación se limita a establecer obstáculos procesales al desalojo. A ello hay que unir la lentitud de la Administración de Justicia que se ha convertido en la gran aliada de este Gobierno para llevar a cabo su política de vivienda. Con esta reforma, se garantiza el alojamiento gratis a los okupas durante al menos tres años y sin que el propietario reciba ninguna compensación.

115. Hay que tener en cuenta que la LV además modifica y amplía el incidente de suspensión de desahucio arrendaticio por situación de vulnerabilidad económica del arrendatario previsto en el art. 441.5 de la LEC, aumentándose el plazo máximo de suspensión hasta los dos meses en caso de que el arrendador sea persona física y hasta los cuatro meses si es persona jurídica, extendiendo la aplicación de este incidente al resto de procedimientos de recuperación posesoria no arrendaticios (arts. 250.1.2º, 4º y 7º de la LEC). Es el juez y no el letrado de la administración de justicia el que puede decretar la suspensión del desalojo.

116. Como se puede apreciar, las novedades que introduce la LV van en la misma línea que las reformas anteriores: dificultar el proceso de desalojo del ocupante vulnerable introduciendo una serie de trámites y cargas impuestos al propietario que es quien soporta el coste sin recibir ningún tipo de compensación. El legislador no está delimitando el derecho de propiedad (límite), sino que lo está recortando amputando al propietario la facultad de uso (limitación) con base en la función social. Posteriormente volveré sobre esta cuestión.

117. En cualquier caso, no es de extrañar que esta regulación tenga unos “efectos secundarios” perversos que pueden perjudicar precisamente a los colectivos que la norma pretende proteger. La tendencia de los propietarios será la de reducir la oferta de pisos e alquiler⁸⁹ por la inseguridad jurídica creada y ello conllevará un aumento del precio del alquiler. Los escasos inmuebles se ofrecerán a personas con altos niveles de renta puesto que el arrendador no puede asumir riesgo de impago porque recaerá sobre sus espaldas las consecuencias de la vulnerabilidad del arrendatario.

118. La nueva LV no soluciona el problema de la ocupación ilegal, sino que lo agrava. Esa es la realidad⁹⁰.

⁸⁹ De hecho ya se alerta de la reducción de pisos en alquiler: <https://valenciaplaza.com/la-nueva-ley-de-vivienda-acelera-el-desplome-de-pisos-en-alquiler> (Consultado el 20 de julio de 2023).

⁹⁰ Denuncia este agravamiento V.MAGRO SERVET, “Análisis práctico y sistemático de los aspectos relevantes de la nueva Ley de vivienda 12/2023 de 24 de mayo”. Diario La Ley, nº 10295, 26 de mayo de 2023.

V. *Okupación de viviendas y derechos fundamentales en conflicto. La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos humanos*

1. El derecho a una vivienda digna como justificación de la limitación al desalojo

119. Es habitual que la oposición al desalojo se arbitre alegando el derecho a la vivienda digna previsto en el art. 47 CE y por distintos textos internacionales de derechos humanos, en especial el art. 25.1 de la Declaración universal de derechos humanos, y el art. 11.1 del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales. No se reconoce de manera expresa en el Convenio Europeo de Derechos humanos (en adelante, CEDH) que, sin embargo, sí reconoce de manera expresa la protección del derecho de propiedad⁹¹. Como nos recuerda la sentencia del Tribunal Constitucional 32/2019, de 28 de febrero de 2019⁹² art. 47 CE no reconoce un derecho fundamental, sino que enuncia «un mandato o directriz constitucional que ha de informar la actuación de todos los poderes públicos (art. 53.3 CE) en el ejercicio de sus respectivas competencias» (STC 152/1988, de 20 de julio, FJ 2; y en el mismo sentido, SSTC 59/1995, de 17 de marzo, FJ 3, y 36/2012, de 15 de marzo, FJ 4). Los poderes públicos vienen así obligados a promover las condiciones necesarias y a establecer las normas pertinentes para hacer efectivo el derecho de los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, en particular regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación, conforme determina el art. 47 CE⁹³. Nos guste o no, en España el derecho a la vivienda no tiene la consideración jurídica de un derecho fundamental.

120. Son los poderes públicos los que deben facilitar que este derecho sea efectivo, pero no son los particulares los que tienen que sacrificar su derecho de propiedad para que otro sujeto goce de una vivienda digna. Por ello no está justificado alegar el derecho a la vivienda para evitar un desalojo como consecuencia de una ocupación ilegal. Sí está plenamente justificada la obligación, por ejemplo, de poner en conocimiento de la Administración pública competente que una persona va a ser desalojada con el objeto de que pueda proveer un alojamiento. Pero hacer esto es una cosa y obligar al propietario a mantener al ocupante ilegal en el uso de la vivienda otra muy distinta cuando se trata de un ocupante vulnerable (cosa que sucederá casi siempre). Esto último supone trasladar al propietario privado las competencias de los poderes públicos. Por su especial naturaleza, el derecho a la vivienda, tal y como está regulado en España, no puede servir para justificar una limitación al desalojo del ocupante ilegal y mucho menos puede justificar la propia ocupación ilegal. No son los ciudadanos los que tienen que procurar una vivienda digna, sino que deben hacerlo los poderes públicos. Parece algo elemental, pero vista la regulación recientemente aprobada, es preciso recordarlo.

⁹¹ Artículo 1 al Protocolo adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales: Toda persona física o jurídica tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional.

Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que tienen los Estados de dictar las leyes que estimen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos, de otras contribuciones o de las multas.

⁹² RTC 2019/32. BOE» núm. 73, de 26 de marzo de 2019 <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2019-4447>

⁹³ No faltan quienes quieren ver en el derecho a la vivienda un auténtico derecho subjetivo exigible ante los tribunales. Vid. LÓPEZ RAMÓN, Construyendo el derecho a la vivienda, Barcelona, 20010, pp. 12 y ss. J.PONCE SOLÉ, “La tutela judicial del derecho a la vivienda y el papel del Tribunal Constitucional español. Luces y sombras en el contexto europeo e internacional”, en J.M.MOLTÓ DARNER/J. Y PONCE SOLE, *Derecho a la vivienda y función social de la propiedad*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, p. 45. Reconoce la necesidad de reforma constitucional, pero aboga por un cambio de práctica política y jurídica que puede y debe desarrollarse en los niveles estatal y autonómico y también a nivel local, donde el concepto del derecho a la vivienda como derecho exigible y su defensa en un caso judicial son relevantes. A su juicio el derecho a la vivienda no es programático y se configura como un derecho subjetivo, exigible judicialmente, del que se deriven correlativas obligaciones jurídicas (no de resultado, sino de medios) para los poderes públicos. Se ha dicho incluso que el derecho a una vivienda digna es un derecho orientado hacia los ciudadanos que no la poseen, la pierden o tienen importantes dificultades para conseguirla. No es un derecho para todos, sino que es un derecho para los sectores concretos de la población que lo necesitan realmente: quienes no pueden acceder a ella y quienes no pueden conservarla. (cfr. R.HERRANZ CASTILLO, “Desobediencia civil, ocupación y derecho a la vivienda”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 435). Aunque se considere un derecho, el mismo debe ser satisfecho por los poderes públicos y no a costa de los sujetos privados que es lo que hace precisamente la LV. Consecuencia de su consideración como derecho es la concesión de acción a su titular contra la Administración que lo desconozca. No creo que quepa ejercitar esta acción frente a los particulares.

121. Tampoco cabe deducir este derecho de los tratados internacionales (arts. 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)). Como señala la sentencia del TC 32/2019, dichas normas configuran «...*un mandato para los Estados parte de adoptar medidas apropiadas para promover políticas públicas encaminadas a facilitar el acceso de todos los ciudadanos a una vida digna*». El derecho a la vivienda, como principio rector de la política social y económica, carece de horizontalidad. Como señala el propio TC no se viola el derecho a la vivienda cuando el legislador establece procedimientos judiciales para dirimir las controversias que puedan suscitarse acerca del mejor derecho en relación con la titularidad y posesión sobre los bienes inmuebles; con el consiguiente derecho de quien hubiera obtenido una resolución judicial a su favor que decreta el desalojo del ocupante a instar la ejecución de dicha resolución. El derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) comprende también el derecho a la ejecución de las sentencias y demás resoluciones judiciales en sus propios términos (art. 118 CE), conforme tiene señalado de manera reiterada la jurisprudencia constitucional (SSTC 32/1982, de 7 de junio, FJ 2; 61/1984, de 16 de mayo, FJ 1; 148/1989, de 21 de septiembre, FJ 2; 120/1991, de 3 de junio, FJ 2; 153/1992, de 19 de octubre, FJ 4; 3/2002, de 14 de enero, FJ 4, y 223/2004, de 29 de noviembre, FJ 5, entre otras muchas). En suma, no se puede justificar la prohibición de desalojos en el derecho a una vivienda digna y tampoco nos obligan a ello los tratados internacionales⁹⁴.

122. Es más, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), de hecho, ha insistido en que la demora prolongada de las autoridades públicas a la hora de ejecutar una orden judicial de desalojo de los ocupantes ilegales de un inmueble, aun escudándose en la necesidad de planificar cuidadosamente el desalojo con el fin de preservar el orden público y garantizar la asistencia a las personas en situación de vulnerabilidad que participaron en la ocupación, vulnera el derecho del titular legítimo a un proceso equitativo que garantiza el art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos así como su derecho a la propiedad⁹⁵.

123. Pero no es esto lo que hace la LV, que fundamenta estas medidas precisamente en el derecho a la vivienda, pero haciéndoselo cumplir no a los poderes públicos, sino a los particulares, lo cual constituye a mi juicio una interpretación inadecuada de nuestra CE y de la realizada por el Tribunal Constitucional. De hecho, en su Exposición de motivos de la LV se hace alusión al necesario cambio de paradigma del derecho a la vivienda que debe interpretarse a la luz de los tratados internacionales firmados por España, y configurarse e interpretarse el derecho a la vivienda como un derecho subjetivo. Cabe preguntarse si los recientes pronunciamientos del TEDH implican un nuevo enfoque de la interpretación del derecho a la vivienda en España que pueda justificar una limitación al propietario a desalojar al ocupante ilegal⁹⁶.

124. Como ya he señalado, el CEDH no reconoce de manera expresa el derecho a la vivienda, pero el TEDH se ha referido a él indirectamente a través del art.8 CEDH dedicado al respeto a la vida privada y familiar, el domicilio y la correspondencia⁹⁷. Sea como fuere, conviene aclarar desde el prin-

⁹⁴ Como señala la sentencia del TC 32/2019, “la prohibición de desalojos forzosos a la que se refieren los instrumentos de Naciones Unidas citados por los recurrentes no se aplica a los desalojos efectuados legalmente y de manera compatible con las normas internacionales de derechos humanos, en particular las referidas al derecho a un proceso con las debidas garantías, como ha señalado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas en su observación general núm. 7, sobre el derecho a una vivienda adecuada y los desalojos forzosos”.

⁹⁵ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Secc 1ª, de 13 de diciembre de 2018— (asunto *Casa di Cura Valle Fiorita S.R.L. v. Italia*; asunto 67944/13).

⁹⁶ El art. 6.2 del Tratado de la Unión Europea⁴⁴ (en adelante, TUE) prevé que la UE se adhiere al CEDH, cuyos derechos formarán parte del Derecho comunitario como principios generales (art. 6 TUE), y a que el art. 10.2 CE establece que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la CE reconoce (entre los que se encuentra el respeto a la vida privada y familiar y la inviolabilidad del domicilio -art. 18 CE-, equiparables a los derechos recogidos en el art. 8 CEDH) se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, entre los que se encuentra el CEDH.

⁹⁷ Artículo 1 del Protocolo adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales de 1952.

cipio que el TEDH no tiene competencia para resolver conflictos entre particulares (art. 34 CEDH), por lo que su doctrina no tiene efecto horizontal.

125. No ha lugar a cuestionar el cumplimiento del tratado cuando se trata, por ejemplo, de un desalojo instado entre particulares. Así lo ha afirmado el TEDH en sentencia de 25 de marzo de 2010 (*Caso Belchikova contra Russia*)⁹⁸ en un caso de desalojo instado por el propietario del inmueble frente a un poseedor sin título. Después de afirmar la necesidad de aplicar el principio de proporcionalidad⁹⁹ de la medida de desalojo a la luz de los principios del art. 8 CEDH. Entiende el tribunal que tal decisión es proporcionada al fin legítimo y necesario en una sociedad democrática cual es la salvaguarda del derecho de propiedad de los demandantes. Por lo tanto, cuando se alega la doctrina del TEDH hay que tener en cuenta que se refiere a las relaciones entre los ciudadanos y los Estados, no entre particulares¹⁰⁰. Eso no quita para que, como tiene declarado repetidamente el TC, los tratados internacionales no constituyen canon para el control de constitucionalidad de las normas de rango legal, sin perjuicio de su valor interpretativo en materia de derechos fundamentales, en virtud de lo dispuesto en el art. 10.2 CE.

Con todo, reitero que hay que tener presente los tratados internacionales sobre derechos humanos configuran un mandato para los poderes públicos de promover una vivienda digna para todos los ciudadanos y no pueden servir de excusa para imponer a los propietarios privados el deber de procurar a los ciudadanos una vivienda digna. Como con claridad señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 9ª, 361/2020, de 7 de septiembre: “(...) *Es evidente que todas las personas tienen derecho a una vivienda digna y adecuada, pero esa obligación es del Estado, de las Administraciones públicas, en modo alguno de los ciudadanos que no tienen por qué soportar las ocupaciones ilegales sobre bienes inmuebles que constituye una constante habitual ni las empresas tenedoras de inmuebles deben procurar un recurso habitacional o residencial ni un alquiler social (...)*”. Esto es lo que hace precisamente la LV y eso no hay tratado internacional que lo imponga.

No todo vale con base en el principio de proporcionalidad. Existen límites cuando se enfrenta al derecho de propiedad de los particulares¹⁰¹. Como veremos, la doctrina del TEDH que impone este principio lo hace frente a los poderes públicos¹⁰².

⁹⁸ <https://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-98298> (Consultado el 10 de julio de 2023).

⁹⁹ La sentencia del TEDH de 17 de octubre de 2013, (*caso Winterstein y otros c. Francia*), dispone que cualquier persona que sufra la pérdida de la vivienda tiene el derecho a que un tribunal independiente decida la proporcionalidad de la medida a la luz del art. 8 CEDH, pese a que se hubiera extinguido su derecho a ocupar la vivienda en virtud de la legislación nacional (apartado 148). Ello significa que las autoridades públicas deben justificar la injerencia en la vida privada de los ocupantes (su necesidad social imperiosa), sin que sea suficiente para cumplir con este requisito que dicha injerencia esté legitimada por la ley. Cfr. H.SIMÓN MORENO, “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la vivienda en relación al Derecho español, Teoría y Derecho: revista del pensamiento jurídico, nº 16/2014, pp 162-187.

¹⁰⁰ También la sentencia del TEDH de 6 de noviembre de 2018 (*caso F.J.M contra Reino Unido*), número 76202/16 negó la aplicación del art. 8 del CEDH a las relaciones entre particulares.

¹⁰¹ En este sentido, H.SIMÓN MORENO, “La ocupación de viviendas sin título habilitante...”, *cit.*, p. 2195.

¹⁰² El Comité DESC de la ONU en Dictamen de 20 de junio de 2017 (Comunicación nº5/2015), dispone que es preciso: “*adoptar medidas necesarias para asegurarse de que los desalojos que afecten a personas sin recursos para procurarse una vivienda alternativa, sólo se ejecuten después de que haya habido una consulta genuina y efectiva con estas personas y de que el Estado parte haya realizado todos los pasos indispensables, hasta el máximo de sus recursos disponibles, para que las personas desalojadas tengan una vivienda alternativa, en especial en aquellos casos que involucran a familias, personas mayores, niños/as y/o otras personas en situación de vulnerabilidad;*”. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) de Naciones Unidas es el órgano de expertos encargado de interpretar y evaluar el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), en vigor desde 1976 y ratificado en 1977 por España. Hace aplicación de esta doctrina la sentencia del Tribunal Supremo (Sala contencioso administrativo) nº 1581/2020, de 23 de noviembre de 2020 que resuelve un caso de desalojo de ocupante ilegal de vivienda pública en la que residían menores. Por interés casacional se fija doctrina sobre la aplicación del principio de proporcionalidad en los supuestos de autorización de entrada en un domicilio familiar, para proceder a su desalojo, en el que residan menores de edad. Declara que está fuera de toda duda que es preciso para ordenar el desalojo que el tribunal efectúe una ponderación de los distintos derechos e intereses que pueden verse afectados y adoptando las cautelas precisas para que la limitación del derecho fundamental que la misma implica se efectúe del modo menos restrictivo posible”. El problema que se plantea la sentencia es *si tal ponderación ha de afectar al núcleo de la decisión del desalojo o sólo a los aspectos periféricos relativos a las condiciones concretas en que debe desarrollarse la actuación administrativa, singularmente en aquellos casos en que la vivienda es ocupada ilegalmente por personas especialmente vulnerables*. Concluye el TS Por tanto, el juez no puede, so pretexto de cumplir con la exigencia de ponderación

2. Inviolabilidad del domicilio del okupa como límite al desalojo

126. Ya he señalado en repetidas ocasiones que la verdadera protección del propietario frente al ocupante ilegal se logra con un mecanismo que consiga su rápido desalojo. En este sentido, la medida más eficiente es el desalojo policial.

Sin embargo, éste puede encontrar dificultades cuando se ha cometido delito de usurpación de inmuebles y el usurpador se acoge al art. 18.2 CE alegando la inviolabilidad del domicilio. ¿Es posible que el usurpador convierta el inmueble usurpado en morada bloqueando la posibilidad de desalojo? No hay que olvidar que, a tenor de lo dispuesto en dicho precepto constitucional, no será posible la entrada y registro en un domicilio *sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo caso de flagrante delito*.

127. En el marco del art. 18 CE se identifica domicilio con morada (sentencia del Tribunal Constitucional 283/2000, 27 de noviembre (RTC 283/2000)), manteniéndose un concepto amplio: el domicilio es el lugar cerrado, legítimamente ocupado, en el que transcurre la vida privada, individual o familiar, aunque la ocupación sea temporal o accidental (sentencias (Sala segunda) del TS de 24 de octubre de 1992, 11 de julio de 1996 (RJ 1996\5956). Reveladora es la sentencia del TS (Sala segunda) 1108/1999, 6 de septiembre (RJ 1999\7380), que señala que “*el domicilio es el lugar cerrado, legítimamente ocupado, en el que transcurre la vida privada, individual o familiar, aunque la ocupación sea temporal o accidental*”. Se resalta de esta forma la vinculación del concepto de domicilio con la protección de esferas de privacidad del individuo, lo que conduce a ampliar el concepto jurídico civil o administrativo de la morada para construir el de domicilio desde la óptica constitucional, como instrumento de protección de la privacidad.

¿Puede un inmueble ilegalmente ocupado convertirse jurídicamente en domicilio y beneficiarse del blindaje que establece el art. 18 CE? De serlo, si el propietario trata de recuperar el inmueble por su cuenta cometería delito de allanamiento de morada¹⁰³. Este concepto amplio de domicilio parece avalar la idea de que el ocupante ilegal puede alegar el art. 18.1 y repeler cualquier entrada si no es con su consentimiento, autorización judicial o delito flagrante. Si esto es así, la policía no puede decretar el desalojo y se requiere la autorización judicial con los problemas que ya hemos visto respecto de la procedencia o no de medida cautelar de desalojo. Para que el inmueble ocupado se convierta en domicilio de los usurpadores es necesario que haya transcurrido un lapso de tiempo, el suficiente para las personas que lo habitan “*hayan desarrollado las necesidades esenciales de su vida íntima*”¹⁰⁴. De ahí que se hable de la necesidad de que el propietario actúe con celeridad (el famoso plazo de 48 horas) evitando que el ocupante convierta el inmueble en morada, cambiando la cerradura y contratando suministros¹⁰⁵.

Parece claro que al margen de que la ocupación ilegal entre o no en el tipo penal, lo que debe aclararse es que el concepto amplio de domicilio avala la idea de que el ocupante podría convertir el inmueble ocupado en morada, amparándose en el art. 18 CE con las limitaciones al desalojo que ello

de los intereses concurrentes, paralizar indefinidamente un desalojo forzoso que trae causa de un acto administrativo firme, aparentemente legal, porque estaría permitiendo -y hasta posibilitando, de hecho- la permanencia y consolidación de una situación de ilegalidad, consecuencia que no se acomoda a los postulados constitucionales, que es expresamente rechazada por el legislador (tal como antes apuntamos al referirnos a la Ley 5/2018 y la STC 32/2019 y que perjudicaría tanto al interés general como a los particulares intereses de propietarios y, en su caso, de los legítimos poseedores de las viviendas ocupadas y, muy especialmente, a los intereses de aquellas otras personas que, encontrándose también en situación de vulnerabilidad y en riesgo de exclusión social, económica y residencial, optan por mantenerse dentro de la legalidad y solicitar la adjudicación de esas viviendas por las vías establecidas. El juez debe comprobar que la Administración adopta realmente las medidas de protección suficientes para no dejar desamparadas a las personas especialmente vulnerables que vayan a ser desalojadas forzosamente de la vivienda que ilegalmente ocupaban. Como se puede comprobar de la doctrina citada, se trata en todo caso de un mandato a los poderes públicos y no de una imposición de la suspensión del desalojo que es lo que hace ahora la LV.

¹⁰³ Así sucedió en los hechos que enjuició la sentencia núm. 509/2012 de 19 junio. RJ 2013\2295 en donde se consideró morada un inmueble ocupado ilegalmente. Se alega el concepto amplio de domicilio, y que es el lugar en el que el ocupante sin título ejercía su ámbito de privacidad e intimidad.

¹⁰⁴ Así lo defiende N.MIRAPEIX LACASA, “Las ocupaciones de inmuebles por motivos de necesidad”, *cit.*, p. 163

¹⁰⁵ Así se ha argumentado en los medios de comunicación <https://www.20minutos.es/noticia/4380474/0/okupas-principio-inviolabilidad-del-domicilio/> (Consultado el 7 de julio de 2023).

implica¹⁰⁶. Es el mundo al revés: el okupa entra en el inmueble sin autorización y la Constitución le blinda frente al verdadero propietario. A mi juicio, si no aporta título el ocupante, debería ser desalojado del inmueble, sin que el mismo pueda alegar la protección dispensada por el art. 18 CE¹⁰⁷.

128. Pero nos guste o no, la conversión, aun absolutamente contraria a derecho y constitutiva en sí de una infracción criminal, del inmueble en domicilio, morada, produce como efecto una protección constitucional basada en el derecho a la inviolabilidad domiciliaria. Es cierto que el solo acceso al interior del inmueble no da forma, como si de una fórmula mágica se tratara, al reconocimiento de tal derecho. Su formación misma requiere la generación de una relación de apego con la ubicación del ámbito domiciliario que permita considerarlo como el auténtico santuario de la vida privada del ocupante¹⁰⁸.

129. Este parece ser el criterio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en sentencia de 11 de octubre de 2016 (*caso Bagdonavicius y otros v. Rusia*; asunto 19841/06)¹⁰⁹ en relación con el art. 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos¹¹⁰ se refiere al concepto amplio de domicilio a efectos del artículo 8 del Convenio “*no se limita al domicilio legalmente ocupado o establecido, sino que es un concepto autónomo que no depende de su caracterización en el Derecho interno. El hecho de que una vivienda concreta constituya un ‘domicilio’ comprendido en el ámbito de protección del artículo 8 depende de las circunstancias de hecho, en particular de la existencia de vínculos suficientes y continuos con un lugar determinado*”.

130. Con esta doctrina, la clave es dónde decide el ciudadano desarrollar su vida privada, siendo irrelevante por lo que parece que tenga o no título para hacerlo. Semejante doctrina me parece un auténtico contrasentido y se ha erigido en el auténtico obstáculo para que el propietario pueda obtener un rápido desalojo del inmueble: en caso de duda, la policía no entrará cuando el ocupante ha generado una relación de apego y para ello tienen que probar que llevan varios días en el inmueble: cambian la

¹⁰⁶ En este sentido, V.MAGRO SERVET, *Guía práctica sobre soluciones ante la ocupación de bienes inmuebles*, Madrid, 2020, pp.88 y ss, quien reconoce que esta es la solución legal, pero “resulta curioso que el ocupante alegue que se vulneraría este derecho que ellos reclaman cuando han sido ellos los que lo han invadido del titular del inmueble. Resulta paradójico y un contrasentido reclamar o advertir de esa privación de ese derecho o ataque al mismo cuando es el okupa el primero que lo ha vulnerado”.

¹⁰⁷ En este sentido, J.MOZAS PILLADO, *Ocupantes ilegales de inmuebles. Una perspectiva penal y criminológica. Especial referencia al desalojo policial*, cit., p. 255, niega que el ocupante ilegal pueda gozar de la protección de la inviolabilidad del domicilio. El art. 8 CEDH no puede servir de patente de corso para perpetrar ocupaciones ilegales de inmuebles. A su juicio, la intrusión delictiva en un edificio jamás debería generar un derecho a la inviolabilidad del domicilio, salvo que se cumplan los requisitos generales para adquirir la posesión o la propiedad. El Derecho puede convertir una situación antijurídica en otra digna de protección”. Por su parte, entiende F.MATÍA PORTILLA, “El derecho a la inviolabilidad del domicilio” Iustel, 6 de julio de 2015, que “cuando se entra en una morada ajena sobre la que el morador ejerce legítimamente la posesión. En efecto, es necesario que el morador disfrute de la posesión de la morada legítimamente. Pero, ¿qué significa que deba existir un título legitimador que beneficie al morador? El que la posesión de la morada sea legítima no supone, como la jurisprudencia del TS reconoce y la doctrina penal defiende, que deba existir en todo caso un título jurídico sobre la morada. Esa legitimidad del uso del local como morada puede justificarse tanto en una relación jurídico-formal como en una situación de hecho reconocida por el derecho. Es así morador, desde la óptica penal, tanto el que mantiene un contrato de alquiler de una vivienda como el precarista”. Coincidiendo con los autores citados en el terreno de los principios, lo cierto es que mientras se dilucida la legitimación del título el ocupante goza de la protección constitucional. Y en la práctica, lo cierto es que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado no entran en inmuebles cuando sospechan que se puede vulnerar la inviolabilidad del domicilio.

¹⁰⁸ J.L. RODRÍGUEZ LAINZ, “¿Es jurídicamente posible el desalojo inmediato de viviendas objeto de un delito leve de ocupación ilegal?” Diario La Ley, N° 9701, Sección Doctrina, 22 de septiembre de 2020.

¹⁰⁹ Vid. También las SSTEDH de 24 de abril de 2012, asunto *Yordanova y otros c. Bulgaria*; de 18 de septiembre de 2012, asunto *Buckland c. Reino Unido*; de 17 de octubre de 2013, asunto *Winterstein y otros c. Francia*, en relación con supuestos de desalojos forzados de familias de etnia gitana de terrenos en los que habían residido ilegalmente durante varios años, pero bajo un régimen de tolerancia de hecho, y sin previsión para su realojo en condiciones aceptables.

¹¹⁰ *El art. 8 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH) (equivalente al art. 18 de la CE), se refiere al Derecho al respeto a la vida privada y familiar 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.*

cerradura, contratan suministros, piden comida a domicilio para probar que tienen ese apego que hace que se trate ya de morada y se vean blindados por el principio de inviolabilidad del domicilio. Esta era la razón de ser del bulo del plazo de 48 horas que legalmente no existe. Se entiende que transcurrido dicho plazo, el ocupante ya ha generado la situación de apego que evita el desalojo policial inmediato.

131. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre esta cuestión en la ya citada sentencia 32/2019, de 28 de febrero de 2019 con ocasión del recurso de inconstitucionalidad que se planteó respecto de la reforma de la LEC operada por la Ley 5/2018, de 11 de junio (desahucio exprés) a la que ya he hecho referencia y que regula la medida cautelar de desalojo. Se alega por los recurrentes que tal reforma viola el derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), en relación con los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE). Sostienen los recurrentes que la resolución judicial que decreta el lanzamiento de vivienda habitual implica la consecuente limitación del derecho fundamental garantizado por el art. 18.2 CE, por lo que esa resolución debe ser fruto de un juicio valorativo previo de las circunstancias concretas de cada caso. La decisión última de irrupción en el domicilio del demandado debe estar justificada, motivada y exenta de cualquier arbitrariedad (juicio de proporcionalidad), pues de otro modo se vulneraría aquel derecho y también el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

132. El TC se hace eco del concepto amplio de domicilio¹¹¹ y declara con contundencia que “la entrada en domicilio sin el consentimiento de quien lo ocupa, ni estado de necesidad o flagrancia, solo puede hacerse si lo autoriza u ordena la autoridad judicial. El juez a quien se confiere la protección del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio será el competente según la materia y el proceso de que se *trate*, conforme a las leyes que determinan la competencia de los distintos jueces y tribunales. A ese juez le corresponde llevar a cabo la ponderación de los intereses en juego como garantía del derecho a la inviolabilidad del domicilio, decidiendo en caso de conflicto si debe prevalecer este derecho fundamental u otros valores o intereses constitucionalmente protegidos”. Dado que el procedimiento de desahucio exprés es un proceso judicial, ello no vulnera el principio de inviolabilidad del domicilio porque hay intervención judicial. Procede el desalojo porque “para habitar lícitamente en una vivienda es necesario disfrutar de algún derecho, cualquiera que sea su naturaleza, que habilite al sujeto para la realización de tal uso del bien en el que pretende establecerse. Por ello, que la libre elección de domicilio forme parte del contenido de la libertad de residencia proclamada en el art. 19 CE, en modo alguno justifica conductas tales como «invadir propiedades ajenas o desconocer sin más legítimos derechos de uso de bienes inmuebles”.

133. En suma, no prevalece el derecho del ocupante ilegal, pero su desalojo debe ser judicial, pues se le reconoce el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Esta circunstancia, como digo, limita el desalojo policial que es el más efectivo para atender las necesidades del propietario. Esto no sucede cuando el ocupante lo que ha cometido es un allanamiento de morada, delito permanente, permitiendo a la policía la entrada por considerarse que hay delito flagrante (art. 795 LECrim)¹¹². En tal caso y en virtud de lo dispuesto en art. 490.2º LECrim conlleva la inmediata detención por parte de las autoridades policiales actuantes. Esto parece que no sucede en caso de ocupación de inmuebles que no constituyen morada, aunque a mi juicio, debería tener idéntica consecuencia. Un ocupante ilegal no debe poder constituir un domicilio en un inmueble sobre el que carece de derecho a poseer. Sin embargo, la ampliación del concepto constitucional de domicilio a la morada penal produce este resultado atípico

¹¹¹ El domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima; por ello, a través de este derecho no solo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, FFJJ 2 y 5; 137/1985, de 17 de octubre, FJ 2; 50/1995, de 23 de febrero, FJ 5; 94/1999, de 31 de mayo, FJ 5; 119/2001, de 24 de mayo, FJ 6; 10/2002, de 17 de enero, FJ 6; 209/2007, de 24 de septiembre, FJ 2, y 188/2013, de 4 de noviembre, FJ 2, entre otras muchas).

¹¹² N.DE LA MATA, “Qué hacer contra el allanamiento de morada: defenderla”. 10 de noviembre de 2019 <https://almacenderecho.org/que-hacer-contra-el-allanamiento-de-morada-defenderla> (Consultado el 15 de julio de 2023).

que permite al ocupante acogerse al art. 18 CE¹¹³. Ello lo único que impide es el desalojo policial inmediato, y no valdrá como medio de defensa del ocupante en el proceso judicial, ya que no es posible justificar la ilegalidad de una ocupación con base en la inviolabilidad del domicilio.

3. Función social de la propiedad y *okupación* sin título de viviendas secundarias de grandes tenedores

134. Tanto en el marco de la Constitución española como en el de los tratados internacionales citados el derecho a la vivienda se articula como un mandato al poder público para que implemente políticas que garanticen a los ciudadanos una vivienda digna y adecuada. Es el Estado y no los particulares los encargados de implementar dichas políticas. El problema es que ese derecho es garantizado por el Estado a costa de limitar el derecho de propiedad de los particulares. Ya hemos visto que esta es la tendencia legislativa: se limita el desalojo de ocupantes ilegales a costa del propietario privado que no recibe una compensación adecuada. Como ya he señalado, el juicio de proporcionalidad exigido por el TEDH para la garantía de los derechos contenidos en el art. 8 CEDH, particularmente respecto de la medida de desalojo, no puede provocar el traslado de las obligaciones correspondientes al Estado a los particulares. La jurisprudencia del TEDH no puede servir de excusa para ello.

135. Pero el Estado tiene claro que solo no puede implementar una política de vivienda y ha decidido hacer partícipe de la misma a los particulares, hasta el punto como hemos visto, de tener que soportar el propietario que el ocupante ilegal permanezca en el uso de la vivienda hasta que el Estado pueda proporcionarle la ansiada vivienda social. Esto es lo que hace la LV. Y para ello se acude a limitar el derecho del propietario no por el derecho a la vivienda -cosa que insisto no es posible- sino utilizando el recurso a la función social de la propiedad. A ella alude de forma expresa el art. 33.2 CE que dispone que *“la función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes”*. No sólo importa el interés particular del propietario, sino que es preciso atender al interés general¹¹⁴. Como señaló la famosa y, a mi juicio, desafortunada sentencia del Tribunal Constitucional n^o 37/1987 de 26 de marzo *“la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir”*.

136. Pero el legislador no es libre para *“delimitar el derecho de propiedad”* de la mano de la función social porque el art. 53 CE dispone que *“sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)”*. Traspasado el contenido esencial, entonces lo que existe es una expropiación procediendo la correspondiente indemnización (art. 33.3 CE).

137. El problema es cuando se entiende que la función social no es un límite al derecho de propiedad, sino que forma parte de su estructura y define también el contenido esencial del derecho

¹¹³ M.CABEZUDO BAJO, *La inviolabilidad del domicilio y el proceso penal*, Iustel, Madrid, 2004, p. 168. J.M.GUTIÉRREZ ALBENTOSA, “Conceptos básicos sobre el delito de usurpación de inmuebles”, *Diario La Ley*, N^o 9763, Sección Doctrina, 4 de enero de 2021, p. 48. E.ATARÉS GARCIA / M.C.GARCÍA MARTÍNEZ/ J.RODÓN OLIVELLA, “L’ocupació dels espais privats: aspectes civils, penals i policials”. Ed. CGPJ - Generalitat de Catalunya, *Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada*, Barcelona. 2017, p. 19. SIMÓN MORENO, H., “La ocupación de viviendas sin título habilitante y los derechos humanos en conflicto”, *cit.*, p. 2165. V.PÉREZ DAUDÍ, “La protección del propietario frente a los actos de ocupación ilegal de un bien inmueble”. *Diario La Ley*, núm. 9008 (26 de junio 2017).

¹¹⁴ Según RODOTÀ, S., “Note critiche in tema di proprietà”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1960, pp.1212, la función social puede imponer la obligación de ejecutar determinadas facultades atribuidas al propietario, o bien, no atribuirle algunas facultades al propietario o condicionar el ejercicio del derecho. La LV limita la facultad de exclusión del ocupante ilegal que le corresponde al propietario.

de propiedad. Así lo hizo la citada y repito desafortunada sentencia del TC n° 37/1987 de 26 de marzo al señalar que la “fijación del “contenido esencial” de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes”.

Esta doctrina es una auténtica “bomba de relojería” pues como ya dijera el Magistrado Rodríguez Bereijo¹¹⁵ en su voto particular a la sentencia del TC 89/1994 de 17 de octubre, si la función social determina lo que es el contenido esencial de la propiedad “viene a dejarse en manos del Legislador ordinario, en aras de la función social de la propiedad, la definición del contenido esencial de las “propiedades” o distintos tipos o categorías de propiedad, al establecer para cada una de ellas su propio y específico régimen jurídico, reconociéndole además una gran disponibilidad o libertad de configuración. En definitiva, el contenido esencial del derecho de propiedad, según el tipo o categoría, será lo que el propio Legislador diga en cada caso y según el criterio dominante en cada momento histórico. Así, huérfano de todo referente ex Constitutione, la garantía institucional que para el derecho de propiedad representa el concepto de “contenido esencial” (art. 53.1 C.E.) se desvanece y volatiliza”.

138. De ahí que con el enfoque que crítico, se haya dicho (STC 204/2004, de 18 de noviembre, FJ 5) que se ha desconstitucionalizado el derecho de propiedad y la propiedad será lo que el legislador ordinario quiera en cada momento. Desaparecido el límite de límites el legislador ordinario podría en aras de la función social imponer al propietario la posesión de un ocupante ilegal en su propiedad. Todo cabe en la propiedad constitucional cuando hemos volatilizado el límite que supone el contenido esencial¹¹⁶.

139. Buen ejemplo de todo esto es la LV que justifica las limitaciones a los propietarios en la función social que delimita el derecho de propiedad (art. 33 CE) entendiendo que prevalece el derecho fundamental del okupa (sea delincuente o no) a la inviolabilidad del domicilio, el derecho a la intimidad obviando el límite que a su vez encuentra ésta en el contenido esencial del derecho de propiedad. Esta es la posición en la que se alinea el legislador español al redactar la LV que, como acertadamente se ha señalado¹¹⁷ se ha producido una “administrativización” del derecho de propiedad, prescindiendo de su contenido civil y rediseñando un contenido esencial desde el Derecho público con base en la función social de la propiedad. A mi juicio, este planteamiento violenta el art. 53 CE y prescinde del límite que supone el respeto el contenido esencial del derecho de propiedad.

140. Con este enfoque que vacía de contenido el derecho de propiedad y sobre la base de los derechos fundamentales citados y parece consolidarse la idea que en su momento se recogió en Cataluña (Decreto Ley 17/2019, de 23 de diciembre de medidas urgentes para mejorar el acceso a la vivienda) que convirtió la ocupación ilegal en vía para dar un título legal al okupa al obligar al propietario gran tenedor a proponer un alquiler social a los ocupantes sin título. El derecho a la vivienda digna entra a través de la función social de la propiedad en una obligación que le toca cumplir al propietario privado. Así de simple.

141. Creo que la LV es una manifestación clara de la falta de una política pública seria en materia de vivienda. Al legislador le ha resultado más sencillo hacer recaer sobre el propietario privado el coste de la política social de vivienda y todo con base en la función social de la propiedad que parece que todo lo puede. El ciudadano vulnerable no puede tener un “derecho a okupar” la vivienda de nadie (sea gran tenedor o no) y la limitación al ejercicio procesal de las acciones que competen al poseedor

¹¹⁵ Voto particular suscrito también por los Magistrados Cruz Vilallón y Gabaldón López.

¹¹⁶ Se muestra especialmente crítica con la interpretación del TC en el sentido que defiende en el texto, M. CARLÓN RUIZ, “La intervención pública en los precios de alquiler de vivienda: una aproximación en clave constitucional” Diario la ley, n° 9815, sección tribuna, 22 de marzo de 2021.

¹¹⁷ S. NASARRE AZNAR, “El proyecto de ley de vivienda 2022”, Fedea. Informes y papeles del Grupo de Trabajo Mixto Covid-19, p. 6, <https://documentos.fedea.net/pubs/ap/2022/ap2022-11.pdf> (Consultado el 13 de julio de 2023).

legítimo no puede convertirse en mecanismo para “reforzar el derecho a la vivienda”, tal y como sin pudor se señala en el recientemente aprobado Real Decreto Ley 5/2023, de 28 de junio¹¹⁸ que extiende la suspensión de desahucios hasta el 31 de diciembre de 2023, incluso para los que traigan causa de un procedimiento penal. El panorama no puede ser más desolador.

¿Cómo han actuado en otros países¹¹⁹?

142. La clave de la protección del propietario se encuentra en la rapidez del desalojo. En Inglaterra y Gales desde el 1 de septiembre de 2012 es delito la ocupación de edificios residenciales¹²⁰, que es aquel que puede ser usado como vivienda. Da igual que el propietario sea o no un gran tenedor y da igual que tenga la consideración de morada del propietario. Lo importante es que se un inmueble susceptible de ser utilizado como residencia. El delito lleva aparejada una pena de 6 meses de prisión y una multa de 5.000 libras.

143. La policía puede proceder al desalojo del okupa sin necesidad de autorización judicial tanto si se han ocupado bienes residenciales como no residenciales. Como se puede comprobar destaca la rapidez con la que se produce el desalojo. El propietario inicia el procedimiento rellenando un formulario por internet que se resuelve con gran celeridad¹²¹.

144. También Escocia destaca por sancionar la ocupación de inmuebles (*Draft Bill 17th March 1864 prevention of trespasses*). Denunciada la ocupación los agentes de la policía pueden proceder a la detención del ocupante y expulsarlos del inmueble ocupado. Esta celeridad y margen concedido a la policía dota de eficacia al sistema.

145. Alemania también ha tipificado penalmente la ocupación de inmuebles (arts. 123 y 14 del Código penal alemán) dentro de los delitos contra el orden público. El tipo penal es amplio en tanto que abarca la ocupación de vivienda, local, propiedad delimitada o en espacios cerrados destinados al servicio público. La policía desaloja en el plazo de 24 horas desde la denuncia penal. La pena es de un año de prisión y multa. Como se puede comprobar, denominador común es la tipificación penal de la conducta con pena de prisión y multa y un rápido desalojo policial.

146. Francia acaba de reformar su regulación por Ley de 27 de julio de 2023¹²². La reforma se caracteriza por un endurecimiento de las penas por ocupación ilegal y la creación de tipos penales nuevos. La pena por allanamiento de morada se aumenta a tres años de cárcel y 45.000 euros de multa (frente al año de cárcel y 15.000 euros de multa actuales). Se amplía el allanamiento a las viviendas desocupadas que contengan muebles.

¹¹⁸ Así se dice en la nota de prensa emitida por el Ministerio de transportes, movilidad y agenda urbana <https://www.mitma.gob.es/el-ministerio/sala-de-prensa/noticias/mar-27062023-1424> (Consultado el 13 de julio de 2023).

¹¹⁹ Cfr. M.MARTÍNEZ LÓPEZ, “The Squatters’ Movement in Europe: A Durable Struggle for Social Autonomy in Urban Politics” https://www.miguelangelmartinez.net/IMG/pdf/2012_Squatting_Antipode.pdf

¹²⁰ Legal Aid, sentencing and Punishment of offenders Act 2012, conocida como *Ley de Weatherley*. MARTIL, M., “Squatters in residential premises: civil remedies and criminal offences” (2012) 12(5) *Journal of Housing Law* 100.

¹²¹ <https://www.gov.uk/squatting-law/remove-squa> El poseedor legítimo puede desalojar a los ocupantes ilegales mediante una orden provisional de posesión (*Interim Possession Order; IPO*) o presentando una demanda de reclamación de la posesión.

¹²² Solo puede solicitar una OPI si han pasado 28 días o menos desde que se enteró de que su propiedad había sido ocupada ilegalmente. El propietario rellena la solicitud y la envía al juzgado de primera instancia de su localidad. Contestada la solicitud, el juzgado envía unos documentos que tiene que entregar el propietario a los okupas quienes deben abandonar la vivienda en el plazo de 24 horas desde que el propietario les entrega la documentación entregada por el juzgado. De no hacerlo, se les percibe con ingreso en prisión.

¹²² Loi n° 2023-668 du 27 juillet 2023 visant à protéger les logements contre l’occupation illicite <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000047897040>

147. Se introduce un nuevo delito de “ocupación fraudulenta de locales utilizados como vivienda o con fines comerciales, agrícolas o profesionales”, que se castigará con dos años de cárcel y una multa de 30.000 euros. Este delito también se aplicará a los inquilinos que no hayan pagado el alquiler y permanezcan en el inmueble tras una orden firme de desalojo. Estos inquilinos se expondrán a una multa de 7.500 euros, excepto en caso de tregua invernal, suspensión del desahucio o alojamiento propiedad de un arrendador social o de una persona jurídica de derecho público. Como se puede comprobar, la suspensión de desahucio es para el caso de que se trate de vivienda pública.

148. Se crea un nuevo delito castigado con 3.750 euros de multa por propaganda o publicidad que incite a la okupación, y con tres años de cárcel y 45.000 euros de multa por hacerse pasar por el propietario de una vivienda okupada.

149. El texto prevé la inserción sistemática en los contratos de alquiler de una cláusula de resolución automática en caso de impago del alquiler. No obstante, la resolución no será automática, previa solicitud al juez: el juez sólo podrá suspender los efectos de esta cláusula por iniciativa propia o a petición del inquilino o del propietario si el inquilino está en condiciones de saldar su deuda de alquiler y ha “reanudado el pago íntegro del alquiler en curso antes de la fecha de la audiencia”. La suspensión de la cláusula finalizará automáticamente “tan pronto como el primer impago” o retraso en el pago de la deuda de alquiler sea determinado por el juez. Por último, el texto reduce determinados plazos en los procedimientos contenciosos por impago de rentas de alquiler, en particular para los inquilinos que actúen de mala fe.

150. En cuanto al desalojo del ocupante ilegal, Francia regula un procedimiento específico administrativo sin necesidad de autorización judicial¹²³.

151. La tendencia en otros países es a endurecer las penas por ocupación ilegal y a facilitar el desalojo policial. Por el contrario, nosotros dificultamos al propietario la defensa de su derecho y diseñamos el “derecho a okupar” del vulnerable. No es de extrañar que a nivel internacional se considere a España como el paraíso de la okupación¹²⁴.

VI. Conclusiones y propuestas

152. La ocupación ilegal es un ataque frontal al derecho de propiedad que no puede justificarse con base en el derecho a una vivienda digna. Ni las razones que mueven al ocupante ni la condición del propietario pueden legitimar una actuación contraria a Derecho. Es claro que España tiene un problema de vivienda de enorme calado en parte incentivado por distintos gobiernos, al margen de su color político. Resolver el problema de vivienda incentivando el sobreendeudamiento nos condujo a una crisis financiera sin precedentes que ha provocado exclusión social y la concentración de propiedades de inmuebles en manos de unos pocos. Las dificultades actuales de acceder a una vivienda en propiedad y un encarecimiento generalizado del mercado de alquiler fruto de un extraordinario aumento de la demanda, han evidenciado los fallos en una política seria de vivienda en España.

153. Pero la solución a los desequilibrios que se han generado no puede encontrarse violentando los principios más elementales de nuestro Derecho y comprometiendo la seguridad jurídica. La ocupación ilegal no puede convertirse en una nueva forma de tenencia aunque sea con el loable objetivo de procurar a los ciudadanos una vivienda. Los esfuerzos presupuestarios deben centrarse en la oferta de vivienda social y no expropiando del uso sin justiprecio a los propietarios, siendo irrelevante que tengan muchas o pocas propiedades. Esa no es una política seria y se aleja de lo acontecido en los ordenamientos de nuestro entorno que tienden a endurecer la regulación contra la ocupación ilegal protegiendo a TODO propietario.

¹²³ Circulaire du 22 janvier 2021 relative à la réforme de la procédure administrative d'évacuation forcée en cas de «squat».

¹²⁴ <https://wolfstreet.com/2020/09/12/how-spain-became-a-squatters-paradise/>

154. Mal está que aumenten los casos de ocupación ilegal, pero peor es que sea el propio legislador el que desde un planteamiento populista y haciendo una interpretación torticera del principio de proporcionalidad en la defensa de los derechos humanos traslade a los propietarios privados lo que las normas y tratados internacionales imponen a los poderes públicos. La función social como límite al derecho de propiedad no puede servir de vía para trasladar a los propietarios la función de proveer al resto de los ciudadanos de una vivienda digna. El contenido esencial del derecho de propiedad es un límite a la actuación del legislador ordinario que debe respetarse. Si se traspasa, se estará expropiando y procede la compensación pecuniaria. No se puede interpretar el art. 33 CE de forma que el derecho de propiedad carezca de toda garantía constitucional.

155. El legislador no puede generar incentivos a la ocupación ilegal de viviendas excluyendo de tutela a determinados colectivos y haciendo uso de la lentitud en la Administración de Justicia como medio para demorar el desalojo de los ocupantes. Lamentablemente esto es lo que hace nuestra legislación vigente y sobre todo la recientemente aprobada Ley 12/2023, de 24 de mayo por el derecho a la vivienda.

156. La mejor protección contra la ocupación ilegal es la celeridad del desalojo del ocupante, siendo la intervención de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado la vía más eficiente. Debe dotarse a la policía de instrumentos legales (no bastan instrucciones de la Fiscalía) adecuados para alcanzar el mismo nivel de eficacia que tiene en otros ordenamientos.

157. El enfoque de la solución del problema de la ocupación ilegal debe ser global, tocando todas las normas del sistema que favorecen esta lacra y que generan un mercado paralelo al margen de la ley. Los ciudadanos están huyendo de los remedios que le brinda nuestra regulación y está acudiendo a la vía de hecho, lo cual no es sino un fracaso del propio Estado de Derecho. Por ello creo que son necesarias modificaciones legales entre las que destaco las siguientes:

1. Para evitar que el ocupante ilegal burle la medida cautelar de desalojo falsificando contratos de arrendamiento, sería razonable modificar la libertad de forma del contrato de arrendamiento contemplada en el art. 37 de la Ley de Arrendamientos urbanos. No debe valer un simple documento privado, o incluso un acuerdo verbal si las partes no se *compelen* a la forma escrita. El contrato de arrendamiento debe convertirse en un contrato formal. Bastaría una “formalidad administrativa”: Contrato celebrado por escrito sellado y depositado en la Comunidad autónoma en la que esté situado el inmueble (Consejería de vivienda correspondiente). Podría así crearse un registro administrativo de contratos de arrendamiento de fincas urbanas en la Agencia de vivienda social que es la que actualmente está gestionando las fianzas arrendaticias en la Comunidad de Madrid o en el organismo equivalente de otras Comunidades Autónomas (vgr. la Agencia de Vivienda y Rehabilitación de Andalucía).
2. Debe prohibirse el empadronamiento del ocupante ilegal.
3. Deben adoptarse medidas que favorezcan la medida cautelar de desalojo tanto en el proceso civil como el penal. Ambos procedimientos deben poder iniciarse de forma simultánea.
 - Respecto del proceso civil, a medida cautelar de desalojo prevista en el juicio verbal para recuperar la posesión (art. 250.1.4º LEC) debe extenderse también a personas jurídicas. También debe poderse solicitar medida cautelar en el procedimiento recogido en los artículos 250.1.7 LEC y 41 de la Ley Hipotecaria para el caso en el que el poseedor legítimo sea titular registral.
 - En relación con el proceso penal por usurpación de bienes inmuebles, comparto las propuestas ya realizadas por V. Magro Servet¹²⁵
 - Una modificación de la LECRIM que adicione un nuevo art. 544 sexies que señalara lo siguiente “*En los casos en los que se investigue un delito del art. 245 del Código*

¹²⁵ V.MAGRO SERVET, “¿Delito de ocupación (art. 2452 CP) o allanamiento...? *op.cit.* p. 5.

el Juez o Tribunal, adoptará motivadamente la medida del lanzamiento en el plazo máximo de 72 horas desde la petición cautelar, en tanto en cuanto, una vez requeridos los ocupantes del inmueble, no exhiban el título posesorio por el que están ocupando el inmueble. Antes de efectuar el lanzamiento podrán dar cuenta a los servicios sociales municipales a los efectos de facilitar el realojamiento en el caso de que por las circunstancias del caso así se apreciare”.

- 2ª O bien que el delito de ocupación de inmuebles pase a ser un delito menos grave pudiéndose incoar diligencias previas con petición de medida cautelar por la vía del art. 13 LECRIM.
- 4. El delito de allanamiento de morada debe dejar de ser un juicio con jurado.
- 5. Exención al propietario de la obligación del pago de los impuestos que gravan la propiedad del inmueble cuando se acredite haber iniciado un procedimiento judicial para lograr el desalojo de un ocupante ilegal.
- 6. Los gastos de rehabilitación del inmueble que deba satisfacer el propietario como consecuencia del retraso en el desalojo del ocupante ilegal deben ser gasto deducible fiscalmente.
- 7. Facultar a las comunidades de propietarios y ayuntamientos para instar desalojos de ocupantes ilegales.
- 8. La ocupación de inmuebles debe considerarse delito flagrante permanente y permitirse el desalojo policial del ocupante. O bien, debe objetivarse el plazo (48-72 horas) en el que la policía puede desalojar al ocupante sin necesidad de autorización judicial, en la línea de lo acontecido en los ordenamientos de nuestro entorno.
- 9. El propietario debe poder cortar los suministros de la vivienda ocupada ilegalmente sin que ello tenga la consideración de delito de coacciones.

The exchange contract in the Portuguese legal system and comparative law

O contrato de permuta no ordenamento jurídico português e o direito comparado

SÉRGIO MANUEL DA COSTA MACHADO

Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Lusíada do Porto - Portugal

ORCID ID: 0000-0002-8305-1553

Recibido: 03.03.2023 / Aceptado: 15.05.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.8059

Abstract: Despite the exchange contract being one of the oldest contracts, it is not currently regulated in the Portuguese Civil Code, as it is understood that it belongs to a primitive state of the economy. The Portuguese legislator intended to make the purchase and sale contract the prototype of other onerous agreements according to article 939.º of the Civil Code. However, this will raise problems for us between the frontier of buying and selling and that of exchange, for which our law does not give us direct answers. We found that other legal systems, such as the Spanish, French, Italian, or Ibero-American codes, consecrate in their Civil Codes, in a brief way, the exchange contract.

Keywords: Contracts Law, contract of exchange, purchase and sale.

Resumo: Apesar do contrato de permuta ser um dos contratos mais antigos, não vem hoje regulado no Código Civil Português, por se ter entendido que pertence a um estado primitivo da economia. A intenção do legislador foi tornar o contrato de compra e venda como o protótipo de outros contratos onerosos, por força do artigo 939.º do Código Civil. Mas isto vai levantar-nos problemas no que concerne à fronteira da compra e venda e da permuta, para a qual a nossa lei não nos dá respostas diretas. Deparámo-nos que outros ordenamentos jurídicos, como o espanhol, o francês, o italiano, ou códigos ibero-americanos, que consagram nos seus Códigos Cívicos, de uma forma breve, o contrato de permuta.

Palavras-chave: Direito dos Contratos, contrato de permuta, compra e venda.

Sumario: I. Introduction; II. Relevance of the Exchange Agreement in contemporary society; III. Concept of Exchange; IV. Qualifying characteristics of the Exchange Agreement; V. Distinction between Exchange and Purchase and Sale; VI. Purchase and Sale Rules incompatible with the Exchange; VII . Conclusion.

I. Introduction

1. The exchange contract, despite being one of the oldest contracts, prior to the purchase and sale itself, is not currently regulated in the Portuguese Civil Code of 1966¹.

¹ This text was based on our study: *vide* S. M. COSTA MACHADO, *Do Contrato de Permuta*, Almedina, Coimbra, 2021.

2. It may appear at first glance that the exchange contract is an outdated contract or in disuse. However, practice shows us the opposite. In this way, we intend to demonstrate the relevance that this contract has in current times.

3. It also happens that, today, it may seem that the exchange contract is a useless contract. However, we found the opposite, as it provides enormous utility in human relationships.

4. Due to the non-regulation of its regime in the Portuguese Civil Code, we are faced with doubts, the solution of which obliges us to resort to an adaptation of the rules of purchase and sale.

5. The intention of the Portuguese legislator was to make the purchase and sale contract the prototype of other onerous contracts, pursuant to article 939.^o of the Civil Code². But this will raise problems for us with regard to the frontier of buying and selling and exchange, to which our law does not give us direct answers.

6. Thus, given the advantages that the exchange contract presents in social relations, we intend to highlight the differences of this contract in relation to the purchase and sale contract.

II. Relevance of the Exchange Agreement in contemporary society

7. The exchange contract, also known as barter³ or bargaining⁴, is the oldest human contract⁵, as it predates buying and selling⁶. This is because in primitive societies there was no organized economy, nor was there currency, so that a price could be set as a counterpart to exchange⁷. As ROGEL VIDE calls it, it is the “*Prince Contract*”, the first in the evolution of peoples⁸.

8. Primitive men’s need was great; one did not look at the equal or approximate value of the things that were in exchange, as is done today, with reference to money⁹. Due to the needs, right in the beginnings of humanity, to exchange became essential to fill the needs of everyday life. A good example given by CUNHA GONÇALVES¹⁰, of primitive economics, is the famous biblical passage of the exchange of Esau’s birthright for a tasty dish of lentils, which Jacob had just cooked¹¹.

9. Although this is the oldest contract, it is not currently subject to regulation in the Portuguese Civil Code. However, the exchange contract was regulated in the Portuguese Civil Code of 1867, in articles 1592.^o to 1594.^o.

² Article 939.^o of the Civil Code provides: “The purchase and sale rules are applicable to other onerous contracts whereby goods are sold or charges are imposed on them, insofar as they are consistent with their nature and are not in contradiction with the respective legal provisions”.

³ P. ROMANO MARTINEZ, *Direito das Obrigações (Parte Especial), Contratos, Compra e venda, Locação, Empreitada*, 3.^a reimpressão da 2.^a ed. de 2001, Almedina, Coimbra, 2007, p. 20.

⁴ M. I. CARVALHO DE MENDONÇA, *Contratos no Direito Civil Brasileiro*, T. II, 4.^a ed., Edição Revista Forense, Rio de Janeiro, 1957, p. 7.

⁵ L. D. CUNHA GONÇALVES, *Dos Contratos em Especial*, Ática, Lisboa, 1953, p. 293.

⁶ ERNESTO EULA, “Della Permuta”, *Commentario Codice Civile*, Direção de D’Amelio e Enrico Finzi, Vol. II, G. Barbèra, Firenze, 1947, p. 142 and next.

⁷ A. SANTOS JUSTO, “A Permuta no Direito Romano – Breve Referência a Alguns Direitos de Base Romanista”, in: *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2012, p. 541 and next.

⁸ C. ROGEL VIDE, “Sobre La Permuta y su Utilidad”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 3, 2010, p. 532.

⁹ In this regard, vide L. D. CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Vol. VIII, Coimbra Editora, Coimbra, 1934, p. 627.

¹⁰ *idem*, p. 627.

¹¹ Book of Genesis 25, 29-34, *Bíblia Sagrada*, 5.^a ed., Difusora Bíblica – Franciscanos Capuchinos, Lisboa/Fátima, 2012, p. 57.

10. In the elaboration of the project of the current Portuguese Civil Code, GALVÃO TELLES was in charge of the matter concerning contracts. In presenting the Civil Contracts project, he does not provide an argument for exclusion from the exchange contract; it only emphasizes that the purchase and sale, due to its importance and richness of aspects, should be applied to other onerous alienating contracts, provided that it is in accordance with their nature. Therefore, it was deemed unnecessary to regulate the exchange autonomously¹².

11. However, we do not know for sure the reason for the non-regulation of the exchange contract in the Portuguese Civil Code, despite some authors, such as PIRES DE LIMA and ANTUNES VARELA, claim that the exchange contract is no longer regulated because it is useless¹³. This explanation seems to us to be a little out of step with practice, as the exchange contract, even today, provides us with enormous utility, as we will have the opportunity to demonstrate later.

12. MENEZES LEITÃO¹⁴ and FERREIRA DE ALMEIDA¹⁵ refer that the exchange contract was not subject to regulation because it was understood that it belongs to a primitive state of the economy, that is, it belongs to a rudimentary period.

13. We can then ask: is the exchange contract not used to justify its non-regulation? If so, we move from a system that privileged the exchange contract, the Portuguese Civil Code of 1867, to a system that considers the exchange contract useless, the Portuguese Civil Code of 1966. So, we ask: is it justified to move from the usefulness to the uselessness of the exchange contract?

14. It is certain that it was intended to make the purchase and sale contract a paradigm of onerous contracts of alienation¹⁶, thus applying its norms pursuant to article 939.º of the Civil Code, which has an expansive nature¹⁷. This, however, raises problems in the application of some rules of buying and selling in exchange contracts, as we will have the opportunity to verify later on.

15. However, it is not understandable that the exchange contract was judged as an outdated and useless contract, not even being instituted in the current Portuguese Civil Code, when the same Civil Code in its article 1378.º, refers to the exchange of land¹⁸. However, article 1378.º of the Civil Code is

¹² I. GALVÃO TELLES, “Contratos Civis (Projecto Completo de um Título do Futuro Código Civil Português e Respectiva Exposição e Motivos)”, *Boletim do Ministério da Justiça*, 83, 1959, p. 140.

¹³ PIRES DE LIMA and ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. II, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1997, p. 236.

¹⁴ L. M. T. D. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. III, 14.ª ed., Almedina, Coimbra, 2022, p. 169.

¹⁵ C. FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos II*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2021, p. 125.

¹⁶ In the words of J. M. POUGHON, *Histoire Doctrinale de L'Échange*, T. CXCIV, LGDJ, Paris, 1987, p. 262 and 263, exchange, due to the emancipation of buying and selling, “ends up representing a myth”, because “exchange has become a contract synonymous of equality, justice, purity, opposed to sale, subjugated by money, demand and accumulation of profit. Stripped of this search for individual advantages, exchange appears close to stripping. The image of a society founded on exchanges, from which every selfish vision seems absent, seems, in truth, a chimera. However, this is not true. Indeed, we are heading towards the rediscovery of “happiness in gratuity” and we seek a “relative return to donation””.

¹⁷ R. PINTO DUARTE, *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 141.

¹⁸ We consider it relevant to observe the judicial decision of Supremo Tribunal de Justiça de 24-03-2015, Processo 296/11.2TBAMR.G1.S1, Relator Gabriel Catarino, noting that: “the Civil Code in force does not include, in the nomenclature of the nominated contracts, the exchange or barter contract, giving it, however, a stage in other venues, such as, for example, with regard to the exchange of land, within the scope of reparcelling of rural buildings – cfr. article 1378.º of the Civil Code – considering, however, that in other norms of the legal system there are specific mentions to this contractual figure – cfr. Article 480.º of the Commercial Code. / This is not the case in foreign norms, which include in the nomenclature referring to contracts, specific norms that define and regulate the figure of the exchange contract. As can be seen from reading the precepts indicated below, exchange essentially consists of a conceptual-structural perspective, an obligation to give one thing in order to receive another (thing) in exchange. / Without conceptual rigour, a definition of exchange can be defined as the contract whose object is the reciprocal transfer of ownership of things or rights between the parties, excluding, in the formed agreement, the intervention of sums monetary measures”, available at www.dgsi.pt. Note that before the judicial decision of Supremo Tribunal de Justiça de 08-05-1991, Processo n.º 80138, Relator Beça Pereira, *Boletim do Ministério da Justiça*, 407, 1991, p. 523 and next, noted the following: “I – In the purchase and sale contract, the price cannot be represented by anything other than money. II – In the Civil Code of 1966, exchange disappeared as a typical contract, with the exception made in articles 1378.º and 1379.º regarding the exchange of land. III – However, it is clear that

located in Book III (Law of Things), Title II (Property Law), Chapter III (Property of Real Estate), in Section VII (Fractionation and reparable of rustic buildings)¹⁹, in particular in the so-called “reparable” section, with the aim of avoiding fractionation, namely in areas where it could lead to the formation of small plots of land without the necessary size for agricultural or forestry activity²⁰.

16. Article 1723.º, paragraph a) of the Civil Code, regarding the marriage regime with regard to the community property regime, determines the following: “they retain the quality of their own assets: subrogated assets in place of assets belonging to one of the spouses through direct exchange”²¹, aiming to establish a balance of assets between the spouses²².

17. Article 1723.º, paragraph a) of the Civil Code, establishes the exchange contract, in which one of the spouses alienates an asset belonging to the other spouse, to receive from the other another asset, other than money²³.

18. Thus, article 1723.º of the Civil Code contemplates situations of real subrogation²⁴, whether direct or indirect²⁵, with a view to safeguarding the joint assets of the spouses and allowing a fair balance of assets²⁶, so that there is a connection between an exit and entry into the spouses’ patrimonial sphere²⁷, maintaining “*the composition of the patrimonial masses*”²⁸.

19. From the analysis of articles 1378.º and 1723.º, paragraph a) of the Civil Code, we find that the argument is not very convincing with regard to the fact that the exchange contract is considered obsolete and useless.

exchanges or swaps are still possible and are even frequent in legal commerce, bearing in mind the principle of contractual freedom, “within the limits of the law” (article 405.º of the Civil Code). IV – In the (atypical) exchange contract there is no price, one thing is given for another, and here lies the main difference in relation to buying and selling”.

¹⁹ vide PIRES DE LIMA and ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. III, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1987, p. 265; J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Reais*, 5.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 579; H. SOUSA ANTUNES, *Direitos Reais*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2017, p. 166 and next; D. M. LOPES DE FIGUEIREDO, *Titulação de Negócios Jurídicos Sobre Imóveis*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2018, p. 297 and next; A. AGOSTINHO GUEDES, *Comentário ao Código Civil – Direito das Coisas*, coordination of H. Sousa Antunes, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2021, p. 312 and next.

²⁰ R. PINTO DUARTE, *Curso de Direitos Reais*, 4.ª ed., Principia, Cascais, 2020, p. 120 and next.

²¹ In comment to this article, PIRES DE LIMA and ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. IV, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1992, p. 425, consider and claim that in direct subrogation “*the direct exchange of one’s own assets for other assets is applicable (bonds that, by legal provision, replaced the shares of the nationalized company, belonging to one of the spouses; assets that the spouse obtained, through exchange deal with others that exclusively belonged to it) and the replacement of its own assets by the price resulting from their disposal*”.

²² C. M. ARAÚJO DIAS, *Alteração do Estatuto Patrimonial dos Cônjuges e a Responsabilidade por Dívidas*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 152 and next; R. MARTINGO CRUZ, *União de Facto Versus Casamento – Questões Pessoais e Patrimoniais*, Gestlegal, Coimbra, 2019, p. 469 and next.

²³ R. TEIXEIRA PEDRO, *Código Civil Anotado*, Vol. II, 2.ª ed., coordination of Ana Prata, Almedina, Coimbra, 2019, p. 637.

²⁴ In the words of M. A. DOMINGUES ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 1997, p. 223 (note 1), real subrogation has the purpose of replacing something else in a given legal relationship, maintaining its causal connection, that is, an exchange for exchange. For further developments, vide I. GALVÃO TELLES, *Das Universalidades – Estudo de Direito Privado*, Grandes Oficinas Gráficas «Minerva» de Gaspar Pinto de Sousa & Irmão, Lisboa, 1940, p. 188 and next; M. M. D. SILVA ALMEIDA, “Sub-rogação por Pagamento”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 14, 15 and 16, 1954-1956, p. 210; I. GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, 7.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 280 and next; M. J. D. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12.ª ed., Almedina, Coimbra, 2014, p. 821 (note 3); F. PEREIRA COELHO and GUILHERME OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, Vol. I, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, p. 606 and next; G. OLIVEIRA, *Manual de Direito da Família*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2021, p. 255 and next; O. D. CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed., Gestlegal, Coimbra, 2021, p. 188 and next.

²⁵ J. DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, 7.ª ed., Gestlegal, Coimbra, 2020, p. 510.

²⁶ A. M. RAMOS PAIVA, *A Comunhão de Adquiridos – Das Insuficiências do Regime no Quadro da Regulação das Relações Patrimoniais Entre os Cônjuges*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 160 and next.

²⁷ C. M. ARAÚJO DIAS, *Do Regime da Responsabilidade por Dívidas dos Cônjuges – Problemas, Críticas e Sugestões*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 366.

²⁸ M. R. A. D. G. LOBO XAVIER, *Limites à Autonomia Privada na Disciplina das Relações Patrimoniais Entre os Cônjuges*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 392.

20. We can also, in accordance with the provisions of article 1547.º, n.º 1 of the Civil Code, consider that “the land easements may be constituted by contract, will, adverse possession or allocation by the head of the household”. Similarly, article 1440.º of the Civil Code determines that “usufruct may be constituted by contract, will, adverse possession or provision of law”. We deduce from these precepts that there may be constitution of property easements and usufruct through a contract, which may be an exchange contract²⁹.

21. In addition, the Portuguese Commercial Code enshrines, in article 480.³⁰, the commercial exchange³¹. In the same way, the Portuguese Public Contracts Code also provides, in article 17.º, n.º 4, for public contracts without value³². And, today, due to international commercial transactions, new financial instruments appear, such as the “swap” (literally, exchange or barter), a figure that is foreseen in article 2.º, n.º 1, paragraph e), of the Portuguese Securities Market Code³³.

22. It should also be noted that exchange contracts occur with regard to *know-how* licenses³⁴, as well as the exchange of digital content or services for personal data³⁵.

23. It is not, therefore, an erased contract in our society. If we look at the jurisprudence of the Portuguese higher courts, there are countless points that deal with issues related to the exchange contract³⁶.

²⁹ In this regard, *vide* A. SANTOS JUSTO, *Direitos Reais*, 7.ª ed., Quid Juris, Lisboa, 2020, p. 405 and 461 (notes 1903 e 2166).

³⁰ Article 480.º of the Portuguese Commercial Code regulates the following: “the barter or exchange will be mercantile in the same cases in which the purchase and sale is, and will be regulated by the same rules established for the latter, in all that are applicable the circumstances or conditions of that contract”.

³¹ About the trade exchange, *vide*, in the Portuguese legal system, L. D. CUNHA GONÇALVES, *Comentário ao Código Comercial Português*, vol. III, ed. José Bastos, Lisboa, 1918, p. 57; C. FERREIRA DE ALMEIDA, “Contratos de Troca para Transmissão de Direitos”, *in: Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 anos - Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 199 and next; J. A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos Contratos Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 378; P. PAIS DE VASCONCELOS and P. L. PAIS DE VASCONCELOS, *Direito Comercial*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2020, p. 343 and next; A. MENEZES CORDEIRO, *Direito Comercial*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2022, p. 870 and 871.

³² V. EIRÓ, “Os Contratos sem Valor no Código dos Contratos Públicos”, *in: Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2011, p. 267 and next; P. MATIAS PEREIRA and R. MESQUITA GUIMARÃES, “Os “Contratos sem Valor” No Código dos Contratos Públicos – Uma Abordagem Jurídico-Económica”, *Boletim de Ciências Económicas*, Vol. LVII, T. III, 2014, p. 2661 and next.

³³ J. A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Instrumentos Financeiros*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, p. 217 and next; M. MIRANDA BARBOSA and J. L. DIAS GONÇALVES, *Instrumentos Financeiros*, Gestlegal, Coimbra, 2020, p. 242 and next.

³⁴ M. G. D. O. FIGUEIREDO DIAS, *A Assistência Técnica nos Contratos de Know-How*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 40; F. FEZZA and V. IVONE, *Somministrazione e Permuta*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 33 and next; V. VERDICCHIO, *La Permuta*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 134.

³⁵ *vide* J. MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 8.ª ed., Almedina, Coimbra, 2022, p. 94 and next. However, the rules on the protection of personal data must be observed: in this sense, T. RENDAS, “O Segredo dos segredos de negócio: Breves reflexões acerca da justificação para a atribuição de proteção à luz da Diretiva (EU) 2016/943”, *in: Os Segredos no Direito*, coordination of C. Amado Gomes, A. F. Neves and P. Lombra, AAFDL, Lisboa, 2019, p. 273 and next; J. T. D. S. Y LÓPEZ DE LETONA, “El Derecho civil de los datos”, *Anuario de Derecho Civil*, 3, 2019, p. 825 and next; A. B. MENEZES CORDEIRO, *Direito da Proteção de Dados – À luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*, Almedina, Coimbra, 2020, p. 27 and next; M. I. DOMÍNGUEZ YAMASAKI, “El tratamiento de datos personales como prestación contractual. Gratuidad de contenidos y servicios digitales a elección del usuario”, *Revista de Derecho Privado*, 4, 2020, p. 93 and next; A. MOZO SEOANE, *Los Límites de la Tecnología – Marco ético y regulación jurídica*, Reus, Madrid, 2021, p. 117 and next; A. PLATERO ALCÓN, *El Derecho al Olvido en Internet – La Responsabilidad Civil de Los Motores de Búsqueda y Las Redes Sociales: Estudio Doctrinal y Jurisprudencial*, Dykinson, Madrid, 2021, p. 37 and next.

³⁶ As an example of judgments of the Portuguese superior courts that show that they are constantly confronted with issues related to the exchange contract: judicial decision of do Supremo Tribunal de Justiça de 05-07-2007, Processo n.º 07B2009, Relator Santos Bernardino: in this Judgment, the breach of an exchange contract was raised, in which the parties had agreed to exchange a piece of land for some fractions to be built. It should be noted that most decisions concern the exchange of land for fractions to be built, for example, judicial decision of Tribunal da Relação do Porto de 10-10-2019, Processo n.º 2819/05.7TB AVR-B.P1, Relator Freitas Vieira; judicial decision of Tribunal da Relação de Coimbra de 03-12-2019, Processo n.º 801/14.2TBPBL-F.C1, Relator Emídio Santos; admitting the exchange promissory contract we find the judicial decision of Tribunal da Relação do Porto de 25-01-2021, Processo n.º 7391/17.2T8VNG.P1, Relator Mendes Coelho, all available at www.dgsi.pt. On the other hand, in the doctrine, F. D. GRAVATO MORAIS, *Manual do Contrato-Promessa*, Editora D’Ideias, Coimbra, 2022, p. 20 realizes that, in practice, promissory exchange contracts are concluded.

24. Moreover, to exchange is also common in international trade, which is reborn in so-called “compensation – *countertrade*” operations³⁷. For example: an oil-producing country sells part of its production, and in return receives other goods³⁸.

25. Thus, compensation operations cover figures such as “*barter*” – which consists of a simple direct exchange of goods or services, without currency intervention – in addition to other contractual forms that are linked to the purchase and sale or the provision of services, approaching the exchange contract, such as: *compensation, counter purchase, buy-back, offset operations, tolling*³⁹.

26. It turns out that, at present, currency plays a key role in personal relationships, making it a general instrument of exchange⁴⁰, starting to represent the “*value gauge of goods*”⁴¹. In this way, with the implementation of money⁴² and the evolution of commerce, currency came to favor commercial transactions, constituting an important instrument for the acquisition of goods, in addition to making it possible to compare the relative value of goods and build up savings⁴³.

27. In this way, the exchange contract lost its importance in favor of purchase and sale, being seen, in contemporary legal systems, as a contract derived from purchase and sale⁴⁴.

28. Historically, and given Roman law, exchange was a controversial contract, whose classification was discussed⁴⁵, due to the affinities between exchange and purchase and sale⁴⁶, with a dispute between Sabinians and Proculians⁴⁷. According to the Sabinians, exchange was just a form of buying

³⁷ P. H. ANTONMATTEI and J. RAYNARD, *Contrats Spéciaux*, 3.^a ed., Litec, Paris, 2002, p. 225; J. M. JACQUET and P. DELEBECQUE, *Droit du Commerce International*, 3.^a ed., Dalloz, Paris, 2002, p. 274; A. G. R. COSTA NEVES, *Dos Contratos de Contrapartidas no Comércio Internacional (Countertrade)*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 19 and next; G. BAUSILIO, *Contratti Atipici*, 2.^a ed., Cedam, Milano, 2006, p. 57 and next.

³⁸ J. HUET, *Les Principaux Contrats Spéciaux*, 2.^a ed., LGDJ, Paris, 2001, p. 664.

³⁹ J. A. VEGA VEGA, *El Contrato de Permuta Comercial (Barter)*, Reus, Madrid, 2011, p. 36 and next.

⁴⁰ J. ENGRÁCIA ANTUNES, *A Moeda – Estudo Jurídico e Económico*, Almedina, Coimbra, 2021, p. 29 and next.

⁴¹ A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, T. VI, 3.^a ed., Almedina, Coimbra, 2019, p. 712.

⁴² Money is understood to be everything that, at a given time or place, is accepted as a form of payment: *vide* C. LARANJEIRO, *Lições de Integração Monetária Europeia*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 10 (note 1). This author gives as an example the periods of war or certain closed environments, such as prisons, where certain goods can be used as a means of payment. And, J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, Vol. II, 7.^a ed., Almedina, Coimbra, 2021, p. 261. On the legal nature of money, *vide* J. M. VIEIRA GOMES, *O Conceito de Enriquecimento, O Enriquecimento Forçado e os Vários Paradigmas do Enriquecimento sem Causa*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1998, p. 615 and next.

⁴³ J. RENATO GONÇALVES, “A Desmaterialização da Moeda – (Nota sobre o Passado e o Futuro do Dinheiro)”, *in: Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 734 and next.

⁴⁴ J. L. MERINO HERNANDEZ, *El Contrato de Permuta*, Tecnos, Madrid, 1978, p. 37.

⁴⁵ M. KASER, *Direito Romano*, Portuguese translation of Samuel Rodrigues and Ferdinand Hämmerle, 2.^a ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2011, p. 241 and 264.

⁴⁶ ÁLVARO D’ORS, *Derecho Privado Romano*, 10.^a ed., Eunsa, Pamplona, 2008, p. 590, note 4, defends, starting from the text of the Digesto 19.4, that the exchange contract (*permutatio*) is the exchange of one thing for another, without the intervention of money. Thus, for the Sabines, exchange was a form of buying and selling, since, as there was no intervention of money, it was not possible to distinguish who was the buyer and the seller. And he adds that, as it consists of a *datio*, in case of eviction of the delivered thing, there was not exactly a contract (Digesto 19.4,1,3), the consideration could be recovered by the *condictio* (Digesto 19.4,1,4), as an undue donation, or claiming non-compliance through a contractual action.

⁴⁷ B. BIONDI, *Contrato e Stipulato*, Giuffrè, Milano, 1953, p. 85 and next; C. A. MASCHI, *Il Diritto Romano – La Prospettiva Storica Della Giurisprudencia Classica*, Vol. I, 2.^a ed., Giuffrè, Milano, 1966, p. 572 and next; G. BAVIERA, *Le Due Scuola Dei Giureconsulti Romani*, “L’Erma” di Bretschneider, Roma, 1970, p. 86 and next; L. LANTELLA, *Il Lavoro Sistemático Nel Discorso Giuridico Romano (Reportorio di Strumenti per una Lettura Ideologica)*, Giappichelli, Torino, 1975, p. 137 and next; P. D. L. ROSA DIAZ, *La Permuta (Desde Roma al Derecho Español Actual)*, Montecorvo, Madrid, 1976, p. 37 and next; G. LUIGI FALCHI, *Le Controversie Tra Sabiniani e Proculiani*, Giuffrè, Milano, 1981, p. 88 and next; C. CASCIONE, *Consensus – Problemi di Origine, Tutela Processuale, Prospettive Sistematiche*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2003, p. 378 and next; M. KASER, *Römisches Privatrecht*, 19 Auflage, fortgeführt von Rolf Knütel, Beck, München, 2008, p. 225 and next; E. SCIANDRELLO, *Studi Sul Contratto Estimatorio e Sulla Permuta Nel Diritto Romano*, Università Degli Studi Di Trento, Trento, 2011, p. 207 and next. On the two schools, that of the Proculians and that of the Sabinians, as to their foundation and their characteristics *vide* V.

and selling; for the Proculeians, whose opinion prevailed, it was essential to underline the differences that opposed exchange to buying and selling⁴⁸.

29. As mentioned by LETE DEL RÍO and LETE ACHIRICA, the importance of the exchange contract arises in times of scarcity of goods and currency devaluation⁴⁹, as is the case, for example, in the period after the Second World War, when this institute awakened a great interest, especially with the exchange of land for fractions or buildings to be built⁵⁰.

30. FERREIRA DE ALMEIDA points out that some exchange practices have suffered the erosion of time, giving the example of maquia as retribution in goods for the service provided at the mill or in the wine press, for the transformation of cereal into flour or olives into oil. However, others resisted monetization, such as: the exchange of buildable land for a part of a building to be built on that land⁵¹.

31. The relevance of exchange, in today's society, is enormous, since this contract is not related or governed only by a rudimentary and primitive economy. As ROGEL VIDE points out, today there are several things that are exchanged, such as: stickers, stamps, comics, animals and their products, fruits, coins, tickets, cars, tractors, motorcycles, chairs, furniture, vinyl, films, music equipment, computers, computer programs, computer games, hard drives, raw materials and manufactured goods⁵².

32. Alongside this, a plurality of consumer relations emerges, in which the exchange contract does not go unnoticed, that is, it is a very important contract in contemporary human relations. Consumption needs combined with new technologies bring the exchange contract to the forefront.

33. With the digital transformation that has taken place in recent years, there has been a paradigm shift in consumer relations. A new variant of exchange contracts signed through digital platforms appears.

34. In this way, we can enter into exchange contracts of the most varied nature via the Internet, such as, for example, animals, sports material, clothing and books. Consequently, specialty sites begin to emerge, whose purpose is the exchange contract⁵³.

ARANGIO-RUIZ, *Storia Del Diritto Romano*, 2.^a ed., Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1940, p. 271 and next; R. VENTURA, *Manual de Direito Romano*, Vol. I, Coimbra Editora, Lisboa, 1964, p. 94 and next; S. CRUZ, *Direito Romano (IUS ROMANUM) – I. Introdução. Fontes*, 4.^a ed., author's edition, Coimbra, 1984, p. 387 and next; E. V. CRUZ PINTO, *Introdução ao Estudo do Direito Romano – As questões fundamentais*, AAFDL, Lisboa, 2021, p. 362 and next.

⁴⁸ J. M. POUGHON, *cit.*, p. 17 and next; A. SANTOS JUSTO, *Manual de Direito Privado Romano*, 3.^a ed., Petrony, Lisboa, 2021, p. 198 and next.

⁴⁹ J. M. LETE DEL RIO and J. LETE ACHIRICA, *Derecho de Obligaciones*, Vol. II, Aranzadi, Navarra, 2006, p. 271.

⁵⁰ A. LUMINOSO, *I Contratti Tipici e Atipici*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 191.

⁵¹ C. FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos...*, *cit.*, p. 125. The current exchange has generated some controversy, with two opposing theses, as noted by G. OBERTO, "Permuta", *Digesto delle Discipline Privatische*, Vol. XIII, UTET, Torino, 1995, p. 368: on the one hand, there is the doctrinal current, which is considered the traditional thesis, which says that today the use of exchange is occasional, with the function of exchange appearing as something largely foreign to the phenomenon of mass production and circulation in a modern economy. The opposite thesis argues that exchange spreads again due to the increase in the cost of money and its scarcity. The author adds that reality probably lies in the middle. The exchange contract does not correspond to an institute of primitive economies or serious crises, since today the exchange continues to produce its effects, and the author gives as an example the exchange of buildable area for a portion of the building to be built or the exchange between a used vehicle and a new one.

⁵² C. ROGEL VIDE, "Sobre...", *cit.*, p. 536.

⁵³ C. D. C. VALDÉS DÍAZ, "Intercambio sen la Red, ¿Contrato de Permuta?", *Contratación Electrónica y Protección de Los Consumidores – Una Visión Panorámica*, Coord. L. B. Pérez Gallardo, Reus, Madrid, 2017, p. 247 and next, the author presents us with a wide range of sites in Spain where a variety of things can be exchanged. As an example, the websites are: <http://www.trueques.com>; <http://www.cambia.es>; <http://www.depersonaapersona.es...>

III. Exchange Concept

35. The Portuguese Civil Code does not regulate the exchange contract, unlike other European Codes close to our legal system. Thus, the exchange contract appears as a typical contract, for example, in the Civil Codes: Spanish, in articles 1538.º to 1541.º; French, articles 1702.º to 1707.º; and Italian, articles 1552.º to 1555.º.

36. It also appears in the *Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch* (ABGB), in §§ 1045 to 1052⁵⁴. Thus, German law merely mentions in § 480 *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) that the provisions on sale apply with the necessary adaptations to exchange⁵⁵.

37. In the Ibero-American Civil Codes⁵⁶, we can find the exchange contract in the following Civil Codes: Uruguay, articles 1769.º to 1775.º; Peru, articles 1602.º and 1603.º; Bolivia, articles 651.º to 654.º; Venezuela, articles 1558.º to 1564.º; Cuba, articles 367.º to 370.º; Paraguay, articles 799.º to 802.º; Chile, articles 1897.º to 1900.º; Argentina, articles 1485.º to 1492.º and the eviction in the exchange articles 2128.º to 2131.º; Ecuador, articles 1864.º to 1867.º; Honduras, articles 1677.º to 1680.º; Nicaragua, articles 2748.º to 2756.º; Paraguay, articles 799.º to 802.º; Dominican Republic, articles 1702.º to 1707.º; Republic of Salvador, articles 1687.º to 1690.º; Costa Rica, article 1100.º only; and Brazil only refers to the exchange contract in article 533.⁵⁷

38. The Portuguese Civil Code of 1867 established, in articles 1592.º to 1594.º, the barter or exchange contract. In article 1592.º, a notion of barter or exchange was put forward that disposed like this: “barter or exchange is the contract, whereby one thing is given for another, or one type of currency for another type of it”; the only § added: “If money is given for something else, it will be sold or bartered, in accordance with the provisions of articles 1544.º and 1545.º”⁵⁸.

39. This notion aroused criticism by the doctrine, leading CUNHA GONÇALVES to state that “*it is a wrong definition, because exchange does not consist in giving one thing for another, which can be a mistake or misunderstanding. Thus, the fact that a person sells a table and delivers a bench is called an exchange. The most exact definition is this: it is the contract by which a person exchanges his own property for another, presumably of equal value, belonging to the other party*”⁵⁹.

40. The French Civil Code defines exchange, in Article 1702.º, as “a contract by which the parties give each other one thing for another thing”. Influenced by the French Civil Code⁶⁰, the Spanish Civil Code moves forward with a very similar notion, in its article 1538.º, saying that “exchange is the contract by which each of the parties undertakes to give one thing in order to receive another”.

41. The Italian Civil Code, on the other hand, distances itself and defines exchange in Article 1552.º as follows: “an exchange is a contract whose object is the reciprocal transfer of ownership of things or other rights, from one party to another”.

⁵⁴ P. APATHY, *Kurzkommentar zum ABGB*, 3 Auflage, Springer Wien New York, Lahnau, 2010, p. 1162 and next.

⁵⁵ H. PETER WESTERMANN, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 4 Auflage, Beck, München, 2004, p. 541 and next.

⁵⁶ M. BEATRIZ ALVAREZ, “Digesto, Libro 18, Título 1, 1 Pr. y Su Recepción En Los Códigos Modernos”, in: *O Sistema Contratual Romano: De Roma ao Direito Actual*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 865 and next.

⁵⁷ S. D. SALVO VENOSA, *Direito Civil – Contratos em Espécie*, 8.ª ed., Atlas, São Paulo, 2008, p. 85 and next.

⁵⁸ In commentary on the Portuguese Civil Code of 1867, J. DIAS FERREIRA, *Código Civil Português Annotado*, Vol. IV, Imprensa Nacional, Lisboa, 1875, p. 5, points out that the essence of the exchange contract is to give one thing for another, other than money.

⁵⁹ L. D. CUNHA GONÇALVES, *Dos Contratos...*, cit., p. 293 and next.

⁶⁰ G. OBERTO, cit., p. 368.

42. In the doctrine, we find several authors defining exchange, such as LUDWIG ENNECCERUS and HEINRICH LEHMANN: “*in exchange, a thing or a right is promised in exchange for consideration, but this does not consist of money, but of something else or a right*”⁶¹. On the other hand, MANUEL ALBALADEJO states that “*an exchange is a contract whereby each of the contracting parties undertakes to transmit to the other one thing (or right) in exchange for another (or) that the latter undertakes to transmit to him*”⁶². And MENEZES LEITÃO tells us: “a contract whose object is the reciprocal transfer of ownership of things or other rights between the parties”⁶³.

IV. Qualifying Characteristics of the Exchange Agreement

43. The legislator preferred that the Portuguese Civil Code not regulate the exchange contract. In view of the non-existence of such regulations, he preferred to apply the rules of purchase and sale to the exchange contract, as provided for in article 939.º of the Civil Code, which orders it to be applied to all onerous contracts.

44. However, the Commercial Code provides in its article 480.º, the barter or exchange contract. Thus, we will qualify it as a nominated⁶⁴ and atypical⁶⁵ contract, as its regime is not regulated and refers to the rules of purchase and sale.

45. But the legal atypicality of the exchange contract may lead us to question its social typicality⁶⁶, the result of the current practice of its use and which results from the exercise of private autonomy⁶⁷. Now, the exchange contract has, at present, a reiterated social practice. In this way, we are facing a socially typical contract⁶⁸.

46. It is a consensual contract, reaching perfection with the will of the parties, taking place with their mere consent. There is no need to hand over the thing here, as the tradition of the thing is not required for the contract to be fully constituted: on the contrary, both parties are obliged to deliver the exchanged things (article 879.º, paragraph b) of the Civil Code)⁶⁹.

47. It is also a signal contract⁷⁰, as obligations arise for both parties, with a reciprocity of obligations which implies a desirable simultaneous fulfillment⁷¹. Therefore, the contractual bond gives rise to

⁶¹ L. ENNECCERUS and H. LEHMANN, *Derecho de Obligaciones*, spanish translation of Blas Perez Gonzalez and Jose Alguer, Vol. II, 15.ª ed., Boch, Barcelona, 1966, p. 188.

⁶² MANUEL ALBALADEJO, *Derecho de Obligaciones*, Vol. II, 10.ª ed., Bosch, Barcelona, 1997, p. 95.

⁶³ L. M. T. D. MENEZES LEITÃO, *Direito...*, cit., Vol. III, p. 169.

⁶⁴ In the opposite direction goes the judicial decision of Supremo Tribunal de Justiça de 09-10-2007, Processo n.º 07A2761, Relator Fonseca Ramos, where we can read in its summary: “an exchange contract, also called exchange or barter, is today an atypical, unnamed contract”, available at www.dgsi.pt. Also the Opinion n.º 4/2002 da Procuradoria Geral da República, published in Diário da República, on 26-09-2002, II Série, n.º 223, p. 16316, understands that the exchange is an unnamed contract.

⁶⁵ In this regard, L. M. T. D. MENEZES LEITÃO, *Direito...*, cit., Vol. III, p. 170.

⁶⁶ L. M. T. D. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 16.ª ed., Almedina, Coimbra, 2022, p. 204. For M. HELENA BRITO, *O Contrato de Concessão Comercial*, Almedina, Coimbra, 1990, p. 169, “as a consequence of the admissibility of social typicality, atypical contracts can only be spoken of in relation to absolutely new contracts, which do not correspond to either the legal types or any of the social types accepted in a given legal order”.

⁶⁷ A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. VII, Almedina, Coimbra, 2014, p. 191; M. MONTERROSO ROSAS, “Autonomia privada e negócios para assistência na diminuição da capacidade: um caso concreto – Acórdão do Tribunal da Relação do Porto (2.ª Secção) de 9.10.2018, Proc. 1644/16.4T8PVZ.P1”, *Cadernos de Direito Privado*, 66, 2019, p. 44 and next.

⁶⁸ As said by M. HELENA BRITO, cit., p. 219, the socially typical contracts “are governed by the clauses stipulated by the parties, provided they are lawful, and by the discipline proper to the social type, that is, by those norms or criteria already based on negotiating practice, jurisprudence and doctrine to regulate the contractual type in cause”.

⁶⁹ vide T. AZEVEDO RAMALHO, *Contratos*, Gestlegal, Coimbra, 2021, p. 312 and next.

⁷⁰ G. GORLA, *La Compravendita e La Permuta*, UTET, Torino, 1937, p. 346.

⁷¹ J. C. BRANDÃO PROENÇA, *Lições de Cumprimento e Não Cumprimento das Obrigações*, 3.ª ed., Universidade Católica

the genetic signal, which translates the projection of reciprocity⁷², as a functional signal, which operates throughout the life of the contract⁷³.

48. In this order of ideas, MENEZES LEITÃO⁷⁴ understands that institutes that presuppose the contractual sign are applicable to exchange, such as the exception of non-compliance (article 428.º and following of the Civil Code)⁷⁵, the expiry of the contract due to the impossibility of one of the installments (article 795.º, n.º 1 of the Civil Code) and the resolution for non-compliance (article 801.º, n.º 2 of the Civil Code)⁷⁶.

49. It is an onerous contract, because it implies a patrimonial sacrifice for both parties⁷⁷.

50. It is a commutative contract⁷⁸, in the sense that both patrimonial attributions are presented as certain. However, it can be random, as in the exchange of goods that exist or are of uncertain ownership (article 881.º of the Civil Code).

51. It is a translative contract, or doubly translative, since there is a double transfer of rights over the things exchanged⁷⁹. The parties undertake through the contract to transfer the ownership, or other real right, of the things that are the subject of exchange⁸⁰.

52. It is an obligatory contract, as it gives rise to the obligation of delivery for both parties (article 879.º, paragraph b) of the Civil Code); and real, since the ownership of the exchanged goods is transferred, by mere effect of the contract, the ownership of the goods exchanged (articles 879.º, a) and 408.º, n.º 1 of the Civil Code)⁸¹.

53. By virtue of article 219.º of the Civil Code, we understand that the exchange contract is primarily a non-formal contract, because, taking into account the characteristics that we have already mentioned, we are facing a consensual and atypical contract which, in principle, is free in any way. Therefore, the form of atypical contracts raises questions⁸².

Editora, Porto, 2019, p. 188; J. RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 2.ª ed., updated and revised by M. Pestana de Vasconcelos and R. Teixeira Pedro, Almedina, Coimbra, 2020, p. 245 and next.

⁷² A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, cit., Vol. VII, p. 198.

⁷³ *idem*, p. 198.

⁷⁴ L. M. T. D. MENEZES LEITÃO, *Direito...*, cit., Vol. III, p. 170 and next.

⁷⁵ As mentioned J. M. VIEIRA GOMES, “Da Exceção de Não Cumprimento Parcial e da Sua Invocação de Acordo com a Boa Fé”, *Cadernos de Direito Privado*, 25, 2009, p. 58 (note 10), ABGB predicts, in terms of exchange (§ 1052), “that the party demanding the performance of the other must demonstrate that it has performed its own.” Also J. JOÃO ABRANTES, *A Exceção de Não Cumprimento do Contrato*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2018, p. 26 and 151, mentions that the Napoleonic Code, not having formulated the non-execution exception in general terms, limits itself to reproducing the exception in some particular applications, such as exchange (article 1704.º of the French Civil Code). Also in the Spanish Civil Code the exception appears in the exchange (article 1539.º) vide B. RODRÍGUEZ-ROSADO, *Resolución y sinalagma contractual*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 83 and next.

⁷⁶ Also J. C. BRANDÃO PROENÇA, *A Resolução do Contrato do Direito Civil – Do Enquadramento e do Regime*, Coimbra Editora, Coimbra, 1996, p. 95, understands that article 801.º, n.º 2 of the Civil Code, is extended to the exchange contract.

⁷⁷ C. LASARTE, *Contratos III*, 12.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 206.

⁷⁸ C. ROGEL VIDE, *Derecho de Obligaciones y Contratos*, Reus, Madrid, 2007, p. 198.

⁷⁹ F. COLLART DUTILLEUL and PHILIPPE DELEBECQUE, *Contrats Civils et Commerciaux*, 8.ª ed., Dalloz, Paris, 2007, p. 460.

⁸⁰ For A. CARDOSO GUEDES, *O Exercício do Direito de Preferência*, Publicações da Universidade Católica, Porto, 2006, p. 368 and 386 and next, in the case of preferential legal rights, exchange is excluded from the preference. But it admits, in general theory, that the preference can be exercised in case of exchange. Thus, it understands that in the light of articles 418.º and 423.º of the Civil Code, preference can be agreed in relation to businesses where the promised consideration consists of a benefit in kind, provided that it is possible to maintain the provision of the same type and quality than the taxable person expected to receive.

⁸¹ L. M. T. D. MENEZES LEITÃO, *Direito...*, cit., Vol. III, p. 170. Como sustenta N. AURELIANO, *O Risco nos Contratos de Alienação – Contributo para o Estudo do Direito Privado Português*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 385, “the rules for transferring ownership of the thing(s) and the risk will necessarily coincide with the provisions of arts. 408.º, 409.º, 796.º and 797.º, identifying the patrimonial sacrifice of the consideration with the delivery of the thing due in exchange”.

⁸² For P. PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009, p. 461 “the principle of freedom of form governs both typical and atypical contracts and there are no specific formal requirements in the law for atypical contracts”.

54. The distinction between consensual business and formal or solemn business, in the teaching of MANUEL DE ANDRADE, “*has as a criterion that the validity of the business is independent of any form, or on the contrary that it is subordinated to some requirement*”⁸³.

55. Thus, when the exchange of real estate is at stake, article 875.º of the Civil Code must be applied⁸⁴.

V. Distinction of the Purchase and Sale Exchange

56. The exchange contract, despite having some similarities with the purchase and sale, departs from and differs from it due to its essence and nature⁸⁵. exchange is not a kind of purchase and sale, but a contract *in se* and *per se*, since buying and selling and exchange are autonomous and reciprocally independent species of a superior, broader concept, which comprises the two contracts, which is the exchange⁸⁶.

57. However, the exchange is underlying the exchange contract and the contract of purchase and sale. As FERREIRA DE ALMEIDA teaches us, exchange, as a class of economic and social function common to a very wide range of contracts, is characterized by the intersection of two factors: the bilaterality of costs and benefits, which corresponds to sacrifices and advantages for both parts. It turns out that contracts with an exchange function can be distinguished into two asymmetrical groups: some due to the existence of a price, others due to direct exchange in which there is no price⁸⁷.

58. However, the Portuguese legislator opted to make the purchase and sale contract the archetype of other onerous contracts, whose regime extends to exchange. But, when we apply the rules of purchase and sale to the exchange contract, we encounter obstacles, many of which are difficult to adapt.

59. From the notion that we took from article 874.º of the Civil Code, “purchase and sale is the contract by which ownership of a thing, or other right, is transferred through a price”. As such, with this notion, we are faced with the existence of two essential elements in the purchase and sale: on the one hand, the transfer of the property right or another right; on the other hand, the payment of the price⁸⁸.

⁸³ M. A. DOMINGUES DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2003, p. 47.

⁸⁴ This idea is confirmed by: L. M. T. D. MENEZES LEITÃO, *Direito...*, *cit.*, Vol. III, p. 170; A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, T. XIII, Almedina, Coimbra, 2022, p. 477; H. EWALD HÖRSTER and E. S. MOREIRA DA SILVA, *A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, p. 484; N. M. PINTO OLIVEIRA, *Contrato de Compra e Venda: Noções Fundamentais*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 29 and next. P. PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos...*, *cit.*, p. 462, stresses that “*all atypical contracts with real effectiveness that have immovable property as their object must be concluded by public deed*”. And he adds: “*this is the first and most important restriction to the regime of freedom of form for atypical contracts*”.

⁸⁵ L. D. CUNHA GONÇALVES, *Tratado...*, Vol. VIII, p. 329, highlights the distinction between buying and selling and exchange in terms of nomenclature. Thus, the author traces the differences between the two contracts to trace their nature and legal regime. As such, “*in buying and selling, the parties have unmistakable names and obligations, they are called buyer and seller; the former gives a sum of money designated as a price, and the latter gives a thing. In exchange, both parties are called interchangeable and each gives one thing; and, even when there is an additional amount in cash, this is not designated as price. In buying and selling, the value of the thing depends on its estimation in the market; in exchange, the value depends on the particular utility that the things have for each of the exchangers, sometimes without any attention to their pecuniary equivalence, that is, a thing of little value for one of the exchangers or for any other person can have great value. value for the other permutant. Such was the Biblical exchange made between Jacob and Esau*”.

⁸⁶ F. MELON INFANTE, “El Contrato de Permuta en El Código Civil”, *Revista de Derecho Privado*, T. XLV, 1961, p. 709.

⁸⁷ C. FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos*, *cit.*, p. 121 and next.

⁸⁸ PIRES DE LIMA and ANTUNES VARELA, *Código...*, *cit.*, Vol. II, p. 160; P. D. ALBUQUERQUE, *Direito das Obrigações, Contratos em Especial*, Vol. I, T. I, Almedina, Coimbra, 2008, p. 72 and 73; N. M. PINTO OLIVEIRA, *Contrato de Compra e Venda – Introdução – Formação do Contrato*, Vol. I, Gestlegal, Coimbra, 2021, p. 26 and next. R. VENTURA, *Contrato de Compra e Venda no Código Civil – O Preço – Venda a Retiro*”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 40, 1980, p. 606 and 607, states that price is an essential element of buying and selling. Thus, “*if the parties stipulate for one of them..., an obligation whose object is a dare of something other than money or a facere, there may be another contract, typical or atypical, but there will be no*

60. Thus, as in the sale, the exchange is also a contract in which the transfer of property takes place, in this case a double transfer, since there are two things reciprocally transferred⁸⁹. But an essential element of exchange, which clearly distinguishes it from buying and selling, is the non-existence of a price in money⁹⁰, because what is at the base and essence of the exchange contract is an exchange *in natura*⁹¹, that is, a direct exchange of things or rights without the intervention of money⁹².

61. Nowadays, it is very common to exchange land for a fraction or building that will be built⁹³ and the sale of motor vehicles with the repossession of the old used car⁹⁴. In these two examples of exchange, the existence of a cash supplement can be called into question, to make the equivalence of the goods in exchange.

purchase and sale". Now, as mentioned M. BAPTISTA LOPES, *Do Contrato de Compra e Venda no Direito Civil, Comercial e Fiscal*, Almedina, Coimbra, 1971, p. 112, what characterizes the purchase and sale contract is the price.

⁸⁹ P. MALAURIE, LAURENT AYNÈS and P. Y. GAUTIER, *Les Contrats Spéciaux*, 9.^a ed., Defrénois, Paris, 2017, p. 492; A. BUGAMELLI and M. GIAMPIERI, *Il Contratto di Riparto e la Permuta*, Key, Vicalvi, 2018, p. 74 and next.

⁹⁰ Portuguese superior courts have also highlighted the differences between exchange and purchase and sale. Thus, judicial decision of Tribunal da Relação de Lisboa de 18-05-2006, Processo n.º 3015/2006-6, Relator Ana Luísa Geraldes, where it can be read in the respective summary: "the legal institutes of purchase and sale and that of exchange are essentially different in terms of their nature, with the essence of the purchase being payment in cash for the thing sold, while the essence of the exchange, is, to give something other than money for something else". Judicial decision of Supremo Tribunal de Justiça de 25-03-2010, Processo n.º 2688/07.2TBVCT.G1.S1, Relator Oliveira Vasconcelos, from whose summary we extract: "The characteristic element of a barter or exchange contract is the absence of any monetary object that in the contract would perform the function of means of payment, that is, the absence of any object that can be qualified as price", both available at www.dgsi.pt.

⁹¹ C. GIANNATTASIO, *La Permuta, Il Contratto Estimatorio, La Somministrazione, Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, of the work of Antonio Cicu and Francesco Messineo, Vol. XXIV, T. I, Giuffrè, Milano, 1960, p. 23; C. MASSIMO BIANCA, *La Vendita e La Permuta, Trattato di Diritto Civile Italiano*, of the work of Filippo Vassalli, Vol. VII, T. I, 2.^a ed., UTET, Torino, 1993, p. 1136 and next.

⁹² F. MELON INFANTE, *cit.*, p. 707.

⁹³ In practice, the contract for the exchange of land for an autonomous fraction is very common, in which the owner of a land negotiates the property against the delivery of a certain number of fractions to be built, and which our jurisprudence, mostly, has qualified as contract for the exchange of future goods. Therefore, judicial decision of Supremo Tribunal de Justiça de 19-03-2002, Processo n.º 512/02, Relator Azevedo Ramos, *Colectânea de Jurisprudência*, I, 2002, p. 139 and next; judicial decision of Tribunal da Relação do Porto de 07-09-2009, Processo n.º 2813/08.6TBPRD-A.P1, Relator Maria Adelaide Domingues; judicial decision of Tribunal da Relação de Guimarães de 17-11-2009, Processo n.º 484/05.0TBVV.G, Relator Isabel Fonseca; judicial decision of Tribunal da Relação do Porto de 09-02-2010, processo n.º 4575/08.8TBMAI-A.P, Relator Guerra Banha; all available at www.dgsi.pt. Against this understanding judicial decision of Tribunal da Relação do Porto de 23-02-1989, Processo n.º 23592, Relator Fernandes Magalhães, *Colectânea de Jurisprudência*, I, 1989, p. 198 and next, which maintains that the deal by which the purchaser of land undertakes, without the transferor receiving the price, to assign him the ground floor of the building to be built, constitutes a unilateral promise contract for the sale of a future asset. We do not intend to expand too much on this issue, as several questions can be asked here. We just point out that this is not a peaceful issue, because there are very different opinions as to the qualification of the contract, when in question is the exchange of land for a fraction to be built. Thus, there are those who understand that we are dealing with an exchange contract (an exchange of a present thing for a future thing), an exchange of land with subordinated works, a work contract, a mixed contract (exchange and work), an atypical contract and a memorandum of association, these being the majority ways of qualifying this contractual operation. But also, in a minority line of thought, there are those who qualify it as a community to build, a contract of accounts in participation and a surface right. About the various qualifications, *vide* L. RICCA, *Contratto e Rapporto Nella Permuta Atipica*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 310 and next; A. LÓPEZ FRÍAS, *La Transmisión De La Propiedad En La Permuta De Solar Por Pisos*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 14 and next; M. E. LERDO DE TEJADA, *La permuta de suelo por edificación futura – Entrega y transmisión de la propiedad en el sistema del Código Civil*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2011, p. 25 and next; G. GUZZARDI, *La Permuta Atipica – Trattati ricostruttivi e regole operazionali*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2019, p. 46 and next. Here, too, the question arises of the moment of transmission of ownership, which, for example, the Italian doctrine has understood that, as in the purchase and sale (Article 1472.º of the Italian Civil Code), the right is only transferred when the thing arises or comes to be in the ownership of the grantee, *vide* P. PERLINGIERI, *I Negozi Su Beni Futuri, I – La Compravendita Di «Cosa Futura»*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1962, p. 216; G. COTTINO, *Del Riparto Della Permuta – Commentario Del Codice Civile - Art. 1548-1555*, of the work of Antonio Scialoja and Giuseppe Branca, IV, Nicola Zanichelli Editore - Soc. Ed. Del Foro Italiano, Bologna / Roma, 1970, p. 100; C. MASSIMO BIANCA, *La Vendita...*, *cit.*, p. 1142 (note 3).

⁹⁴ L. COSTA RODAL, *Tratado de Contratos*, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (direction), Nieves Moralejo Imbernón, S. Quicios Molina (coordination), T. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 2221.

62. These two examples undoubtedly demonstrate the vitality of exchange in our society. But, on the other hand, exchange raises questions and problems, due to the cash supplement that the parties put into the deal to bridge differences in the values of the goods in exchange.

63. As we saw above, the distinguishing feature of exchange is the absence of a cash price. Now, this leads us to question the boundary between exchange and buying and selling.

64. The Portuguese legislator, by not regulating the exchange contract, judging it to be an archaic and out-of-use contract, raised questions before us. For, in the two examples we have considered, the law is silent regarding the role that the cash price will play.

65. In this way, a question arises: in the examples mentioned are we dealing with a purchase and sale contract, an exchange contract or a mixed contract? This issue, obviously, is of immense practical interest, insofar as it is a problem that makes perfect sense to ask, in order to know which legal figure appears to us and to have greater legal certainty.

66. In addition, the parties, when entering into a contract, freely determine the content and effects of the legal transaction they enter into, since, with such an act, the principle of private autonomy of the parties is manifested, thus providing a space for freedom⁹⁵. This is certainly relevant, since the principle of private autonomy is one of the basic and ordering principles of the civil law, the principle of contractual freedom being an objectivation of private autonomy as a principle of source⁹⁶.

67. The principle of private autonomy is a structuring principle of the contract law, as a result of which the contractual freedom provided for in article 405.º of the Civil Code emerges as its result, from which we derive the contractual programming: freedom of execution, with the parties being responsible for deciding on the realization of contracting or not contracting; the freedom of choice of the other party; and the freedom of stipulation, where the parties are free to fix the content of the contracts, to enter into contracts other than those provided for by law or to include, in those that are provided for, the clauses they see fit⁹⁷, provided that they use this freedom within the limits established by the law⁹⁸.

68. Private autonomy, in particular contractual freedom, is also subject to constitutional protection, being a fundamental guarantee that stems, for example, from the Constitution of the Portuguese Republic, from its articles 26.º, n.º 1, 46.º, 47.º, n.º 1, 56.º, n.º 4, 61.º, n.º 1 and 62.º⁹⁹.

69. Private autonomy can lead the contracting parties to freely set the content of the contractual clauses, as well as to enter into contracts other than those regulated by law. But this private autonomy, which has constitutional protection, must not allow the practice of acts that are offensive against the dignity of the human person; therefore, in the event of abusive situations, the intervention of the legislator is essential to protect the weaker parties against abusive situations¹⁰⁰.

⁹⁵ N. M. PINTO OLIVEIRA, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 147 and next; C. MASSIMO BIANCA, *Istituzioni di Diritto Privato*, with collaboration Mirzia Bianca, Giuffrè, Milano, 2014, p. 357 and next.

⁹⁶ J. D. M. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10.ª ed., Almedina, Coimbra, 2004, p. 230 and next.

⁹⁷ R. D. ALARCÃO, *Direito das Obrigações*, with collaboration of J. Sousa Ribeiro, J. Sinde Monteiro, Almeno de Sá e J. C. Proença, polychopied, Coimbra, 1983, p. 76 and next; M. J. D. ALMEIDA COSTA, *Direito...*, *cit.*, p. 228 and next.

⁹⁸ A. F. MORAIS ANTUNES, *A Causa do Negócio Jurídico no Direito Civil*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2016, p. 96 and next.

⁹⁹ *vide* P. MOTA PINTO, "Autonomia Privada e Discriminação – Algumas Notas", *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais – Estudos*, Gestlegal, Coimbra, 2018, p. 149 and next; J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, p. 255 and next; F. ALVES CORREIA, *Justiça Constitucional*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, p. 54 (note 70). For further developments *vide* A. PRATA, *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*, Almedina, Coimbra, 2016, p. 9 and next.

¹⁰⁰ J. MIRANDA, *Direitos Fundamentais*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2020, p. 335 and next.

70. Legal atypicality¹⁰¹ comes from article 405.º of the Civil Code. Consequently, the parties can enter into contracts other than those provided for by law, and they can also take advantage of traits or elements of one or some of these contracts, giving rise to mixed contracts.

71. Therefore, in the exchange contract, when a sum of money is involved as a means of consideration, the doubt arises as to the qualification of the contract. This is a question to which the Portuguese Civil Code does not provide an answer to.

72. In the Portuguese Civil Code of 1867, this problem was resolved in article 1545.º, which provided: “if the price of the thing consists partly of money and partly of something else, the contract will be for sale, when the cash portion is greater than the two; and it will be exchange or barter, when that part in cash is the one of lesser value”, adding the only § that “when the values of the two parts are equal, it will be presumed that the contract is a sale”¹⁰².

73. It should be noted that this issue of the border between purchase and sale and exchange, when it comes to the exchange of things against things and money¹⁰³, is the subject of discussion by Italian doctrine. There we find three different views, which are: the objectivist, the subjectivist and, finally, the one that defends that we are facing a mixed contract¹⁰⁴.

74. The objectivist view, shared by GASTONE COTTINO, argues that the contract will be one of exchange if the money has an adjustment function, that is, if it serves to bridge the difference in value between the things exchanged. That is: when the money is less than the value of the thing, there is an exchange contract; if the money exceeds the value of the thing, there is a purchase and sale¹⁰⁵.

75. The subjectivist view, defended by CARLO GINNATTASIO, on the other hand, argues that the will of the parties must be met. This considering that there will be purchase and sale or exchange, according to the interests that the parties have intended.

76. For this author, money plays an accessory role, as it makes no difference whether the increase in money is greater or less than the value of the thing. And he adds that the approximate equivalence of the values and the things exchanged meets the nature of the exchange contract, given that the parties can give the things a value of convenience, which, for their own personal interest, can determine a perfect equivalence of the installments¹⁰⁶.

77. Finally, the third vision, followed by MASSIMO BIANCA, considers that there is a mixed contract, where elements of exchange and purchase and sale are found. For this author, even though the pecuniary benefit assumes a marginal role in the economy of the contract, there are always elements of the purchase and sale and exchange contract¹⁰⁷.

78. In France, when there is a cash consideration in an exchange contract, we are dealing with a “*soulte*” contract¹⁰⁸. JÉRÔME HUET observes that, when there is a payback, the boundary between ex-

¹⁰¹ J. C. BRANDÃO PROENÇA, *Direito das Obrigações – Relatório Sobre o Programa, o Conteúdo e os Métodos de Ensino da Disciplina*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2007, p. 152.

¹⁰² Article 1592.º of the Civil Code of 1867, which gives us the notion of a exchange or barter contract, refers to articles 1544.º and 1545.º, in order to have a perception of the border between purchase and sale and the exchange.

¹⁰³ When there is a cash compensation, the Italian terminology is “*exchange with conguaglio*”, which we translate as equivalence.

¹⁰⁴ A. TENCATI, *Compravendita e Figure Collegate, Permuta, Somministrazione, Franchising, Contratto Estimatorio, Ripporto*, organization by Paolo Cendon, UTET, Torino, 2007, p. 10 and next.

¹⁰⁵ G. COTTINO, *cit.*, p. 95 and next.

¹⁰⁶ C. GIANNATTASIO, *cit.*, p. 23 and next.

¹⁰⁷ C. MASSIMO BIANCA, *La Vendita...*, *cit.*, p. 1141.

¹⁰⁸ It seems to us that the correct translation of “*soulte*” is turn. Thus, the contract takes the name of exchange with turns.

change and purchase and sale is very tenuous. Thus, if the payback is high, the contract tends to be reclassified as a purchase and sale¹⁰⁹.

79. The same orientation is followed by SOUSI-ROUBI¹¹⁰, DANIEL MAINGUY¹¹¹, PHILIPPE MALAURIE, LAURENT AYNÈS and PIERRE-YVES GAUTIER¹¹², who consider that if the payback is a more important sum than the thing that accompanies it, the payback makes it the its the main object. The monetary aspect is an essential element and, therefore, the exchange becomes a purchase and sale by application of the “*accessorium sequitur principale*” rule.

80. In Spain, article 1446.º of the Spanish Civil Code provides: “if the transfer price consists partly of money and partly of something else, the contract will qualify in accordance with the manifested intention of the contracting parties; failing that, the contract will be one of exchange, if the value of the thing exceeds that of money or equivalent; and will be for sale otherwise”¹¹³. PUIG BRUTAU, in view of this rule, stresses that the preference given to the manifested intention of the contracting parties will not allow the parties to change the nature of the contract, by adding an insignificant sum of money to the provision to disguise the purchase and sale of an exchange, or an object of little value for a real purchase and sale to pass through an exchange¹¹⁴.

81. JOHANNES WERTENBRUCH informs us, in view of the German legal system, that money can play a delimitation criterion between the purchase and sale contract and the exchange contract, considering that, in this operation, mixed benefits may arise for both parties. But the intention of the parties in the qualification of the contract is not enough: it is necessary to take into account whether the value of the thing is greater than the value of money in order to be faced with a purchase and sale contract.

82. A different situation, and one that causes greater difficulties, is the one found in cases where the value of the thing and the value of money are on a more or less balanced level. In these cases, jurisprudence tends to qualify the contract as a mixed contract, relying on the combination theory¹¹⁵.

83. OLIVER FEHRENBACHER emphasizes that, when money is involved in an exchange contract, the delimitation can be made based on the most dominant part of the contract, that is, the value of the good or the money can be considered and check which of the two is more relevant in the contract. This delimitation is based on the theory of absorption, which can be found in § 1055 of the ABGB, and, in case of doubt, this criterion is applied; however, and as an alternative, there is the possibility of considering the existence of a mixed contract, with elements of the exchange contract and the purchase and sale contract¹¹⁶.

84. In the words of DIETER MEDICUS and STEPHAN LORENZ, the exchange contract is not defined in the BGB, only § 480. The authors mention that there may be contracts with a mixture of elements of a purchase and sale and exchange contract, emphasizing that this may be a mixed contract. To this end, they give the example of a couple who are a little advanced in age, whose children, left home, left it too big for the same couple. As a result, both decide to move, exchanging the old house for a new, smaller one, leaving room for cash compensation. Another example is the case of a certain trader, who receives,

¹⁰⁹ J. HUET, *cit.*, p. 667.

¹¹⁰ B. SOUSI-ROUBI, “Le Contrat D’Échange”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, LXXVI, 1978, p. 281 and 282.

¹¹¹ D. MAINGUY, *Contrats Spéciaux*, 11.^a ed., Dalloz, Paris, 2018, p. 277 and next.

¹¹² P. MALAURIE, L. AYNÈS and P. Y. GAUTIER, *cit.*, p. 492.

¹¹³ *vide* C. D. C. VALDÉS DÍAZ, “Sobre La Autonomía De La Permuta. Especial Referencia A La Permuta De Bienes Con Diferente Valor Y Su Posible Confusión Com La Compraventa”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1, 2022, p. 47 and next.

¹¹⁴ J. PUIG BRUTAU, *Compendio de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones, Contratos y Cuasi Contratos, Obligaciones Derivadas de Actos Ilícitos*, updated and revised by Carles J. Maluquer de Motes I Bernet, Vol. II, 3.^a ed., Bosch, Barcelona, 1997, p. 355.

¹¹⁵ J. WERTENBRUCH, *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (BGB)*, Band 6/2 - Schuldrecht4/2: §§454-480, 13 Auflage, W. Kohlhammer, Stuttgart, 2009, p. 353 and 354.

¹¹⁶ O. FEHRENBACHER, “Der Tausch”, *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft*, 101, 2002, p. 100.

in return, an old car, against the delivery of a new one. For this trader it would be more advantageous to receive the money than the old car, because, at best, he has no interest in it¹¹⁷.

85. In the Portuguese legal system, FERREIRA DE ALMEIDA understands that, if there is, in the exchange contract, a provision of money and goods other than money, this same contract will be mixed¹¹⁸. The same orientation is followed by MENEZES LEITÃO, when he states that the preferable position is the one that qualifies as a mixed contract of sale and exchange¹¹⁹.

86. Bearing in mind that the goods to be exchanged do not necessarily have to be equal in value, not even materially equal in terms of objects or identity(ies) of rights, this may cause us doubts in determining the boundary between purchase and sale and exchange. This happens because the mutation of society and the economy tends to place a high value on the things or rights around us, due to the strong performance that money has in society.

87. However, money can play an accessory role in the exchange contract, as nowadays it is common to value everything that surrounds us, and money plays a key role in valuing it. We are also aware that parties may give subjective value.

88. Thus, we share the opinion of those who defend an objectivist view, because we believe it is the one that best establishes and delimits the border between buying and selling and exchange. For if money has a more important function than the thing that accompanies it, the payment of the price in money makes it its main object.

VII. Purchase and Sale Rules

89. As we have been analyzing, the exchange contract is not currently an erased contract or one without practical relevance; on the contrary, it has shown signs of vitality. It turns out that, in the Portuguese legal system, we do not find a specific regime, by option of the legislator.

90. Thus, we have to resort to the rules of purchase and sale, pursuant to article 939.º of the Civil Code. However, there are purchase and sale rules that require adaptation, while others cannot be applied to exchange; as an example, we leave a note of some rules in which there are doubts about the application to the exchange contract.

91. We are of the opinion that norms such as those contained in articles 883.º and 886.º of the Civil Code are not applicable to exchange, as these norms presuppose a price. Therefore, they go against the nature and essence of the exchange contract.

92. With regard to the provisions of article 884.º of the Civil Code, we conclude that the idea of a reduction presupposes a price, which raises doubts as to the direct application of this article to the exchange contract. The provisions of Article 884.º of the Civil Code have their counterpart in Article 1480.º of the Italian Civil Code¹²⁰.

¹¹⁷ D. MEDICUS and S. LORENZ, *Schuldrecht II*, 15 Auflage, Beck, München, 2010, p. 135.

¹¹⁸ C. FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos*, cit., p. 125.

¹¹⁹ L. M. T. D. MENEZES LEITÃO, *Direito...*, cit., Vol. III, p. 172. However, the judicial decision of Supremo Tribunal de Justiça de 7-05-1996, *Coletânea de Jurisprudência*, II, 1996, p. 50, as we can see in its summary, it states that “an agreement in which the parties express that intention is an exchange contract”; the opinion n.º 4/2002 da Procuradoria Geral da República, published in *Diário da República* in 26-09-2002, II Série, n.º 223, p. 16316, understands that the same is exchange when “to settle differences in value, there is a need for monetary compensation, unless the sum of money constitutes the main installment or the prominent element of the contract”.

¹²⁰ PIRES DE LIMA and ANTUNES VARELA, *Código...*, cit., Vol. II, p. 236.

93. In the Italian doctrine we find divergent positions regarding the application of the price reduction to the exchange contract. GASTONE COTTINO is of the opinion that in the exchange, it is not possible to reduce the price, because no price is paid by both parties; the rule could perhaps be applied, as formulated for the purchase and sale, if it was a question of services of homogeneous and fungible things¹²¹.

94. MASSIMO BIANCA understands that article 1480.º of the Italian Civil Code is compatible with the exchange, in order to preserve the contract; thus, like the reduction in price, the reduction in the exchange installment also requires the establishment of a percentage measure of the considerations. If the consideration is divisible, the reduction is made *in natura*; the difficulty arises when such consideration is indivisible. In the event that this reduction is impossible, the injured party must be compensated for the damages¹²².

95. In the Portuguese legal system, MENEZES LEITÃO understands that article 884.º of the Civil Code can be applied to exchange, with the necessary adaptations¹²³.

96. We understand that the rule in question cannot be applied directly to the exchange agreement, because in order to be applied, we have to adapt it. Thus, for there to be a reduction, it is essential that the business is divisible, so that it can be divided into two parts, “*the one that remains void and the one that is saved, under the guise of a valid business*”¹²⁴.

97. But the reduction cannot go against the autonomy of the parties, resulting in a result that the parties would not have wanted to celebrate¹²⁵. Thus, the parties may opt for compensation to compensate for damages.

98. Article 885.º of the Civil Code needs to be adapted, as we understand that it cannot be applied to the exchange contract in the same way as for the purchase and sale. MENEZES LEITÃO understands that this precept cannot be applied to the exchange contract, because it presupposes a pecuniary consideration¹²⁶.

99. We understand that, when this norm talks about price, it cannot be applied to the exchange contract, because there is no price here. But when you talk about delivery, it makes sense that it applies to the contract in question.

100. We are of the opinion that the moment of delivery makes sense, because we are dealing with a synallagmatic contract¹²⁷. Therefore, the installments must be carried out simultaneously, since the transmission of a right or thing must coincide with the transmission in the opposite direction; it is only if the parties exclude this simultaneity that article 885.º of the Civil Code cannot be applied with regard to the moment of simultaneity.

¹²¹ G. COTTINO, *cit.*, p. 114.

¹²² C. MASSIMO BIANCA, *La Vendita ...*, *cit.*, p. 1157 and next. In Italian jurisprudence, *Corte di Cassazione*, 12-04-1979, n.º 2127, in: V. TAGLIAFERRI, *Vendita, Permuta, Leasing – Percorsi Giurisprudenziali*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 164, admits the reduction in the exchange contract.

¹²³ L. M. T. D. MENEZES LEITÃO, *Direito ...*, *cit.*, Vol. III, p. 171 and next, which is of the opinion that “*article 884.º may, with the necessary adaptations, be considered applicable to the exchange, establishing that, if it is limited to a part of its object, the consideration must be reduced, if it is divisible, or attributed to the part a cash claim has been impaired, as compensation for the reduction*”.

¹²⁴ I. GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos em Geral*, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 373.

¹²⁵ P. PAIS DE VASCONCELOS and P. L. PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria do Direito Civil*, 9.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, p. 746.

¹²⁶ L. M. T. D. MENEZES LEITÃO, *Direito ...*, *cit.*, Vol. III, p. 171.

¹²⁷ As noted in article 885.º of the Civil Code PIRES DE LIMA and ANTUNES VARELA, *Código ...*, *cit.*, Vol. II, p. 176, “*this obligation to pay the price at the time and place of delivery of the thing constitutes a clear outcrop of the signalagmatic character of the contract, at the time of execution of the sale*”.

101. As for the place, it is doubtful whether this could apply to the exchange contract. This is because there may be an exchange of goods, property for property, to which article 885.º of the Civil Code cannot be directly applied.

102. It is also our opinion that the regime of sale by installments, laid down in articles 934.º to 936.º of the Civil Code, cannot be applied to exchange. This is because these rules presuppose a fractionation of the price and, as such, go against the nature of the exchange¹²⁸.

103. Article 878.º of the Civil Code provides that “in the absence of an agreement to the contrary, the costs of the contract and other ancillary costs shall be borne by the buyer”. This rule immediately raises a problem by establishing that, in the absence of a stipulation between the parties regarding expenses and other charges, they are the responsibility of the buyer.

104. In the exchange contract, we have neither a seller nor a buyer. We have two exchangers, who are going to exchange two goods or rights. Therefore, we are left with the doubt by whom the charges run.

105. The norm says “in the absence of convention”. Therefore, the parties can stipulate what they see fit. But if no agreement is stipulated, who bears the costs?

106. The norm of article 878.º of the Civil Code only intends to regulate the internal relations between the contracting parties and not the direct responsibility with notaries or other public entities¹²⁹. In addition, this precept, “*it is a rule of interpretation of the will, based on usage, which therefore admits convention to the contrary*”¹³⁰.

107. It should be noted that this rule has its antecedent in article 1552.º of the Civil Code of 1867. Now, CUNHA GONÇALVES understood that this precept should not be applied to the exchange contract, since here there is no buyer or seller; and adds that, unless there is an agreement to the contrary, the costs of the contract must be divided in half¹³¹.

108. A similar position is taken today by MENEZES LEITÃO, who understands that article 878.º of the Civil Code should not apply to exchange. For this author, this article presupposes a pecuniary consideration for the alienation¹³².

109. In turn, the doctrine has been unanimous in understanding that the expenses of the exchange contract must be shared by both exchangers, because the nature of the exchange contract so requires. For example, MELON INFANTE expressly states that the expenses must be borne by both exchangers, as he understands that this is the fairest solution¹³³.

110. In Italy, we find a specific rule regarding expenses in the exchange contract. Article 1554.º of the Italian Civil Code provides that “unless otherwise agreed, the costs of the exchange and other ancillary costs shall be borne by both contracting parties in equal parts”. This norm resolved a problem that had been discussed in Italian doctrine for several decades, since the Italian Civil Code of 1865 did not have a specific norm as it does today in article 1554.º of the Italian Civil Code.

¹²⁸ We are not dealing here with the retro sale regime (article 927.º and next of the Civil Code), *vide* L. M. PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito das Garantias*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, p. 501 and next. We just leave the note that the Italian doctrine has accepted the retro exchange, as it understands that the institute of the retro sale is compatible with the exchange: *vide* C. GINNATTASIO, *cit.*, p. 59 and next; G. COTTINO, *cit.*, p. 123.

¹²⁹ PIRES DE LIMA and ANTUNES VARELA, *cit.*, Vol. II, p. 167.

¹³⁰ J. F. RODRIGUES BASTOS, *Notas ao Código Civil – artigos 827.º a 1250.º*, Vol. IV, Rei dos Livros, Lisboa, 1995, p. 71.

¹³¹ L. D. CUNHA GONÇALVES, *Tratado...*, Vol. VIII, p. 630.

¹³² L. M. T. D. MENEZES LEITÃO, *Direito...*, Vol. III, p. 171.

¹³³ F. MELON INFANTE, *cit.*, p. 719.

111. Thus, in the absence of a rule, it was imperative to apply the rules of purchase and sale. Article 1455.º of the Italian Civil Code of 1865 was then applied, which provided that: expenses and other incidental charges were to be borne by the buyer, unless otherwise agreed. This article corresponds today to article 1475.º of the Italian Civil Code¹³⁴, this article which in turn influenced article 878.º of the Portuguese Civil Code where it had its source¹³⁵.

112. Italian doctrine understood that article 1455.º of the Italian Civil Code of 1865 could not be applied to exchange, as it was incompatible with its nature. They observed then that the interest of the thing was reciprocal, therefore the expense of the contract and of the translative act of the law, as long as it did not interest only one party, it should be divided in half by the two contracting parties. The same happened if there was a settlement with money, given the unity of the contract, unless the prevalence of money - *conguaglio* - should not be considered a sales contract¹³⁶.

113. NÓBREGA PIZARRO and MENDES CALIXTO are of the opinion that “*the expenses and charges with the conclusion of the contract and those ancillaries should be shared by the exchangers*”¹³⁷.

114. It does not seem to us that this is the most correct solution, because the exchangers may be exchanging things or rights in which only one of the things in exchange lacks, for example, a public act, such as a public deed. Therefore, it seems that the fairest solution is for each of the exchangers to bear their own expenses, although naturally the parties can agree otherwise.

115. The Civil Code regulates in articles 892.º and following the sale of other people’s property. Thus, contrary to commercial sales, in which it is possible to dispose of someone else’s property (article 467.º, n.º 2 of the Portuguese Commercial Code), in civil law, the sale of other people’s goods is null and void whenever the seller lacks legitimacy to be carried out (Article 892.º of the Civil Code).

116. However, the sale of other people’s property whose purpose is something in the future is not void (articles 893.º and 880.º of the Civil Code). As the sale of a generic thing that does not belong to the seller is not void, since, at the time of the conclusion of the contract, the seller does not lack the status of owner¹³⁸.

117. The exchange of other people’s property is a legal figure that has been the subject of study by the doctrine¹³⁹. This is perhaps due to the fact that legal systems such as the French and Spanish consecrate this figure.

118. Regarding the Spanish legal system, MERINO HERNANDEZ, says that the exchange of other people’s assets is “*one of the most interesting figures, and one of the few that the Spanish Civil Code refers to in an express way*”¹⁴⁰. Thus, article 1539.º of the Spanish Civil Code¹⁴¹ provides for the exchange of other people’s property; but the same Civil Code no longer regulates the purchase and sale of other

¹³⁴ Article 1475.º of the Italian Civil Code provides: “the costs of the sales contract and the other ancillary costs are borne by the buyer, unless otherwise agreed”.

¹³⁵ PIRES DE LIMA and ANTUNES VARELA, *cit.*, Vol. II, p. 167.

¹³⁶ C. GIANNATTASIO, *cit.*, p. 41.

¹³⁷ S. NÓBREGA PIZARRO and M. MENDES CALIXTO, *Contratos Financeiros – Leasing, Agência, Franchising, Factoring, Permuta, Mútuo*, Almedina, Coimbra, 1991, p. 159.

¹³⁸ L. M. T. D. MENEZES LEITÃO, *Direito...*, Vol. III, p. 97.

¹³⁹ *vide* J. LOPES PEREIRA, “Abuso de Direito e Venda de Bens Alheios no Direito Português”, *Cadernos de Direito Privado*, 3, 2017, p. 729 and next; MÓNICA JARDIM, “A Venda de Coisa Alheia como Própria”, *Estudos de Direitos Reais e Registo Predial*, Gestlegal, Coimbra, 2018, p. 97 and next.

¹⁴⁰ J. L. MERINO HERNANDEZ, *cit.*, p. 166.

¹⁴¹ Article 1539.º of the Spanish Civil Code mentions the following: “if one of the contracting parties had received the things that was promised to him in exchange and proves that it was not the property of the person who gave it, he cannot be forced to deliver what he offered in exchange, and he will comply with returning what he received”.

people's property, which has generated some doctrinal controversy regarding the regime applicable to the purchase and sale of someone else's property¹⁴².

119. As with the sale of someone else's property, there is a strong controversy as to whether the exchange of someone else's property is null or valid. This is because article 1539.º of the Spanish Civil Code is silent on the applicable regime. Furthermore, there are no rules regarding the sale of other people's goods, which has generated different opinions¹⁴³.

120. Mostly the doctrine¹⁴⁴ has accepted the validity of the exchange of something alien, as well as the jurisprudence¹⁴⁵. Unlike the Portuguese, French and Italian legal systems, the effects of purchase and sale and exchange in the Spanish legal system have mandatory effects; thus, both contracts are purely consensual, reaching their perfection by mere agreement of the parties; the transfer of ownership of the things sold or exchanged forms part, not in the perfection, but in the consummation of the contract¹⁴⁶.

121. What emerges from article 1539.º of the Spanish Civil Code is that the exchanger who received the thing and proves that it did not belong to the person who handed it over can exercise a right of option: continue with the exchange contract, ask the other party for its fulfillment or request the termination of the contract¹⁴⁷. This article recognizes that one of the exchangers is released from its obligation. This is because it recognizes a faculty of terminating the contract to the exchanger who received the alien's thing¹⁴⁸.

122. A missing question is to know under what conditions the exchanger who received the alien thing can terminate the contract, since that exchanger can either be in good faith or in bad faith, a situation that Spanish law does not clarify.

123. MELON INFANTE in the face of the silence of the rule regarding good or bad faith, understands that good faith is a *condictio iuris* that article 1539.º of the Spanish Civil Code recognizes, thus the interchangeable *accipiens* that is in bad faith cannot resolve the contract, and these effects of good and bad faith must be considered to the exchanger *tradens*¹⁴⁹.

¹⁴² On the various doctrinal positions, among all, J. CASTAN TOBENÁS, *Derecho Civil Español Comum y Foral, Derecho de Obligaciones – Las Particulares Relaciones Obligatorias*, T. IV, 15.ª ed., Reus, S. A., Madrid, 1993, p. 84 and next; thus, regarding the regime applicable to the sale of other people's goods, there are authors who understand that it is invalid, because the sale represents a transfer of rights, one cannot transmit what one does not have (MANRESA); which is not radically null, but voidable (MUCIUS SCAEVOLA; DE DIEGO); it is void by mistake, whenever the buyer states that, even tacitly, the acquisition of ownership of the thing is an essential condition of the contract (BORREL); is valid, because it only creates obligations for the parties. In the event of non-compliance, it is up to the buyer to demand compensation from the seller (TRÍAS; MENÉNDEZ; GAYOSO; PÉREZ GONZÁLEZ and ALGUER; ROCA SASTRE).

¹⁴³ In view of the controversy over the doctrinal interpretation of article 1539.º of the Spanish Civil Code *vide* P. D. L. ROSA DIAZ, *cit.*, p. 355 and next; J. L. MERINO HERNANDEZ, *cit.*, p. 167 and next.

¹⁴⁴ Against the validity of the exchange J. L. MERINO HERNANDEZ, *cit.*, p. 167, understands that the exchange of other people's goods is null, due to the non-existence of the contract. J. CASTAN TOBENÁS criticizes this position, *cit.*, p. 205: for this author, it is not a case of non-existence of the contract, but a simple case of termination. In turn, P. D. L. ROSA DIAZ, *cit.*, p. 357, understands that "for reasons of material justice, it allows the exchanger who received the thing to "undo" or "resolve" the validly concluded transaction".

¹⁴⁵ As a note J. FERNÁNDEZ COSTALES, "De la Permuta – Artículos 1538 a 1541", *Comentarios al Código Civil*, coordination of R. B. Rodríguez-Cano, 2.ª ed., Thomson / Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, p. 1827: "article 1539 regulates the exchange of alien property, stating its validity for the same reasons as the sale of alien property (*STS 13 Outubro 1984 [RJ 1984, 4479]*)".

¹⁴⁶ J. L. MERINO HERNANDEZ, *cit.*, p. 169. As supports J. CASTAN TOBENÁS, *cit.*, p. 205, there is a big difference between the sale of someone else's property and the exchange of someone else's property, thus "the buyer who has a well-founded fear of being disturbed by a claim action may suspend payment of the price (art. 1502)". In exchange, "the exchanger who proves to be alien to the thing he received in exchange, has a more direct and radical solution, as he can terminate the contract, retaining his thing and returning what he received".

¹⁴⁷ J. M. LETE DEL RIO and J. LETE ACHIRICA, *cit.*, p. 277 and 278.

¹⁴⁸ L. COSTA RODAL, *cit.*, p. 2225.

¹⁴⁹ F. MELON INFANTE, *cit.*, p. 711.

124. LUIS DÍEZ-PICAZO and ANTONIO GULLÓN understand that the power of resolution requires good faith. Thus, the exchanger who wants to exercise it has to be unaware that the thing belonged to a third party at the time of contract completion¹⁵⁰.

125. Article 1704.º of the French Civil Code regulates the exchange of other people's property¹⁵¹. From the perspective of JACQUES GHESTIN and BERNARD DESCHÉ, what is contained in this article is the express application of the exception of non-fulfillment of the contract, or the non *adimpleti contractus* exception, which article 1653.º of the French Civil Code also gives to the buyer who is in the same situation¹⁵².

126. By virtue of article 1707.º of the French Civil Code, article 1599.º of the French Civil Code applies to exchange, in which the exchange of other people's property is void¹⁵³. The nullity attained by the exchange of someone else's property, contrary to the nullity of the sale of someone else's property, is a relative nullity. As for good faith or bad faith, the aforementioned article 1599.º of the French Civil Code does not mention them, leaving the burden of proof to the exchanger who received something alien in exchange. However, if the exchange parties, in the act of contracting, are aware of the defect of the thing, they cannot propose an action for nullity, being obliged to submit to the risks¹⁵⁴.

127. The Italian Civil Code enshrines the sale of third party property in Articles 1478.º and 1479.º¹⁵⁵; however, it does not regulate the exchange of other people's goods, as ERNESTO EULA clarifies, this regulation is useless, because the Italian Civil Code regulates in detail and expressly the regime for the purchase and sale of other people's goods¹⁵⁶. For CARLO GINNATTASIO, exchange, along with buying and selling, may have something alien as its object, because the provisions contained in articles 1478.º and 1479.º of the Italian Civil Code are not incompatible with the exchange contract¹⁵⁷. The exchanger who is in good faith may terminate the contract for non-compliance¹⁵⁸.

128. Article 1555.º of the Civil Code of 1867 established the sale of other people's property. Commenting on the aforementioned Civil Code, CUNHA GONÇALVES accepted that the provisions of article 1555.º of the Civil Code of 1867 applied to exchange¹⁵⁹.

¹⁵⁰ L. DÍEZ-PICAZO and ANTONIO GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil, El contrato en general, La Relación Obligatoria, Contratos en Especial, Cuasi Contratos, Enriquecimiento sin causa, Responsabilidad Extracontractual*, Vol. II, 9.ª ed., Tecnos, Madrid, 2005, p. 304.

¹⁵¹ Regulates article 1704.º of the French Civil Code: "if one of the co-exchangers has already received the thing, and if he proves that the other party is not the owner of that thing, he cannot be forced to deliver the thing he promised, but only to return what he had received".

¹⁵² J. GHESTIN and BERNARD DESCHÉ, *Traité des Contrats – La Vente*, LGDJ, Paris, 1990, p. 36. A. SÉRIAUX, *Contrats Civils*, Presses Universitaires de France, Paris, 2001, p. 96, it also states that, in case there is a defect in the exchange, and if one of the parties has already obtained the delivery of the good, but has not yet proceeded with the counter-delivery, it is obliged to return the good unduly received. Article 1704.º of the French Civil Code, however, allows an exception of non-compliance: "it cannot be forced to deliver (the thing) promised through counter exchange"; therefore, it understands that the co-exchanger cannot exercise the right of retention.

¹⁵³ M. PLANIOL and G. RIPERT, *Traité Pratique de Droit Civil Français - Contrats Civils*, by J. Hamel, F. Givord and A. Tunc, T. X, 2.ª ed., LGDJ, Paris, 1956, p. 511; M. FOURNIER, "Échange", *Répertoire de Droit Civil*, T. V, Dalloz, Paris, 1996, p. 4. Napoleon's Civil Code came to break a long tradition that considered the sale of other people's property to be valid, *vide* P. OLAVO CUNHA, "Venda de Coisa Alheia", *Revista da Ordem dos Advogados*, 47, 1987, p. 441 and next.

¹⁵⁴ M. FOURNIER, *cit.*, p. 4.

¹⁵⁵ Y. MIRANDA, "Venda de Coisa Alheia", *Themis*, 11, VI (2005), p. 128, when analyzing the sale of third party property in the Italian legal system, it states that "by virtue of art. 1478.º, the sale of someone else's property is valid, notwithstanding the actual design of the purchase and sale contract. The alienation of a third party's right is merely mandatory, with the seller having the obligation to ensure that the buyer acquires the property right. This will become the owner at the time the seller acquires ownership of the right".

¹⁵⁶ E. EULA, *cit.*, p. 149.

¹⁵⁷ C. GIANNATTASIO, *cit.*, p. 22. In this sense, the jurisprudence, *Corte di Cassazione*, 28-09-1954, n.º 3147, *in*: V. TAGLIAFERRI, *cit.*, p. 189.

¹⁵⁸ *Corte di Cassazione*, 26-07-2007, n.º 20191, *in*: V. TAGLIAFERRI, *op. cit.*, p. 190.

¹⁵⁹ L. D. CUNHA GONÇALVES, *Tratado...*, Vol. VIII, p. 630, in an annotation he maintains that "the exchange in which one of the things exchanged does not belong to the respective exchanger, or both belong to third parties will be null and void".

129. In view of the regime for the sale of other people's property, established in articles 892.º and following of the Civil Code, we believe that, like the purchase and sale, the exchange of other people's property is null and void. But the content of the second part of article 892.º of the Civil Code raises doubts about its application to exchange.

130. The law starts from the premise that normally the buyer is in good faith and the seller is in bad faith and even acts intentionally. Thus, if both exchangers are in bad faith, the two transmissions in the opposite direction may both be invalid.

131. This is a complex situation to which the law does not give us an answer, regarding the fact that the exchangers are in bad faith. Well, article 892.º of the Civil Code assumes that the buyer can, as a rule, dispose of the money, but the seller may not have the power to dispose of the thing.

132. The problem that arises here is that there is bad faith on both exchangers, as the law does not provide any solution for this case. The question is whether we can treat each of the transmissions separately in light of what buying and selling suggests or whether we have to treat the two transmissions as a unit.

133. The second part of article 892.º of the Civil Code contains a double limitation to argue the nullity of the contract, since on the one hand, the seller cannot oppose the nullity to the buyer in good faith, on the other hand, the fraudulent buyer cannot oppose the nullity to the seller in good faith. In view of this, the law is silent in the event that the two parties are in bad faith.

134. GALVÃO TELLES¹⁶⁰ and RAÚL VENTURA¹⁶¹ understand that in the event of the two parties being in bad faith, both may request the nullity of the contract¹⁶².

135. In the event of both parties being in bad faith, we understand that either of them can claim the nullity of the contract. However, we believe that the set of two transfers should be treated as a single unit, as we are facing a double transfer, in which both exchangers are in bad faith.

VII. Conclusion

136. We were concerned to demonstrate that the exchange contract is not an “*outdated*” contract. Quite the contrary. It is a contract that is of enormous importance in human relations in the contemporary world.

137. Demonstrating the vitality of this contract is the jurisprudence of the Portuguese Superior Courts, which are constantly faced with issues related to the exchange. Therefore, we are in the presence of an atypical contract, but socially typical, as this is accepted, repeatedly, in our society.

¹⁶⁰ As noted by I. GALVÃO TELLES, “Contratos...”, p. 128, if “*the two parties act maliciously, both knowing that the property belonged to a third party, but acting as if it were not, neither deserves protection, and either of them can obtain a judicial declaration of the nullity of the contract, with the consequent refund of the price paid, because that is the interest of the legal order*”.

¹⁶¹ R. VENTURA, “Contrato de Compra e Venda no Código Civil – Venda de Bens Alheios – Venda Com Expedição”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 40, 1980, p. 312 and 313, understands that the “*seller in bad faith and buyer in bad faith – nullity can be opposed by any to any*”.

¹⁶² In this regard D. BARTOLO, “Venda de Bens Alheios”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles – Novos Estudos de Direito Privado*, Coimbra, Almedina, 2003, p. 401. P. OLAVO CUNHA, *cit.*, p. 452, is of the opinion that in the event of bad faith or willful misconduct on the part of both parties, the sale of third party property is subject to the general regime of nullity in article 286.º of the Civil Code. Against this understanding Y. MIRANDA, *cit.*, p. 120, understands that “*since the law is clear as to the scope of application of the rules for the sale of someone else's property, including the rule that establishes the invalidity of the transaction. Establishes article 904.º, in conjunction with 892.º, that the sale of someone else's property as one's own, and not the sale of someone else's property in general, is null and that the specificities of this nullity are applicable only when at least one of the parties acts in good faith*”.

138. Besides, today there are many things that are exchanged. However, the exchange contract has a secondary role in society, due to the absence of a cash price, contrary to what happens with the purchase and sale contract, which has acquired a preponderant role in human relations.

139. It is, in fact, due to the relevance of buying and selling and the role of money that the difficulty arises in establishing the border between exchange and buying and selling.

140. Money nowadays plays a function of attribution in the appreciation of everything that surrounds us. As such, it may play an ancillary role in the exchange contract.

141. Thus, the exchangers may want to give the money a character of adjustment in relation to the things exchanged, this so that the goods or things in exchange have an approximate equivalence. But this character of adjustment and accessory of money can make the frontier of purchase and sale and exchange very tenuous.

142. However, if money has a more important function than the thing that goes with it, the payment of the cash price makes it its main object. Therefore, the objectivist view is the one that best delimits the border between the two contracts.

143. However, the importance gained by the exchange contract passes through new technological tools, for example, the Internet. It is undeniable that the Internet plays a fundamental role in people's lives today, being a mean of communication and a vehicle in commercial transactions, namely in electronic contracting, and the exchange contract has shown signs of its vitality and is the object of transactions of various things.

144. Electronic contracting aims at a huge projection, denoting that the exchange contract has an intervening role in the contractual relationship. At the same time, electronic contracting can be carried out on different websites or on social networks, where the most varied things can be traded in exchange.

145. However, we think that the Portuguese legislator of 1966 was not happy in not regulating the exchange contract in the Civil Code, as it happened in the Portuguese Civil Code of 1867. He even considered it a contract without social relevance, fallen into disuse, reporting it to the primitive state of humanity, which everyday practice contradicts, as has been demonstrated.

146. We do not understand this option of the legislator of the Civil Code of 1966, as we believe that he did not make the right choice.

147. However, in article 1378.º of the Civil Code, the exchange of land was foreseen and, in article 1723.º, paragraph a) of the Civil Code, the exchange contract was established, in which one of the spouses disposes of an asset own to the other spouse, to receive from him another good, different from money. Its legal consecration, referred to in the Civil Code, articles 1378.º and 1723.º, paragraph a), shows how fallacious is the understanding according to which the exchange contract is antiquated and archaic.

148. In this way, the purchase and sale contract became a model for all onerous contracts through which goods are disposed of. In this way, we have to resort to article 939.º of the Civil Code to apply the rules of purchase and sale to the exchange contract.**149.** However, as we have shown throughout this study, we are faced with difficulties in applying the rules of purchase and sale to the exchange contract, since they were designed only for contracts in which a price is established.

150. The Portuguese legislator, instead of opening doors to make life easier for citizens, preferred to close them, unlike other legal systems, such as the Spanish, French, Italian, or Ibero-American codes, which enshrine in their Civil Codes, in short, the exchange contract.

151. It is therefore necessary to regulate the exchange contract, in the Portuguese legal system, since in practice its usefulness is enormous. But it is necessary to tread new paths and draw attention to the importance that this contract plays in our society.

La regulación como modalidad genérica de intervención pública. La regulación en la sociedad digital (Transformaciones en el derecho público y privado)

Regulation as a generic form of public intervention. Regulation in the digital society (Transformations in public and private law)

TOMÁS DE LA QUADRA SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO
Catedrático Emérito Derecho Administrativo
Universidad Carlos III

Recibido:03.08.2023 / Aceptado:13.09.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.8060

Resumen: La creciente digitalización de la sociedad actual está dando lugar a problemas nuevos a los que el Derecho tiene que dar respuesta; las técnicas tradicionales silogísticas en las que basta con aplicar una norma clara y precisa a situaciones más o menos simples descritas en la norma no sirven ya. Ello lleva a aplicar técnicas de regulación utilizadas, hasta ahora, básicamente en el ámbito de la economía. Con las mismas se busca proteger los derechos de las personas en las nuevas situaciones en las que las tecnologías digitales hacen más difícil predeterminedar en las normas las conductas permitidas o prohibidas. Se busca proteger también la democracia misma y el funcionamiento de un sistema económico en el que la libre y leal competencia es un elemento esencial.

Las primeras respuestas del Derecho de carácter regulatorio al inevitable proceso de digitalización de la sociedad actual las encontramos en el ámbito de la protección de datos; pero a ellas le están siguiendo las relativas a la inteligencia artificial o a los denominados neuro-derechos, entre otras. Esa extensión de técnicas regulatorias en ámbitos distintos del económico implica una transformación del Derecho. Para empezar del Derecho público al encomendar a autoridades administrativas independientes la vigilancia, supervisión y control en primera instancia del respeto a las reglas y principios en materias tales como la libertad de expresión y opinión, la información, la intimidad, etc, sin olvidar las últimas fronteras de una eventual transparencia de nuestros comportamientos y sentimientos a partir del acceso al sistema neuronal del cerebro. Pero ello afecta también al derecho privado y mercantil en la medida en que aspectos como la identidad, el nombre, la herencia, la publicidad o la comercialización de bienes y servicios queda afectada por la posesión monopólica de datos.

La interferencia de las nuevas autoridades administrativas independientes viene determinada especialmente por la apelación y remisión cada vez más intensa - desde las reglas y principios del Derecho - a ciencias, conocimientos o prácticas ajenas (*aliunde*) al Derecho, aunque metabolizadas por él. Esa ajenidad es lo que exige acudir a agencias administrativas no integradas solo por juristas, sino por expertos en otras ciencias o conocimientos, que acabarán abriendo el camino y condicionando las respuestas que jueces y magistrados finalmente darán en los procesos y conflictos entre partes que se sometan a su conocimiento.

Palabras clave: Sociedad digital y derechos, sociedad digital y democracia, sociedad digital y competencia, transformaciones del Derecho público y privado, respuestas transnacionales a la sociedad digital, protección de datos, inteligencia artificial, intimidad, derecho al olvido, Carta de derechos digitales.

* Este trabajo es en lo sustancial la aportación realizada por su autor al Libro Homenaje al profesor José Eugenio Soriano.

Abstract: The increasing digitalization of today's society is giving rise to new problems to which the law has to provide answers; the traditional syllogistic techniques in which it is sufficient to apply a clear and precise rule to more or less simple situations described in the rule are no longer useful. This leads to the application of regulatory techniques used, until now, basically in the field of economics. The aim is to protect the rights of individuals in new situations in which digital technologies make it more difficult to predetermine in the rules what conduct is permitted or prohibited. It also seeks to protect democracy itself and the functioning of an economic system in which free and fair competition is an essential element.

The first regulatory legal responses to the inevitable process of digitalization of today's society are to be found in the field of data protection; but these are being followed by those relating to artificial intelligence or the so-called neuro-rights, among others. This extension of regulatory techniques into areas other than the economic sphere implies a transformation of the law.

Transformation of public law first of all by entrusting independent administrative authorities with the supervision, monitoring and control of respect for rules and principles in matters such as freedom of expression and opinion, information, privacy, etc., without forgetting the final frontiers of a possible transparency of our behavior and feelings based on access to the brain's neuronal system. But this also affects private and commercial law insofar as aspects such as identity, name, inheritance, advertising or the marketing of goods and services are affected by the monopolistic possession of data.

The interference of the new independent administrative authorities is determined especially by the increasingly intense appeal and referral - from the rules and principles of law - to sciences, knowledge or practices alien (*aliunde*) to the law, although metabolized by it. It is this alienness that requires recourse to administrative agencies made up not only of jurists, but also of experts in other sciences or knowledge, who will end up paving the way and conditioning the answers that judges and magistrates will finally give in the processes and conflicts between parties that are submitted to their knowledge.

Keywords: Digital society and democracy, digital society and competition, transformations of public and private law, transnational responses to the digital society, data Protection, artificial intelligence, privacy; right to be forgotten, digital Bill of Rights.

Sumario: I. Introducción. II. La regulación de la protección de datos como única reflexión constitucional de relación de la sociedad digital con el Derecho. III. La constatación de una inquietud global y generalizada por llevar a nivel constitucional la regulación de las relaciones producidas en entornos digitales. IV. La carta española derechos digitales y la declaración europea de la regulación de la protección de datos y algunas de sus características. V. La regulación en otros ámbitos de la sociedad digital en reglamentos europeos. VI. La dimensión regulatoria de los mecanismos de solución de conflictos en la sociedad digital y las autoridades interpuestas en muchos casos.

I. Introducción

1. La reflexión sobre el concepto, alcance y significado de la regulación como un modo de intervención pública característico de nuestro tiempo se viene haciendo en el ámbito jurídico por referencia, sobre todo, a la actividad económica y en relación básicamente con aquellos sectores económicos que han sido objeto de liberalización¹. Sin embargo, cada vez más se extiende a otros ámbitos

¹ Vid. sobre el Derecho de la Regulación Económica la colección en X tomos dirigida por el profesor MUÑOZ MACHADO de IUSTEL "Derecho de la Regulación económica". Especialmente el tomo I sobre Fundamentos e Instituciones de la Regulación. En el primer capítulo de MUÑOZ MACHADO, Santiago "Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica" el autor califica la regulación económica como una función pública o modo de intervención pública que no consiste tanto en producir normas, como en una actividad continua de seguimiento y supervisión de una actividad, ordenación del sector de que se trate, resolución de controversias y poder sancionador. Pag 111 y ss. También en dicho primer tomo M. DARNACULLETA I GARDILLA, M. MERCÉ RE "Recepción y desarrollo de conceptos y fórmulas de la regulación" distingue entre un concepto estricto de regulación (la regulación económica) y un sentido amplio como toda forma de intervención estatal tendente al cumplimiento de fines públicos. También el artículo de J. E. SORIANO GARCÍA "Regulación e intervención administrativa" en El Cronista del Estado Social y democrático de Derecho" n°19, págs 40 a 53.

del Derecho no conectados directa o exclusivamente con tal actividad económica. Lo relevante es que la ampliación del campo de aplicación de la regulación y de sus técnicas a nuevos ámbitos, así como la remisión cada vez más frecuente e intensa desde la regulación a ciencias, conocimientos o prácticas ajenas al Derecho (*aliunde* al Derecho) -aunque metabolizadas por él – se constata tanto en el plano interno como en el internacional (o por ósmosis transnacional) por lo que podría considerarse como expresiva de una transformación del método y concepto mismo del Derecho que afecta tanto al Derecho público como al privado.

2. En cierto modo para describir la regulación se tiende a contraponerla con esa otra forma de intervención pública en que consiste la defensa de la competencia. De esa contraposición se concluye que la regulación es una forma de intervención pública *ex ante* en el sentido de que es condición de existencia de que el mercado y la competencia sean posibles en ámbitos de actividad que por ser monopolios naturales (actividades en red y grandes costes hundidos) no pueden existir si no es mediante la regulación previa. En eso se diferenciaría la regulación de un Derecho de la competencia en el que las condiciones de mercado y competencia pre-existen de modo natural o casi espontáneo, aunque ocurra que, en su devenir posterior (*ex post*), pueden darse conductas que alteren y modifiquen las condiciones naturales de mercado y competencia pre-existentes.

Esa diferencia de perspectiva – *ex ante* y *ex post* – conlleva también la de los instrumentos de cada forma de intervención, pues en tanto que en la primera forma de intervención predominan los actos de prefiguración del mercado y competencia estableciendo las condiciones de entrada, funcionamiento y relaciones de los distintos operadores, en la de defensa de la competencia predomina la actividad sancionadora. Formas de predominio que ciertamente no excluyen otras.

3. En todo caso no puede olvidarse que en ambas concurren dos rasgos importantes. El primero el de la presencia de una Administración que es quien, en primera instancia y sin perjuicio del posterior control de los Tribunales va a definir lo que se puede o no hacer. El segundo que esa determinación de lo que se puede o no hacer (ya sea para establecerlo *ex ante* o para determinar *ex post* qué no ha sido respetado y, sin embargo -pese a no estar establecido con precisión previamente- tenía que ser respetado) no resulta inmediatamente de la letra de la Ley, ni siquiera siempre de los principios generales del Derecho. Resulta de la remisión a otros conocimientos, ciencias, prácticas, etc. *aliunde* al Derecho de los que hay que extraer la regla de conducta. Elementos *aliunde* que se juridifican de alguna forma por la remisión expresa o implícita que a ellos se hace desde los instrumentos normativos tradicionales (leyes, reglamentos, principios o doctrina del Tribunal Supremo).

4. Este segundo rasgo cobra toda su importancia cuando se constata que el desvelamiento desde esos ámbitos *aliunde* de lo que se debe hacer – la conducta a imponer a los operadores en el sector de que se trate - no la hace el legislador en sentido amplio (ley o reglamento), sino la Administración pública, aunque se trate, generalmente, de una Administración independiente con determinadas características que la diferencian de la Administración clásica.

Pues bien, es este segundo rasgo el que permitiría focalizar el elemento que a nuestro juicio mejor caracteriza la singularidad de lo que la regulación es o está acabando por ser. Elemento que no es otro que la lábil relación de la actividad reguladora con el principio de legalidad en la medida en que una Administración, generalmente independiente, es la que tiene que determinar los elementos concretos de lo que se puede o no hacer y cómo se ha de hacer por los operadores del sector de que se trate, sin que los instrumentos normativos tradicionales le den más que indicaciones generales con remisión a saberes, prácticas o ciencias no, por sí mismas, jurídicas.

5. El Derecho de la regulación supone, así, en cierto modo una transformación del modelo tradicional de Derecho en la medida en que la determinación precisa de las reglas de conducta sobre lo que se puede y debe hacer no están en el marco normativo tradicional (o, al menos, no están con la claridad con la que suelen estarlo en otros campos del Derecho, ni siquiera contenidos tampoco en conceptos jurídicos indeterminados) sino que se entregan a una Administración independiente para que - con ayuda

de ciencias, técnicas y conocimientos *aliunde* - precise de forma muy sustancial el incompleto, silente o enigmático marco normativo.

6. Pues bien, este último rasgo de la función regulatoria no solo se da en las actividades económicas propiamente reguladas, sino que se empieza a dar también con frecuencia en otros sectores como es el caso de la protección de datos o las nuevas tecnologías que tienen que ver con los avances tecnológicos que vienen configurando una sociedad digital. Es el caso de la inteligencia artificial, las redes sociales, las nuevas formas de comunicación, los neuro-derechos, etc., que plantean nuevos retos al Derecho que éste parece que en gran medida se apresta a afrontar echando mano de técnicas que podríamos denominar regulatorias al interponer entre el *sistema* normativo clásico y su aplicación nuevas autoridades independientes a lo largo y ancho de los más diversos sectores de actividad² con remisión a técnicas y conocimientos *aliunde* en muchos casos al sistema normativo clásico.

7. De eso trata el presente trabajo, de cómo las técnicas regulatorias que en principio parecían acantonadas en el ámbito de la economía y de las actividades económicas liberalizadas, se propagan en cierto modo por otros ámbitos en los que no es ya la preservación de la competencia lo que está en juego, sino el equilibrio y ponderación entre derechos que comienza a verse alterado por el surgimiento de escenarios digitales nuevos que al trastocar los viejos equilibrios en que estábamos acostumbrados a hacer tales ponderaciones se exigen nuevas formas de presencia de la Administración en territorios antes dejado a la reacción individual de los ciudadanos que solo tenían a su disposición los jueces.

8. El porqué de ese trastocamiento de los equilibrios tradicionales y las demandas de presencia administrativa es el objeto de los siguientes apartados si bien se empieza por recordar cómo en nuestra Constitución sólo se afronta en un artículo la eventual dificultad que pudiera presentar la relación de las nuevas tecnologías – especialmente de las digitales - con el Derecho en el artículo 18.4 sobre la limitación por la Ley del uso de la informática (II), siendo en el campo de la protección de datos en el que, junto a las normas de fondo, aparece por primera vez la necesidad de una autoridad independiente que, al interponer una Administración entre los particulares en conflicto, saca el Derecho de los datos del ámbito tradicional en que los tribunales detentan en exclusiva el monopolio de resolver las controversias entre particulares. En otros países no siempre existe en el nivel constitucional tal previsión de protección de datos, pero sí se puede constatar la existencia en los últimos años de una inquietud generalizada a nivel global que provocan las nuevas tecnologías digitales y su aplicación y que llevan a demandar en ocasiones el tratamiento a nivel constitucional de dichas cuestiones (III) y no solamente en el campo de los datos y su protección. A esa inquietud se la han querido dar muchas respuestas de las que merece detenerse en dos: una en el ámbito europeo (la Declaración de principios y derechos de enero de 2022) y otra en España (la Carta de Derechos digitales) que no pretenden todavía llevar a nivel constitucional la respuesta directamente aplicable (IV). La aplicación de técnicas propias de la sociedad digital en muchos otros campos – inteligencia artificial, redes sociales, neuro-derechos, etc. – está propiciando toda una normativa europea que, probablemente en buena parte por la complejidad técnica, tiende a interponer la presencia de nuevas autoridades que tienen que determinar lo que está bien y lo que está mal; es decir lo que se puede o no hacer (V). Y lo hace no solo con base en las reglas y principios recogidos en la legislación convencional (leyes y reglamentos), sino también con remisión a prácticas, técnicas o conocimientos *aliunde* o ajenos en principio al Derecho, aunque este acabe colonizándolos.

9. En definitiva se está ampliando el campo de lo que se venía a llamar regulación, pero ahora no constreñido a sectores económicos para la preservación de la competencia, sino en otros ámbitos distintos para la ponderación de derechos y libertades (VI) lo que lleva a constatar un cierto surgimiento de técnicas (que podrían ser calificadas de regulatorias) en el ámbito de la ordenación de actividades en el mundo digital caracterizadas por confiarse a nuevas administraciones - generalmente independientes

² Vid. para una visión general de los distintos sectores y actividades afectados por la digitalización la obra colectiva “Sociedad digital y Derecho” Dir. Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo y Jose Luis Piñar Mañas; Ed. BOE y Red.es

y con fines de ponderación de derechos en juego - la determinación de lo que se puede o debe hacer. Y todo ello sin que las normas clásica (reglas y principios) ofrezcan siempre con el detalle oportuno la determinación de lo permitido y prohibido.

II. La regulación de la protección de datos como única reflexión constitucional de relación de la sociedad digital con el Derecho

10. Nada hay en nuestra Constitución que nos permita atisbar que la misma concibiera la necesidad de afrontar específicamente la cuestión de la relación del Derecho o los derechos con la tecnología, aunque hay un atisbo de sus complejas relaciones de los derechos con alguna de ellas, al menos, desde la perspectiva de los derechos fundamentales cuando detecta eventuales peligros derivados del uso de la informática en el artículo 18.4 al deferir al legislador la tarea de limitar el uso de la informática para garantizar “*el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos*”. La informática era, pues, el primer catalizador de algunos eventuales riesgos que el constituyente intuía que podían afectar a unos concretos y específicos derechos. Se trata de la primera vez que una norma objetiva como es el artículo 18.4 – de rango constitucional nada menos – se siente impulsada a imponer al legislador la obligación de limitar el uso de la informática³.

11. No se menciona a ningún sujeto responsable – a ninguna persona como centro de imputación de responsabilidad – a la que se le impongan límites o responsabilidades. Bien al contrario, la eventual agresión parece objetivarse en el uso de la informática. Nunca hasta ese momento se había considerado que hubiera que imponer al legislador la labor de garantizar el uso de los cuchillos o de las armas de fuego en garantía del derecho a la vida o la integridad física. Bastaba el “*alterum non laedere*” del Derecho romano para saber que no es posible utilizar ningún instrumento para hacer daño a los demás.

Con la informática es cuando por primera vez comienza sentirse de forma intuitiva y casi inconsciente que las nuevas tecnologías empiezan de algún modo a independizarse del hombre que las maneja y a crear, por sí mismas, riesgos que deben ser conjurados; para ello no parece que baste con dar por supuesta la existencia de obligaciones genéricas para toda persona de no hacer daño a los demás, sino que se hace necesario señalar al instrumento mismo que se pone en las manos del hombre. No basta, pues, con el mandato general de no hacer daño a otro.

Parece que se toma conciencia en el siglo XX de que la vieja fantasía del aprendiz de brujo que Goethe inmortalizó⁴, ha dejado de ser tal fantasía y que ahora no se trata de los magos o brujos que inquietan al hombre desde siempre⁵, sino de realidades que, aun no perfectamente perfiladas, se tiene ya la certeza de que pueden perjudicar a la humanidad⁶. No basta con dejar en manos de la persona la determinación de cómo emplea los nuevos instrumentos, es necesario que sea la colectividad la que determine cuáles son los límites del empleo de las nuevas posibilidades del uso de la informática.

³ Vid. sobre la protección de datos y su regulación en España, Piñar Mañas, José Luis en “Protección de Dato” Lección 7 en “Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo” coord. por Tomás Cano Campos, Vol. 7, 2009 pag. 191 y ss. También sobre la primera Ley española el capítulo del autor del presente trabajo sobre “La primera ley española de protección de datos (LORTAD) y el proceso de su elaboración” en la obra “20 años de protección de datos en España” ed. Agencia Española de Protección de datos, 2015, págs. 27 y ss.

⁴ En la obra del mismo nombre, “El aprendiz de brujo”

⁵ El argumento del aprendiz de brujo aparece ya en Luciano de Samosata (siglo II d.C.) en el “Philopseudés” o “El aficionado a la mentira” con un tema muy parecido al que Goethe reproduce, aunque situado en Egipto (Menfis) y donde al agua que amenaza con inundar todo es la consecuencia de pretender copiar las palabras o conjuros pronunciados por Pánocrates, sacerdote egipcio; palabras que alguien oye o roba a escondidas sin que sepa después cómo parar los efectos que se desencadenan.

⁶ En el ámbito internacional existía la misma convicción expresada en documentos internacionales premonitorios pero poco precisos. Así la Recomendación 509/68, del Consejo de Europa recogía esa inquietud con características más bien primitivas y poco elaboradas. En alguna medida lo mismo ocurre con está la Ley del *Land de Hesse* de 1.970, la Ley Federal alemana de 1.977 o la *Privacy Act* de 1.974 americana. El propio Convenio 108 del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal dista de ser muy preciso.

12. El tratamiento así objetivado de las nuevas tecnologías – de la informática en este caso – dejando de confiar en la persona misma y en los límites genéricos que a ésta afectan, para centrarse y determinar objetivamente sus usos, marca el cambio que se intuye en la relación del hombre con las máquinas o la tecnologías. Es solo una intuición que se percibe en ese cambio de acento de lo subjetivo a lo objetivo o funcional, pero que se muestra con imprecisión en cuanto a lo que se quiere proteger: todavía los derechos individuales bastante clásicos – intimidad y honor personal y familiar – aunque con una apertura que no dejó de suscitar dudas y vacilaciones en su momento – el pleno ejercicio de sus derechos⁷- aunque siempre referido a la persona.

13. En todo caso la evolución y difusión de las tecnologías digitales obligan a una constante reconsideración de los derechos y su alcance y ponderación con otros (derecho a la información, a la salud, a la investigación, etc.) para dar solución a conflictos a los que generalmente el legislador nunca se adelanta. Conflictos cuyo origen está en que la delimitación de los derechos en conflicto – como a la protección de datos y el derecho a la información – merecen soluciones diferentes cuando los contextos son diferentes. Es el caso del “derecho al olvido” de creación jurisprudencial en España y UE - merced a decisiones de la Agencia Española de Protección de Datos, y las sentencias posteriores de los tribunales españoles y de la UE- hasta su consagración en el artículo 17 del Reglamento de Protección de datos⁸.

14. El “derecho al olvido”, en realidad, preexistía y por eso fue reconocido, primero jurisprudencial y luego legalmente , aunque no se puedan desconocer rasgos novedosos. Tal derecho tiene la cobertura del derecho a la protección de datos que, al ser concebido como un derecho autónomo, no deja de estar vinculado con otros que incluyen el honor, la imagen, la intimidad y el pleno ejercicio de los derechos. Esa vinculación –incluso dependencia– está presente en el artículo 18.4 de la Constitución española, pero su reconocimiento por el Tribunal de Justicia en la Sentencia del 14 de mayo de 2014, aunque se basa en esos derechos preexistentes, supone ciertamente un paso más en su protección y, en cierto modo, una novedad.

En el equilibrio entre el derecho a la información y el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, la cuestión radica en saber en qué medida una noticia cierta y publicada legítimamente en el pasado, pero que afecta negativamente a una persona (tal fue el concreto caso – *Costeja* – en que se proclamó), le puede perseguir de por vida, merced a que los buscadores la hacen accesible a cualquiera.

15. Tradicionalmente esa persona estaba protegida por los elementos de tiempo y espacio, y por la flaqueza de la memoria de los más próximos y contemporáneos, de forma que podía continuar con su vida, y cambiar y mejorar su imagen con el transcurso del tiempo y con su correcto hacer. Y ello, pese

⁷ La referencia al “pleno ejercicio de los derechos”, no figuraba en el primer borrador de la Constitución sino que se incorpora en virtud de una enmienda que hace el de Grupo Convergencia y Unión, y que apoyan la mayor parte de los grupos. Probablemente no se supiera entonces con toda precisión qué significaba o cuál es su sentido y alcance de esa remisión al Pleno uso de los derechos, pero dejó una ventana abierta al futuro, más allá incluso de lo que pudieran considerar sus promotores y defensores. Roca Junyent, al defender la enmienda hizo una alusión que ayuda a ver por dónde va esa idea del “pleno ejercicio de los derechos” cuando pone el ejemplo del ciudadano que *“deseando constituir una asociación o promocionar una reunión , o bien practicar una actividad económica, encuentre que, por razón de una información de la que él no es conocedor y respecto de la cual no puede incluso ni pronunciarse en muchas ocasiones, se limita de tal manera el ejercicio de los derechos que se ve colocado en una situación de inferioridad y desigualdad frente a los ciudadanos”*. Más clara podía resultar, para conocer la idea y voluntad del constituyente, la intervención del Diputado Martín Toval, que trae a colación algo que había ocurrido un año antes en Francia donde el Ministerio de Interior francés había anunciado su voluntad de hacer un sistema de ficheros – el programa “safari” bien sugerente de cacería -- donde constasen todo tipo de datos e informaciones de los ciudadanos, sus multas, sus sanciones, sus enfermedades, etc.. Aquella iniciativa fue objeto de un debate en la Asamblea francesa y no prosperó. Ese ejemplo lo pone el diputado citado como muestra del alcance de esa referencia al “pleno ejercicio de los derechos” apoyando la enmienda de Minoría catalana, porque considera que además de la intimidad y el honor lo que está en cuestión es el pleno ejercicio de los derechos ante un Estado que puede pretender conocer todo de la vida privada o pública y tomar decisiones que limiten los derechos de los ciudadanos que pueden ignorar todas esas informaciones que tienen los poderes públicos y pueden ser el fundamento de sus decisiones. Solé Tura termina de apoyar la enmienda con argumentos similares y con referencia a la necesidad de controlar a los controladores.

⁸ Reglamento (UE) 2016/679 de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos)

a que en las hemerotecas clásicas –basadas en el papel impreso– lo publicado permanecía sin límite de tiempo (con las respectivas rectificaciones) y cualquiera podía acceder a ellas sin mayores impedimentos, aunque con la barrera de la dificultad de su búsqueda manual. En cambio, cuando de la hemeroteca en papel se pasó a los buscadores digitales que permiten rastrear todo lo que ha sido publicado y pasado a soporte electrónico, nos encontramos con el derecho al olvido, pues el derecho a la información no es igual para el soporte (papel o digital) o para el medio (hemeroteca o buscador electrónico) empleado.

Hay, pues, una diferencia en la ponderación de dos derechos: por una parte, el derecho a la información, y por otra, el derecho a la protección de los datos, la intimidad, la imagen, el honor y el libre ejercicio de los derechos. La diferencia radica en que en el mundo tradicional el tiempo, el espacio y la flaqueza de la memoria (más la dificultad de la búsqueda pasado el tiempo) suponían una barrera y una protección suficientes que la sociedad digital abatió, como reconoció la exposición de motivos de la primera Ley Orgánica española 5/1992 de protección de datos. En la decisión de reconocer el derecho al olvido hay una cierta opción –una opción ética, podríamos decir– acerca del mundo que queremos: un mundo en el que determinadas acciones o errores del pasado pueden marcar de por vida a la persona y dificultar la regeneración o redención de sus errores, defectos y actos rechazables o, por el contrario, un mundo en el que el libre desarrollo de la personalidad y la libertad de configuración del futuro –la libertad para ser mejores sin que el pasado constituya una carga que lo impida– siga siendo posible pese a lo ocurrido en otra época.

En la sociedad digital los datos persiguen a las personas durante toda la eternidad y petrifican su imagen, su honor y su intimidad sin que lo puedan cambiar, de lo cual se pueden derivar dificultades para el pleno ejercicio de sus derechos (art. 18.4 Constitución española) y, por tanto, para el pleno desarrollo de la personalidad (art. 10.º Constitución española).

16. La opción por el olvido –al margen de determinadas tradiciones religiosas sobre el perdón que la propician– no es completamente nueva, pues ya había sido asumida por el derecho positivo y, en determinados ámbitos, en la legislación de muchos países antes del advenimiento de la sociedad digital. Es el caso de los antecedentes penales de los condenados por delitos –que se pueden exigir para acceder a determinados empleos– para los que, transcurrido un tiempo sin haber vuelto a incurrir en delito alguno, se expiden limpios con la finalidad de favorecer su reinserción y animarlos a permanecer en el respeto a la ley.

17. La jurisprudencia de la Corte de Luxemburgo, que reconoció el derecho al olvido en el caso *Costeja*, se basó para hacerlo en los valores y derechos presentes en las normas europeas sobre protección de datos. Pero, tratándose de datos verdaderos e incluso públicos, resolvió la improcedencia de su eterna localización por los buscadores, limitando así el derecho a la información sobre datos verdaderos de una persona que termina cuando, por el tiempo transcurrido, la información deja de ser pertinente y adecuada al motivo original de su difusión y afecta negativamente su imagen, su honor o su intimidad y el libre ejercicio de sus derechos

18. Habría que reconocer que hay ciertamente algo de reconstrucción de derechos –y por tanto de novedad– en la acción realizada por un Tribunal de Justicia que, aun aportando algo nuevo, no deja de tener el amparo de derechos fundamentales tradicionales, por más que llegue a soluciones distintas según se trate de soportes tradicionales (papel) o soportes accesibles por buscadores digitales. Sin embargo, el Tribunal no se ha transformado en legislador, sino que, sobre la base de los principios y los valores presentes en las normas, ha dado una respuesta diferente a la articulación de derechos contrapuestos, sobre la base de que los presupuestos de hecho y los datos en presencia son diferentes.

No hay trato desigual al dar soluciones diferentes en función del soporte y los medios de búsqueda de la información; y no hay trato desigual puesto que las situaciones no son las mismas en el mundo del papel que en el mundo digital. Por tanto, para mantener la igualdad en situaciones diferentes se exige brindar soluciones diferentes; soluciones que, al final, igualan la posición de la persona en los dos mundos: una protegida por el tiempo, el espacio y la flaqueza de la memoria, y otra, protegida por el derecho al olvido. Ambas consiguen el mismo efecto.

19. Esa reconstrucción de los derechos tradicionales en los nuevos contextos digitales no deja de ser tarea de los Tribunales, pero las complejidades técnicas involucradas demandan la necesaria o conveniente intervención legislativa. El ordenamiento infra-constitucional será quien vaya reconstruyendo y encajando pretorianamente, caso a caso, la relación del ser humano y la sociedad con las nuevas tecnologías. Sobre todo con la convergencia de todas ellas; sobre cuya conjunción ejerce de catalizador la digitalización de programas de ordenador y de la información y de las redes de comunicaciones electrónicas.

20. Es esa convergencia precisamente lo que lleva en la actualidad a las demandas de constitucionalización de todo lo que tiene que ver con la sociedad digital, una vez que se constata que el desarrollo de la informática acaba convergiendo con otros muchos desarrollos y avances que se producen en otros campos distintos y separados como la biotecnología, la nano-tecnología, las telecomunicaciones o las ciencias cognitivas, por no citar sino las más importantes. Campos separados y distintos pero conectados - íntima o instrumentalmente - mucho más de lo que se podía sospechar. Muchos avances en el campo de la biotecnología, del genoma, de la nanotecnología, de las telecomunicaciones, etc. están basados en el empleo de instrumentos y medios electrónicos de investigación y conexión cuyo funcionamiento sólo es posible al estar construidos a partir de la digitalización y empleo de software capaz de penetrar allí donde los medios o instrumentos analógicos difícilmente podían llegar.

21. Así de la protección de determinados derechos fundamentales del individuo frente al uso de la informática, arribamos a un escenario mucho más amplio en que ya no son solo los derechos individuales los afectados -para bien o para mal - sino la vida colectiva social y política⁹.

III. La constatación de una inquietud global y generalizada por llevar a nivel constitucional la regulación de las relaciones producidas en entornos digitales

22. El punto de partida de la reflexión sobre cómo se aborda la relación del Derecho o los derechos fundamentales con la sociedad digital puede comenzar con la descripción de una corriente de opinión extendida por muchos países a lo largo del planeta sobre la necesidad de llevar a nivel constitucional previsiones en relación con los problemas derivados de la protección de los derechos y libertades frente a las nuevas tecnologías digitales y su empleo generalizado. Se trata en este apartado solo de constatar ese hecho, pero se trata de un hecho que tiene consecuencias en la medida en que la inquietud que suscita - dejando ahora de lado si está justificada o no - no es otra que la sensación de que los derechos y libertades, tal como se han formulado tradicionalmente hasta la fecha, no garantizan de modo suficiente los derechos. Son muchas las iniciativas surgidas de la sociedad civil - especialmente desde asociaciones, foros y ONG's aunque también de individuos - que desde hace más de 20 años vienen reclamando o haciendo directamente Declaraciones de Derechos en Internet o de derechos digitales o de Constituciones digitales. Tales iniciativas han tenido eco en el mundo político y han sido objeto de distintas iniciativas institucionales en forma de Declaraciones o textos legales.

23. Empezando por estos últimos deben recordarse en primer lugar la Declaración de Derechos en Internet de la Cámara de Diputados Italiana de 26 de junio de 2015; la Ley brasileña nº 12.965, de 23 de abril de 2014 sobre establecimiento de principios, garantías, derechos y deberes para el uso de Internet; la Ley orgánica española 3/2018 Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales o la Ley francesa nº 2016-1321 de 7 octubre 2016 para una República digital. También se debe recordar, sin ánimo exhaustivo, la Constitución Mexicana en sus reformas de los años 2013 y 2016 o finalmente la reciente reforma de la Constitución Chilena llevando al número 1º del artículo 19 de la Constitución una redacción que se refiera a la protección de la actividad cerebral (neuro-derechos).

⁹ Sobre el tema puede verse de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, Tomás "Retos, riesgos y oportunidades de la Sociedad digital" en Sociedad Digital y Derecho, Ed. BOE y Red.es, 2018 (dir. Quadra-Salcedo y Piñar Mañas) págs 21 y ss.

Las declaraciones o normas citadas no agotan los instrumentos normativos o declarativos (constitutivos de soft law en ocasiones) provenientes de instancias oficiales internacionales o de organizaciones o foros que se mueven en su órbita. Es el caso del Consejo de Europa o de Naciones Unidas.

24. No pueden olvidarse tampoco iniciativas legislativas o de reforma constitucional que, aunque no han llegado a prosperar por diversas razones, han estado en la agenda de los legislativos de diversos Estados y han suscitado el correspondiente debate en sus parlamentos y en la sociedad. Es el caso de USA, Filipinas o Islandia, entre otros. Así en USA la diputada por California Darrell Issa y el senador por Oregón Ron Wyden presentaron el 11 de junio de 2011 en Nueva York su “Digital Bill of Rights”, como la versión digital de su histórica Convención Constitucional. Lo mismo ocurre con la propuesta en Francia de una Carta digital que finalmente fue rechazada el 11 de julio de 2018. También en Filipinas varios diputados presentaron en abril de 2017 una “Magna Carta for Philippine Internet Freedom” como alternativa a Cybercrime Prevention Act of 2012. En otro aspecto en Islandia se propuso una nueva Constitución, finalmente rechazada, en que lo más novedoso – aparte de contener preceptos relativos a derechos en la sociedad digital - radica en haber sido elaborada a partir de una consulta ciudadana realizada por medios electrónicos, en la que pudo participar y hacer aportaciones cualquier ciudadano.

25. Finalmente están los impulsos que desde la sociedad civil y desde distintos foros se han hecho animando a tomar decisiones sobre los derechos en Internet o sobre la posición de los poderes públicos respecto de Internet o de los poderes fácticos y económicos al respecto. Así la temprana y libertaria declaración de independencia de John Perry Barlow “*A Cyberspace Independence Declaration*” de 1996, pasando por las innumerables propuestas y declaraciones de organizaciones internacionales o asociaciones sociales nacionales o internacionales o la posición de Stefano Rodotà expresada en “*Una Costituzione per internet*”.

26. El recordatorio que acaba de hacerse sirve para mostrar cómo existe una gran inquietud sobre la conveniencia de fijar en textos constitucionales, legales o declaraciones los derechos fundamentales o derechos a ellos conexos bajo la convicción de que la sociedad digital les afecta e incide de tal forma que es necesario hacerse eco de tal incidencia en alguno de los instrumentos señalados. Da lo mismo que se trate de normas (constituciones o leyes); de declaraciones de poderes legislativos nacionales; de declaraciones y recomendaciones de Organismos Internacionales; de meras propuestas de Cartas de derechos o de reformas constitucionales debatidas en el seno de poderes e instituciones que no hayan llegado a ser aprobadas o, finalmente, de reiteradas reclamaciones o propuestas desde la sociedad civil y sus organizaciones para constitucionalizar o dar carta de naturaleza a los derechos digitales. Lo que se detecta es una creciente sensación de inquietud porque no se lleven a la Constitución o a las leyes previsiones que determinen el papel y función de los recursos, aplicaciones y dispositivos de la sociedad de la información de forma que se sigan garantizando los derechos fundamentales.

27. Las primeras iniciativas pueden situarse en la sociedad civil (asociaciones, ONG’s y particulares) que han acabado llegando al legislador. Se trata de múltiples iniciativas que no son siempre muy coherentes en el contenido de lo que piden. Desde la libertaria posición de 1996 de John Perry Barlow hasta la más profunda y reflexiva hecha por Steffano Rodotà que inspiró en buena medida “*Dichiarazione dei diritti in internet*” de la Commissione per i diritti e i doveri in internet” o la Recomendación CM/Rec(2014)6 adoptada por el Consejo de Ministros del Consejo de Europa el 16 de abril de 2014.

La generalización de Internet - vinculada a una creciente digitalización de sistemas, dispositivos, programas, etc. - abre nuevos riesgos al constatarse que los ataques que pueden hacerse a través de las redes no son solo ataques a los derechos de las personas, sino al conjunto de las infraestructuras críticas sobre las que se sostiene la sociedad toda. Los ataques puntuales o sistemáticos - que pueden afectar al suministro eléctrico o de agua, al control del tráfico aéreo o ferroviario, a hospitales, semáforos, coches inteligentes, las comunicaciones electrónicas, acceso a cuentas bancarias, a interferencias en la democracia, la inteligencia artificial, el big data o el perfilado de las personas, etc. - no permiten soste-

ner ya una visión libertaria cuya única respuesta sea la de que Internet o, más ampliamente, la sociedad digital ha de ser un territorio libre de cualquier intervención.

28. Desde hace tiempo son los propios usuarios de la sociedad digital, los que reclaman regulaciones que den seguridad. Eso no quita que todavía a veces surja alguna propuesta libertaria que es preciso detectar, como también lo es que la propia asunción de la legitimación para tales intervenciones se legitimará por su objetivo. Eso exige estar muy atentos a la finalidad de las intervenciones y a los mecanismos de control y regulación. En efecto, no puede descartarse que regulaciones muy justificadas por su finalidad, puedan ser utilizadas abusivamente por los poderes públicos para fines distintos de los que legitiman las intervenciones. Puedan también ser utilizadas por particulares en forma que les dote de un poder que no puede ser compatible ni con la competencia en el mercado ni con la democracia, ni con los derechos de las personas.

29. Las anteriores reflexiones no se circunscriben solo a Internet - aunque ha sido en relación con la red de redes con las que se levantaron los primeros *caveat* respecto a regulaciones normativas o intervención de los poderes públicos – sino que se dirigen a todos los recursos y realizaciones de la sociedad digital, incluida la Inteligencia Artificial que constituye la más relevante en el momento actual. Hoy día las redes han sido instrumentalizadas por todo lo que circula a través de ellas, aunque siguen siendo unas de las fuentes (además de las plataformas) desde la que se recogen los datos que sirven para otras finalidades y aplicaciones basadas, ellas mismas, en técnicas digitales.

El Internet de las cosas no es solo internet, sino un conjunto de dispositivos e instrumentos dotados ellos mismos de elementos digitales que proporcionan datos y emiten órdenes automáticas que circulan a través de las redes, pero que son algo más que la red. Como también son algo más que la red los programas y algoritmos sobre los que se construye la inteligencia artificial que opera sobre enormes cantidades de datos y que a la vez crea nuevos datos que se almacenan, clasifican o quedan disponibles para nuevas y futuras finalidades.

IV. La carta española derechos digitales y la declaración europea de la regulación de la protección de datos y algunas de sus características

30. La Carta española de Derechos digitales, presentada públicamente por el presidente del Gobierno el 14 de julio de 2021 responde a la misma inquietud. Pero la Carta española frente a otras difundidas, contraídas sólo a Internet, comprende todos los sistemas, dispositivos, entornos y espacios digitales. Por otra parte no pretende limitarse sólo a nuestro país (aunque solo a él se dirige), sino que formula orientaciones y principios con pretensión de que sean válidos por comunes y compartidos por todo el mundo. Es la novedad de los viejos conflictos en nuevos escenarios lo que hace útil y conveniente la Carta, si le damos su justo valor. Útil porque funciona a modo de los faros que nos ayuda a identificar los escollos y dificultades de la navegación en la sociedad digital en la que cada día nos adentramos; faros que alertan de cuáles son los peligros y escollos que tendremos que afrontar y los principios y criterios para hacerlo.

31. La Carta relaciona en veintisiete apartados distintos derechos - no en todos los casos nuevos en su denominación, aunque sí en su adjetivación –, que nos da cuenta de los nuevos problemas que el mundo digital provoca, cumpliendo así una misión descriptiva de los concretos problemas que en cada uno de los derechos provoca la presente irrupción de la sociedad digital.

Cumple también una misión prospectiva, al referirse a tecnologías (como las neuro-tecnologías) que todavía no son aplicadas en la actualidad, pero que en pocos años lo van a ser; al recogerlas se adelantan problemas futuros que van a llegar y entre ellos el relativo a los neuro-derechos para regular (prohibir o limitar) el eventual acceso al conocimiento de pensamientos y sentimientos de las persona por parte de terceros a partir del acceso al cerebro y al sistema neuronal. Es también el caso del empleo creciente de la Inteligencia artificial, la robótica, el internet de las cosas, las *smart cities*, etc. con una

amplia difusión ya – con futuros y próximos desarrollos - pero de cuyo empleo y sus consecuencias una parte de la población no es muy consciente; como tampoco de su incidencia en la democracia o en el funcionamiento del mercado y la competencia.

Finalmente cumple una misión prescriptiva al indicar cuáles deben ser las pautas de regulación a aplicar en entornos digitales invocando principios, técnicas y políticas de la cultura tradicional de los derechos fundamentales.

32. La Carta no tiene carácter normativo ni debe tenerlo. No es la primera vez que se aprueban instrumentos sin valor normativo. En la UE no solo las Recomendaciones y dictámenes carecen de valor vinculante, sino que las Comunicaciones de la Comisión tampoco lo tienen; lo mismo puede decirse de instrumentos innominados como las directrices, las guías de conducta o los “libros blancos”. Todos ellos sin embargo pueden acabar conformando eso que se ha venido a llamar el *soft law*, que muchas veces ha llegado a tener incidencia en la práctica de los ejecutivos e incluso en la doctrina de los tribunales. En todo caso suministra orientaciones y pautas de conducta en defecto de otro instrumento vinculante, siempre sobre la base de su propio mérito y coherencia y en cuanto sea reflejo de un cierto consenso mayoritario.

33. Finalmente conviene insistir en que la persona humana - con su dignidad y los derechos que le son inherentes- es la base de todo. No son los inventos o las nuevas tecnologías los que construyen la dignidad de la persona, aunque pueden ayudar a preservarla y mantenerla. Pueden, en cambio, menos-cabarla si, deslumbrados por los aparatos y tecnologías, dejamos de mirar a la persona a cuyo servicio aquellos han sido establecidos. Con ese deslumbramiento habríamos caído en una dinámica semejante a la que Habermas denuncia¹⁰ y tal vez perdido el mismo norte que Goethe describe en “El aprendiz de brujo” lo que nos llevaría a ser prisioneros de la ciencia y la técnica en lugar de aprovecharnos de ella de forma sostenible.

34. Por lo que toca a la “Declaración europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital”¹¹ la misma trata de dejar claro desde el principio que en el campo del desarrollo de una economía basada en lo digital, a la que se quiere dar la máxima importancia en la UE, la persona y sus derechos son el eje que inspira toda la regulación del empleo de las tecnologías digitales.

La declaración se enfrenta a la cuestión empezando por dedicar su primer capítulo a subrayar precisamente que se trata de abordar una transformación digital centrada en las personas, dedicando los siguientes a destacar distintos aspectos muy vinculados con esa primera afirmación: la solidaridad y la inclusión en sus diversas manifestaciones (cap. 2º), la libertad de elección (cap. 3º), la participación pública en el espacio digital (cap. 4º), la seguridad, protección y empoderamiento (cap. 5º) y, finalmente, la sostenibilidad (cap. 6).

La Declaración supone una toma de posición de la UE sobre la forma cómo deben abordarse los desarrollos en la sociedad digital. Se limita a sentar principios muy generales, sin entrar en muchos detalles, pero deja clara la diferencia de enfoque que la UE tiene respecto a los que se practican en USA y, no hace falta decirlo, en China. Ello supondrá mayores restricciones que las habituales en Estados Unidos al desarrollo de aplicaciones, sistemas y dispositivos. Sin embargo, se ha visto ya en materia de protección de datos, Europa tiende a ser un referente mundial que no pueden desconocer ni siquiera las empresas americanas. El denominado “efecto Bruselas” - ya sea en la evolución regulatoria al otro lado del océano o en las asunción por empresas americanas de las exigencias europeas – se ha dejado sentir hasta ahora y es además un referente para otros países del resto del mundo.

¹⁰ Vid. Habermas, Jürgen “Ciencia y Técnica como ideología”. Tecnos, 1968.

¹¹ Presentada en enero de 2022 y aprobada el 15 de diciembre de 2022 con su firma por las presidentas de la Comisión y del Parlamento Europeo, Ursula von der Leyen y Roberta Metsola y el presidente de turno del Consejo, el primer ministro checo Petr Fiala.

35. A diferencia de la Declaración europea la Carta española desarrolla más los principios y explicita con más detalle los problemas que se suscitan en distintos ámbitos y apunta principios y criterios para resolver los problemas. En todo caso no pretende tener carácter vinculante. Ello no obstante, sin duda han de tener influencia en el legislador y en la resolución de controversias ante los Tribunales, el tipo de influencia propio del *soft-law* llamado a tener una papel más relevante en el futuro.

V. La regulación en otros ámbitos de la sociedad digital en reglamentos europeos

36. La “Declaración europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital” se ha inspirado en el enorme esfuerzo que la Comisión viene realizando en los últimos cuatro años por regular¹² distintos sectores y ámbitos de actividad de la sociedad digital aprobando un arsenal imponente de propuestas de reglamentos que afectan transversalmente a muchos sectores de la actividad privada – también pública - vinculada indefectiblemente con el empleo intensivo de técnicas digitales. En el caso de las actividades privadas lo relevante radica en el establecimiento de principios y técnicas que tratan de preservar los derechos de los ciudadanos y asegurar la responsabilidad de quienes emplean tecnologías digitales, así como determinar los límites o restricciones – no siempre fáciles de precisar y detallar en unos ámbitos tan tecnológicos y sofisticados – y cuya última concreción solo cabe teniendo presente los contextos y las cambiantes circunstancias que puedan concurrir en cada caso.

37. Eso conlleva que los Reglamentos – los ya aprobados en la segunda mitad de 2022 y las propuestas pendientes de aprobar - exijan ponderar principios muchas veces contradictorios o en tensión entre sí, que presuponen conocimientos o técnicas no originariamente jurídicas y cuyo alcance varía según cada situación concreta. Se produce así una especie de remisión a técnicas o conocimientos *aliunde*, como decíamos al comienzo del presente trabajo, cuya inobservancia o errónea aplicación puede tener graves consecuencias sancionadoras. De ahí que la regulación introduzca técnicas diversas que van desde la obligación de los operadores que emplean tecnologías digitales de respetar las condiciones y requisitos que se fijan por las normas o por las autoridades, hasta a atender a los ciudadanos que se sientan perturbados o a alertadores o la obligación de establecer códigos de buenas prácticas, o habilitar sistema de protección de los consumidores homologados e independientes de las empresas que actúan en el sector (arts. 16 y 21¹³). Finalmente también la interposición de entidades de supervisión y en cierto modo de regulación – al modo de agencias o autoridades independientes - con distintas potestades de resolver o ser consultadas en controversias. Es el caso, en lo que hace al Reglamento de servicios digitales, de la Junta

¹² Entre todas esas propuestas de reglamentos merecen citarse en primer lugar las ya aprobadas que se han erigido en ejemplo de por donde van a ir las cosas. Es el caso, entre las normas aprobadas, del Reglamento 2022/2065 de Servicios digitales, del Reglamento 2022/1935 de Mercados Digitales, del Reglamento de 2022/868 de Gobernanza de datos. O el caso de las numerosas propuestas de Reglamentos en marcha como el relativo a normas armonizadas sobre inteligencia artificial (Ley de IA) de 21 de abril de 2021 o la Propuesta de Reglamento sobre normas armonizadas para un acceso justo a los datos y su utilización (Ley de Datos). También la Propuesta de Directiva relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial; o la propuesta de requisitos horizontales de ciberseguridad para los productos con elementos digitales.

¹³ Reglamento UE 2022/2065 de servicios digitales: Arts 16.1 y 21.1

“Art. 16.1. “Los prestadores de servicios de alojamiento de datos establecerán mecanismos que permitan que cualquier persona física o entidad les notifique la presencia en su servicio de elementos de información concretos que esa persona física o entidad considere contenidos ilícitos. Dichos mecanismos serán de fácil acceso y manejo, y permitirán el envío de notificaciones exclusivamente por vía electrónica.”

“Art. 21.1 Resolución extrajudicial de litigios

¹. Los destinatarios del servicio, incluidas las personas físicas o entidades que hayan enviado notificaciones, a quienes vayan destinadas las decisiones a que se refiere el artículo 20, apartado 1, tendrán derecho a elegir cualquier órgano de resolución extrajudicial de litigios que haya sido certificado de conformidad con el apartado 3 del presente artículo para resolver litigios relativos a esas decisiones, incluidas las reclamaciones que no se hayan resuelto a través del sistema interno de tramitación de reclamaciones mencionado en dicho artículo.”

Europea de Servicios Digitales (art. 61) y de los Coordinadores de Servicios digitales (art. 49)¹⁴. Coordinadores de los que, por otra parte, se establece que deberán actuar con independencia¹⁵.

38. Si tomamos el ejemplo del novísimo reglamento europeo de Servicios digitales en el mismo se mantiene la exoneración de responsabilidad de lo que se llaman prestadores de servicios intermediarios, pero establece para ellos nuevas obligaciones de diligencia para crear un entorno en línea transparente y seguro del que se podrían llegar a derivar, en su caso, eventuales responsabilidades para tales prestadores. Ello aparte de las políticas de moderación de contenidos o de que la exención de responsabilidad presupone que el prestador intermediario desconoce, por ejemplo y en el caso de servicios de alojamiento, el carácter ilícito del contenido¹⁶. Concepto muy amplio de contenido ilícito según la letra h) del artículo 3 del Reglamento de Servicios digitales¹⁷ que deja abierta muchas posibilidades de responsabilidad.

Debe observarse también que el Reglamento de servicios digitales, cuando habla de ordenes de actuación contra contenidos ilícitos, no restringe tales órdenes a las autoridades judiciales, sino que siempre habla, también, de autoridades administrativas. De ello puede deducirse la importancia que tendrán los criterios que éstas últimas puedan ir sentando a ese respecto.

39. Lo mismo ocurre con otro reglamento – en este caso todavía propuesta de Reglamento- sobre normas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial (Ley de inteligencia artificial) en el que, además de prohibirse determinadas prácticas de sistemas de IA, se regula un sistema para clasificación de deter-

¹⁴ Reglamento UE 2022/2065 de servicios digitales:

Artº 49.1.º1. Los Estados miembros designarán una o varias autoridades competentes responsables de la supervisión de los prestadores de servicios intermediarios y de la ejecución del presente Reglamento (en lo sucesivo, «autoridades competentes»).

2. Los Estados miembros designarán a una de las autoridades competentes como su coordinador de servicios digitales. El coordinador de servicios digitales será responsable de todas las materias relacionadas con la supervisión y garantía del cumplimiento del presente Reglamento en ese Estado miembro, a menos que el Estado miembro de que se trate haya asignado determinadas funciones o sectores específicos a otras autoridades competentes. En todo caso, el coordinador de servicios digitales será responsable de garantizar la coordinación en el ámbito nacional respecto de tales materias y deimiento efectivas y coherentes del presente Reglamento en toda la Unión.”

“Art. 61.1

Junta Europea de Servicios Digitales

1. Se establece un grupo consultivo independiente integrado por coordinadores de servicios digitales para la supervisión de los prestadores de servicios intermediarios, denominado «Junta Europea de Servicios Digitales» (en lo sucesivo, «Junta»).

2. La Junta asesorará a los coordinadores de servicios digitales y a la Comisión de conformidad con el presente Reglamento para alcanzar los siguientes objetivos:

a) contribuir a la aplicación coherente del presente Reglamento y a la cooperación efectiva de los coordinadores de servicios digitales y la Comisión con respecto a las materias reguladas por el presente Reglamento;

b) coordinar y contribuir a las directrices y los análisis de la Comisión y los coordinadores de servicios digitales y otras autoridades competentes sobre problemas emergentes en el mercado interior con respecto a las materias reguladas por el presente Reglamento;

c) asistir a los coordinadores de servicios digitales y a la Comisión en la supervisión de las plataformas en línea de muy tamaño.”

¹⁵ Reglamento UE 2022/2065 de servicios digitales: “Art. 50.2. En el desempeño de sus funciones y en el ejercicio de sus competencias de conformidad con el presente Reglamento, los coordinadores de servicios digitales actuarán con completa independencia. Permanecerán libres de cualquier influencia externa, ya sea directa o indirecta, y no solicitarán ni aceptarán instrucciones de ninguna otra autoridad pública o particular”.

¹⁶ Reglamento UE 2022/2065 de servicios digitales: Art. 6.1 “Cuando se preste un servicio de la sociedad de la información consistente en almacenar información facilitada por un destinatario del servicio, el prestador de servicios no podrá ser considerado responsable de la información almacenada a petición del destinatario, a condición de que el prestador de servicios:

a) no tenga conocimiento efectivo de una actividad ilícita o de un contenido ilícito y, en lo que se refiere a solicitudes de indemnización por daños y perjuicios, no sea consciente de hechos o circunstancias que pongan de manifiesto la actividad ilícita o el contenido ilícito, o

b) en cuanto tenga conocimiento o sea consciente de ello, el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar el contenido ilícito o bloquear el acceso a este.

¹⁷ Artº 3º letra h) «contenido ilícito»: toda información que, por sí sola o en relación con una actividad, incluida la venta de productos o la prestación de servicios, incumpla el Derecho de la Unión o el Derecho de cualquier Estado miembro que cumpla el Derecho de la Unión, sea cual sea el objeto o carácter concreto de ese Derecho;

minados sistemas de IA como de alto riesgo y se establecen los requisitos a cumplir por tales sistemas de alto riesgo, las autoridades certificantes y las evaluaciones de conformidad¹⁸. También se crean autoridades específicas que han de actuar con objetividad e imparcialidad¹⁹. De nuevo también tales Autoridades son las que acabarán concretando lo que es conforme o no al Reglamento y lo harán con base no solo en las normas y en los principios que de ellas se desprendan sino con apoyo en los conocimientos y técnicas de los saberes vinculados con la IA lo que tiene gran trascendencia como enseguida se verá.

40. Algo semejante ocurre en los demás ámbitos normativos vinculados con las tecnologías digitales que configuran la sociedad digital actual y futura. Ello nos lleva a las últimas reflexiones sobre las características del Derecho que concierne a esta sociedad digital.

VI. La dimensión regulatoria de los mecanismos de solución de conflictos en la sociedad digital y las autoridades interpuestas en muchos casos

41. Las Autoridades independientes o los órganos dotados de cierta autonomía en los distintos ámbitos de la sociedad digital tratan de hacer legítimamente que una actividad se desarrolle con arreglo a los criterios más claros, transparentes, estables y controlables posibles; criterios elaborados a partir siempre de normas (leyes y reglamentos con sus reglas y principios) que remiten a otras ciencias, prácticas o técnicas dirigidas a que las actividades digitales respeten los derechos de los afectados por las mismas. Debe notarse que hablamos y enfatizamos la perspectiva de los derechos y no de la garantía de la competencia, aunque no se excluye que en la sociedad digital pueda también quedar comprometida la competencia (al igual que la democracia) como consecuencia de la posición de dominio o de las decisivas ventajas competitivas que puedan derivarse del conocimiento y empleo de datos que unos pocos lleguen a tener, precisamente por la digitalización de actividades, de los hábitos, preferencias o costumbres de los ciudadanos.

42. Pero volviendo al énfasis en los derechos del párrafo anterior, y sin perjuicio de las afecciones a otros bienes o valores (la competencia, el mercado, la democracia), es lo cierto que en actividades impregnadas y traspasadas por el empleo intensivo y masivo de las tecnologías digitales son frecuentemente los derechos de las personas los que pueden quedar comprometidos ya sea en su intimidad, honor, identidad, libertad (neuro-derechos) ya sea en otros derechos subjetivos, bienes o valores. Y las ponderaciones entre derechos que habitualmente se hacen en el espacio convencional o no digital cuando colisionan o se interfieren entre sí, han de hacerse también cuando la interferencia o colisión se produce en el espacio digital.

Lo que ocurre es que el resultado de esas ponderaciones entre derechos difiere en uno y otro espacio por razón de la presencia de dispositivos y sistemas digitales, ya que exige una ponderación distinta. El ejemplo del derecho al olvido de origen jurisprudencial antes analizado es buena prueba de lo que se quiere decir.

43. La peculiaridad y la dificultad presente en la sociedad digital cuando se trata de la ponderación de derechos en conflicto consiste en que las Administraciones llamadas, en primer lugar y antes

¹⁸ Propuesta Reglamento IA COM(2021) 206 final:

“Art. 7.1 Se otorgan a la Comisión los poderes para adoptar actos delegados de conformidad con el artículo 73 al objeto de modificar la lista del anexo III mediante la adición de sistemas de IA de alto riesgo cuando se reúnan las dos condiciones siguientes”.

¹⁹ Propuesta Reglamento IA COM(2021) 206 final:

“Art. 59. 1.Cada Estado miembro establecerá o designará autoridades nacionales competentes con el fin de garantizar la aplicación y ejecución del presente Reglamento. Las autoridades nacionales competentes se organizarán de manera que se preserve la objetividad e imparcialidad de sus actividades y funciones.

².Cada Estado miembro designará una autoridad nacional de supervisión entre las autoridades nacionales competentes. La autoridad nacional de supervisión actuará como autoridad notificante y como autoridad de vigilancia del mercado, salvo que un Estado miembro tenga razones organizativas o administrativas para designar más de una autoridad”.

de que intervengan los tribunales, a dar solución a tales conflictos tienen que ponderar no solo reglas y principios contenidos en las normas tradicionales, sino tener en cuenta para ello objetivos y políticas que pueden parecer contradictorias, así como otros saberes, técnicas o ciencias ajenos al Derecho.

44. En esos supuestos – ya conocidos y frecuentes en la regulación de sectores liberalizados - la legitimación de la actuación de las autoridades independientes ha de enraizarse además de, por supuesto, en el respeto a las reglas y principios contenidos en las normas (a veces escasas o imprecisas), en la transparencia, consistencia y coherencia de sus decisiones que solo puede lograrse con una motivación y un procedimiento para adoptarlas que permitan, en su posterior acceso a los tribunales, posibilidades efectivas de control judicial de la racionalidad y razonabilidad de la ponderación realizada del conjunto de criterios, intereses y valores a que las normas exigen que se atiendan; incluidas las recomendaciones, directrices y otras reglas de los saberes y prácticas a tener en cuenta (*lex artis* y *soft law*). Pero esa coherencia, consistencia y racionalidad está estrechamente vinculada con los tecnicismos (*technicalities*) de las ciencias y saberes relacionados con el mundo digital. Ello obliga a introducir en el discurso jurídico valoraciones y ponderaciones ancladas en lo técnico.

45. Estamos, así, ante un cambio, en cierto modo, cultural o de modo de concebir el Derecho cuando sus reglas y principios se complementan o, tal vez mejor, reintegran con conocimientos, ciencias, técnicas o prácticas ajenas en principio al Derecho. En definitiva, transformación del Derecho cuando el predominio que en su caracterización tenía el hecho de aplicar reglas y principios jurídicos claros no basta, sino que precisa echar mano, en forma decisiva, de conocimientos de otros ámbitos ajenos al Derecho y al lenguaje corriente y asequible; lenguaje este último que describe de forma elemental la naturaleza o las relaciones sociales. Cambio que podría, también, llegar incluso a caracterizarse como mutación cuando el operador jurídico se enfrenta a la necesidad de aplicar principios más o menos contradictorios entre sí y la preferencia entre ellos deriva de una ponderación que solo puede realizarse apelando a ciencias, conocimientos y prácticas ajenas al Derecho, aunque acaben siendo colonizadas o metabolizadas por el Derecho.

Eso supone una transformación del Derecho y de la cultura jurídica donde la cuestión nueva es cómo seguir dando seguridad jurídica en ese nuevo escenario, no desconocido por otra parte en la historia²⁰. Cómo mantener la idea de que pese a todo no estamos ante comportamientos puramente discrecionales, sino sujetos a Derecho en cuanto las soluciones tienen que justificarse en una motivación y fundamentación que sea la más sólida, consistente y coherente de entre las varias posibles; lo que significa que, por eso mismo, es controlable judicialmente, aunque siempre pueda existir algún grado de deferencia judicial. Asimismo, verificar en qué medida las normas propiamente dichas ofrecen puntos de apoyo para evitar entrar en el terreno de la discrecionalidad técnica en la que nuestra jurisprudencia evita entrar, salvo en los supuestos de manifiesta irrazonabilidad o ausencia de sentido²¹.

46. Si tomamos como ejemplo el sistema de gestión de riesgos que el artículo 9 de la propuesta de Reglamento de Inteligencia artificial (Propuesta Reglamento IA COM(2021) 206 final) prevé en relación con los sistemas de inteligencia artificial considerados de “alto riesgo”, se comprueba enseguida cómo la remisión a la técnica y a su evolución forma parte esencial del proceso para evaluar las condiciones de su utilización²². En ese sentido el apartado 3 del citado artículo 9 es especialmente expresivo

²⁰ Vid. sobre el tema de la seguridad y los nuevos escenarios que se suscitan en la actualidad Vida Fernández, José “La gobernanza de los riesgos digitales: desafíos y avances en la regulación de la inteligencia artificial” en “Cuadernos de Derecho Transnacional” Vol. 14 nº 1(2022).

²¹ Vid STS de 8 de julio de 2020 (Rcso 135/2019) (FD 6º nº 4º) sobre la discrecionalidad técnica.

²² Artículo 9 Sistema de gestión de riesgos

1 Se establecerá, implantará, documentará y mantendrá un sistema de gestión de riesgos asociado a los sistemas de IA de alto riesgo.

2. El sistema de gestión de riesgos consistirá en un proceso iterativo continuo que se llevará a cabo durante todo el ciclo de vida de un sistema de IA de alto riesgo, el cual requerirá actualizaciones sistemáticas periódicas. Constará de las siguientes etapas:

a) la identificación y el análisis de los riesgos conocidos y previsibles vinculados a cada sistema de IA de alto riesgo;

con su referencia tanto al estado actual de la técnica “generalmente reconocido” y reflejado “entre otras fuentes” en las “normas armonizadas”, sino también en las “especificaciones comunes pertinentes”.

3. Las medidas de gestión de riesgos mencionadas en el apartado 2, letra d), darán la debida consideración a los efectos y las posibles interacciones derivados de la aplicación combinada de los requisitos estipulados en el presente capítulo 2. Asimismo, tendrán en cuenta el estado actual de la técnica generalmente reconocido, que, entre otras fuentes, está reflejado en las normas armonizadas o las especificaciones comunes pertinentes.

47. Como se ve no solo la técnica no es de por sí algo que sea inmediatamente asequible al operador jurídico en su interpretación directa, sino que además se difumina algo con la referencia a que se trata del “estado actual” de la misma, lo que hace que pueda variar en el tiempo y que lo que hoy es admisible deje de serlo en el futuro. Eso, sin embargo, es algo aceptable, pero se difumina también en relación con el presente cuando ese “estado actual” – no el futuro – es el “*generalmente reconocido*”, lo que abre un campo de imprecisión sobre esa generalidad. La forma de cerrar esa eventual imprecisión sobre la generalidad de la técnica actual se hace con remisión a dos instrumentos: las normas armonizadas y las “*especificaciones comunes pertinentes*”. Al margen de la imprecisión sobre la jerarquía entre tales dos *instrumentos* o el carácter subsidiario entre ellos, la misma se aumenta con la referencia a que esa referencia a ambos se hace “entre otras fuentes”, sin aclarar cuáles son tales fuentes.

En definitiva el operador jurídico que tenga que tomar decisiones sobre si el empleo de los sistemas respetan las previsiones del futuro reglamento tendrá un amplio margen de decisión que algunos podrían considerar creación. No significa desde luego que su decisión sea arbitraria, pero sí que, lo que se puede hacer o no, queda remitido a un operador para el que el Reglamento no es la fuente más decisiva, aunque sea el fundamento de su resolución.

Todo ello se agudiza más cuando de conformidad con el número 4 del artículo 9 para determinar cuáles son las medidas de gestión de riesgos más adecuadas “*se procurará*” “*eliminar o reducir los riesgos en la medida en que sea posible*” o “*implantar, cuando proceda, medidas de mitigación*”. Procurar, en la medida de lo posible o cuando proceda son términos elusivos que dejan gran espacio al decisor.

48. La remisión a ciencias, prácticas, técnicas, etc., ajenas (*aliunde*) al Derecho no es algo desconocido. Las referencias de la Jurisprudencia a la *lex artis* son conocidas en el ámbito de la responsabilidad civil o incluso patrimonial de la Administración desde tiempo inmemorial. Lo han sido también en el ámbito del Derecho de la competencia apelando a la economía en muchos casos para determinar

b) la estimación y la evaluación de los riesgos que podrían surgir cuando el sistema de IA de alto riesgo en cuestión se utilice conforme a su finalidad prevista y cuando se le dé un uso indebido razonablemente previsible;

c) la evaluación de otros riesgos que podrían surgir a partir del análisis de los datos recogidos con el sistema de seguimiento posterior a la comercialización al que se refiere el artículo 61;

d) la adopción de medidas oportunas de gestión de riesgos con arreglo a lo dispuesto en los apartados siguientes.

3. Las medidas de gestión de riesgos mencionadas en el apartado 2, letra d), darán la debida consideración a los efectos y las posibles interacciones derivados de la aplicación combinada de los requisitos estipulados en el presente capítulo 2. Asimismo, tendrán en cuenta el estado actual de la técnica generalmente reconocido, que, entre otras fuentes, está reflejado en las normas armonizadas o las especificaciones comunes pertinentes.

4. Las medidas de gestión de riesgos mencionadas en el apartado 2, letra d), considerarán aceptables los riesgos residuales asociados a cada peligro, así como el riesgo residual general de los sistemas de IA de alto riesgo, siempre que el sistema de IA de alto riesgo de que se trate se utilice conforme a su finalidad prevista o que se le dé un uso indebido razonablemente previsible. Se informará al usuario de dichos riesgos residuales.

A la hora de determinar cuáles son las medidas de gestión de riesgos más adecuadas, se procurará:

a) eliminar o reducir los riesgos en la medida en que sea posible mediante un diseño y un desarrollo adecuados;

b) implantar, cuando proceda, unas medidas de mitigación y control apropiadas en relación con los riesgos que no puedan eliminarse;

c) proporcionar la información oportuna conforme al artículo 13, en particular en relación con los riesgos mencionados en el apartado 2, letra b), del presente artículo y, cuando proceda, impartir formación a los usuarios.

Cuando se eliminen o reduzcan los riesgos asociados a la utilización del sistema de IA de alto riesgo, se tendrán en la debida consideración los conocimientos técnicos, la experiencia, la educación y la formación que se espera que posea el usuario, así como el entorno en el que está previsto que se utilice el sistema.

los mercados relevantes a los efectos de analizar los efectos sobre el mercado de determinadas medidas de concentración de empresas por ejemplo.

49. También se conocen en el ámbito de los sectores regulados y de todos los que han sido objeto de liberalización de los antiguos servicios públicos en monopolio. Ahora se extiende esas remisiones a conocimientos, ciencias, técnicas y prácticas *aliunde* a todas aquellas actividades penetradas por el empleo de las tecnologías digitales, en las que como consecuencia de tal empleo puede afectarse a derechos de las personas que exigen ponderar cómo proteger esos derechos, así como articularlos con los demás derechos en presencia; derechos a los que podría darse preferencia en el proceso de delimitación respectiva.

50. Pero, además de los derechos de las personas, pueden ponerse en peligro otros bienes o valores constitucionales como la democracia misma o la competencia entre operadores.

51. Sean cuales sean los derechos, bienes o valores que hay que ponderar, es lo cierto que en todas esas actividades penetradas por las tecnologías digitales se está imponiendo normativamente la presencia de autoridades competentes para resolver conflictos o prevenirlos. Autoridades que se interponen con carácter previo entre los derechos de las personas que puedan resultar afectados y los jueces y Tribunales. Tal interposición – y si se quiere, a su través, administrativización del conflicto – pretende que en una sociedad masiva y universalmente transida por las tecnologías digitales no sean los jueces los primeros que, con las respuestas garantistas de un proceso, tengan que dar solución a problemas que pueden afectar a millones de personas, problemas penetrados y condicionados por altos contenido tecnológicos, sino creando unas instancias administrativas de Agencias u organismos dotados de autonomía o independencia y con conocimientos técnicos o científicos para resolver conflictos entre partes. Para resolverlos *ex post* en muchos casos, pero para prevenirlos *ex ante* adelantándose a los problemas estableciendo preventivamente - de acuerdo con la legislación y con referencia a ciencias, conocimientos, prácticas y técnicas *aliunde* – medidas de protección de los derechos. También dando sucesivamente solución provisional a los conflictos, sin perjuicio de posterior control por los Tribunales.

52. Tanto en el establecimiento de las medidas preventivas, como en la solución posterior de conflictos por esos organismos el papel de estos no es el clásico de un aplicador de las reglas y principios del Derecho sino, el más característico de nuestro tiempo y perceptible de forma internacional - o, por ósmosis, transnacional - de forma que implica una transformación del método y del concepto mismo del Derecho: el de un regulador que con base en las reglas y principios que se contienen en las normas, pero apoyándose en otras ciencias, técnicas, prácticas, etc., tiene que determinar con carácter preventivo lo que se puede o no hacer y con carácter resolutorio si lo hecho es conforme a Derecho.

Es a ese modo de comportarse las Autoridades competentes en cada ámbito impregnado por las tecnologías digitales a las que les cuadra perfectamente el concepto de regulación que parece extenderse así a la sociedad digital.

La fusión transfronteriza en el ámbito del Derecho Comunitario

Cross-border mergers under Community Law

LUISA MARÍA ESTEBAN RAMOS

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Mercantil
Universidad de Valladolid*

ORCID ID: 0000-0002-0408-5692

Recibido: 14.06.2023 / Aceptado: 04.07.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.8061

Resumen: Teniendo en cuenta la reciente modificación que se ha producido en el ordenamiento jurídico español, en materia de fusiones transfronterizas, para transponer la Directiva 2019/2121, parece conveniente conocer cómo aparece regulada esta operación en el ámbito comunitario. La Directiva 2019/2121 puede calificarse como una directiva de mínimos, lo que supone que podrán mantenerse diferencias entre los ordenamientos de los Estados miembros, no garantizándose la uniformidad en la regulación de una operación, como es la fusión transfronteriza, que implica a sociedades de diferentes Estados miembros, cuya *Lex societatis* puede ser muy diferente.

Palabras clave: fusión transfronteriza; libertad de establecimiento, Directiva 2019/2121.

Abstract: Taking into account the recent modification that has taken place in the Spanish legal system regarding cross-border mergers, in order to transpose Directive 2019/2121, it seems convenient to know how this operation is regulated at the Community level. Directive 2019/2121 can be described as a minimum directive, which means that differences may remain between the legal systems of the Member States, not guaranteeing uniformity in the regulation of an operation, such as a cross-border merger, which involves companies from different Member States, whose *Lex societatis* may be very different.

Keywords: Cross-border merger; freedom of establishment; Directive 2019/2121.

Sumario: I. Introducción. II. La fusión transfronteriza comunitaria: antecedentes normativos. III. Normativa vigente. IV. Concepto y modalidades de fusión transfronteriza. Ámbito de aplicación de la Directiva. 1. Concepto y modalidades. 2. Ámbito de aplicación. V. Procedimiento. 1. Fase previa. A) Proyecto común de fusión. B) Informe del órgano de administración o de dirección. C) Informe pericial independiente. D) Publicidad. 2. Fase decisoria o de aprobación. 3. Control de legalidad de la operación. A) Control previo. B) Control de legalidad. 4. Registro, efectos y validez. A) Registro. B) Efectos de la fusión transfronteriza. C) Validez. VI. Particular referencia a la protección de los intereses de los principales sujetos afectados por la operación. 1. Protección de los socios. 2. Protección de los acreedores. 3. Protección de los trabajadores.

I. Introducción

1. Las fusiones transfronterizas son operaciones de reestructuración empresarial frecuentes, que continuarán siéndolo en el futuro¹. Afirmar el Profesor Arenas García² que las modificaciones societarias transfronterizas han pasado de la marginalidad a la centralidad y constituyen, en la actualidad, una de las manifestaciones de la libertad de establecimiento³.

2. La fusión, en particular la de carácter transfronterizo, permite que en un mercado globalizado⁴ e internacionalizado como el actual, las empresas mejoren su productividad y sus resultados. En ciertos casos, el acceso a estas operaciones se presenta como la única posibilidad para evitar su desaparición. Por ello, resulta imprescindible ofrecer un marco jurídico que haga posible las fusiones, tanto en el ámbito interno como en el internacional, dando respuesta a los posibles conflictos que su realización pueda generar.

3. Cuando se proyecta una fusión transfronteriza, se implica a sociedades de distintos Estados y, con ello, a diferentes ordenamientos jurídicos⁵, lo que complica el diseño de estas operaciones en relación con las de carácter nacional. A la problemática propia de su tramitación, se añade la circunstancia de que la normativa aplicable a la sociedad resultante va a ser diferente a la que se venía aplicando, al menos, a una de las sociedades participantes en la operación. Por ello, uno de los factores a tener en cuenta al decidir qué sociedad es la que va a recibir los patrimonios y los socios de las sociedades que van a desaparecer como consecuencia de la fusión, es el de la legislación nacional que le resulte aplicable ya que, incluso en el ámbito de la Unión Europea, no todas las legislaciones societarias son iguales⁶.

4. Es fundamental que la normativa que regule las fusiones transfronterizas no obstaculice su realización y proteja, de la mejor manera posible, todos los intereses implicados. El Considerando primero de la Directiva (UE) 2019/2121 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de

¹ Así lo afirma A. TAPIA FRADE, *La fusión transfronteriza de sociedades anónimas en derecho español y europeo*, Civitas, Madrid, 2019, p. 36, al recordar las palabras de Pikety, T., para quien puede razonablemente suponerse que ninguna reacción política alterará el curso del capitalismo y de la globalización financiera a lo largo de los próximos dos siglos... Las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas aumentarán y continuarán siendo un fenómeno en auge.

² R. ARENAS GARCÍA, “Las modificaciones societarias transfronterizas: de la marginalidad a la centralidad”, *La Ley Unión Europea*, núm. 113, 2023. Nos recuerda que hace solo unas décadas, las modificaciones estructurales internacionales de sociedades eran una rareza. Los pocos supuestos de fusiones internacionales de sociedades o de transferencia internacional del domicilio social con transformación societaria existentes que había, no tenían una adecuada regulación, lo que ocasionaba importantes problemas prácticos para su realización.

³ A. TAPIA FRADE, *La fusión transfronteriza...*, p. 129. Citando la STJUE 30 de noviembre 1995, *Gebhard*, C-55/94, dice que el derecho de establecimiento debe entenderse como la posibilidad de participar, de manera estable y continuada, en la vida económica de otro Estado miembro, a fin de garantizar su pleno disfrute, y en p. 133, Una de las finalidades de la proclamación del derecho de establecimiento es promover la concentración de empresas, siendo la fusión de sociedades un medio privilegiado para ella; C. TEICHMANN, “Protección de acreedores en modificaciones estructurales transfronterizas”, *RDCP*, 30, 2019. De la libertad de establecimiento se desprende que los Estados miembros deben permitir aquellas modificaciones estructurales transfronterizas que fueran posibles bajo la regulación nacional. La STJUE 13 diciembre 2005, *Sevic*, C-411/03, establece que las modificaciones estructurales se encuentran incluidas en el ámbito de la libertad de establecimiento. No obstante, esta extensión puede plantear dificultades ya que las modificaciones estructurales no pueden equipararse a un asentamiento de hecho, sino que simplemente se produce una modificación del marco legal de la empresa, y ese marco legal se basa en gran medida en la legislación nacional; F. ESTEBAN DE LA ROSA, “Ferrovial traslada su sede legal a Ámsterdam: ¿se puede hacer algo para evitarlo?”, *La Ley Mercantil*, 102, mayo 2023. La libertad de establecimiento resulta optimizada si se admiten las fusiones transfronterizas.

⁴ A. TAPIA FRADE, *La fusión transfronteriza...*, pp. 124-125. La globalización económica debe también transformarse en una globalización jurídica. El proceso de globalización se está alcanzando mediante rutas regionales. Y estas rutas están implicando la universalización parcial o regional del Derecho positivo.

⁵ A. TAPIA FRADE, *La fusión transfronteriza...*, p. 44. Los contextos regulatorios supranacionales se presentan como una solución para evitar o limitar el exceso regulatorio que se produce en relación con estas operaciones.

⁶ Esto supone que se manejarán motivaciones semejantes a las que están presentes en los supuestos de traslado de la sede social. Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Traslado intraeuropeo de la sede social de las sociedades de capital”, *REEI*, 37, 2019. Habla de búsqueda de un mercado más favorable o de una legislación fiscal o societaria más favorecedora. Incluso, a veces lo que se busca a la hora de elegir la sede es cierta reputación comercial.

2019, por la que se modifica la Directiva 2017/1132 en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas (en adelante, Directiva 2019/2121)⁷, reconoce la importancia de dotar a estas operaciones de una adecuada regulación al señalar que *las normas sobre fusiones transfronterizas representan un hito en la mejora del funcionamiento del mercado interior para las sociedades y empresas y su ejercicio de la libertad de establecimiento*.

5. Aunque este trabajo se centra en el estudio de las fusiones transfronterizas realizadas entre sociedades de distintos Estados miembros, no se pretende restar importancia a aquellas que trasciendan las fronteras del mercado europeo. La fusión transfronteriza comunitaria, no solo constituye uno de los instrumentos jurídicos que contribuye a la consecución del mercado único, sino que también facilita la competencia de las empresas europeas con las americanas y japonesas⁸.

II. La fusión transfronteriza comunitaria: antecedentes normativos

6. La regulación de las fusiones transfronterizas presenta dificultades en la medida en que, como hemos visto, están implicados varios Estados, con ordenamientos propios. De ahí la importancia de que exista normativa internacional, que permita superar los problemas derivados de la existencia de múltiples regulaciones. Normativa que sí existe, y que es la que vamos a analizar en este trabajo, en el ámbito de la Unión Europea.

7. Las fusiones transfronterizas aparecían reguladas⁹ ya en la Directiva (CE) 2005/56 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital¹⁰, en cuyos considerandos se advertía de la necesidad que tienen las sociedades de capital de diferentes Estados miembros, de cooperación y reagrupamiento¹¹. La consecución de estos objetivos mediante fusiones entre sociedades pertenecientes a distintos Estados miembros, se encontraba con importantes obstáculos legales y administrativos. Por ello, y *para garantizar la realización y el funcionamiento del mercado interior*, resultaba necesaria la existencia de normas comunitarias que facilitaran las fusiones transfronterizas entre sociedades de distintos Estados miembros¹².

8. El modelo que establece la Directiva 2005/56, se basa en los mismos principios y en la misma técnica que el Reglamento (CE) nº 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprue-

⁷ DOUE L 321, de 12 de diciembre de 2019.

⁸ A. QUINTAS SEARA, "La Sociedad Anónima Europea: una reflexión sobre la dilución de su atractivo en el ámbito de las operaciones transfronterizas de fusión y traslado de sede social", *Revista de Estudios Europeos*, Vol. 79, enero-junio, 2022, p. 186. Es necesario adoptar instrumentos jurídicos que permitan dar respuesta a las crecientes necesidades de cooperación entre sociedades a nivel europeo y facilitar la constitución de empresas de dimensión comunitaria, que puedan competir con las japonesas o americanas.

⁹ El retraso producido en la aparición de una regulación específica sobre fusiones transfronterizas intracomunitarias, llevó a hablar de fracaso de la solución comunitaria. Vid. H. SÁNCHEZ RUS, "La fusión transfronteriza de Sociedades Anónimas desde la perspectiva del Derecho español", *Las operaciones societarias de modificación estructural*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 152-153. Habla de fracaso relativo.

¹⁰ DOUE L 310 de 25 de noviembre de 2005.

¹¹ R. ARENAS GARCÍA, "Fusiones internacionales, libertad de establecimiento y derechos de los acreedores. Cuestiones abiertas por la STJ (Sala Tercera) de 7 de abril de 2016 (AS. C-483/14 KA FINANZ AG y SPARKASSEN VERSICHERUNG AG VIENNA INSURANCE GROUP)", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, oct. 2017, Vol. 9, núm. 2, p. 581. Con la Directiva 2005/56/CE, se ofrece una solución al problema de la admisión de las fusiones internacionales. Las exigencias derivadas de la libertad de establecimiento impedían que la fusión societaria se limitara a las operaciones internas, pero la falta de normativa sobre el procedimiento de fusión internacional hacía difícil su admisión.

¹² A. QUINTAS SEARA, "La Sociedad Anónima Europea...", pp. 189-190. Antes de la Directiva de 2005, las fusiones transfronterizas se llevaban a cabo con escasa seguridad jurídica, planteaban problemas en materia de protección de los derechos e intereses de socios, acreedores y trabajadores, y suponían un coste importante para las sociedades participantes, todo lo cual, afectaba de manera negativa al funcionamiento del mercado interior; V. MAMBRILLA RIVERA, "Particularidades de las fases preparatoria y decisoria", en F. RODRÍGUEZ ARTIGAS (COORD.), *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, T I, Aranzadi, Navarra, 2009, p. 882. Se trata de una norma de mínimos, que combina normas de conflicto y normas materiales, y es reflejo del proceso de simplificación del Derecho comunitario.

ba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea¹³. En sus considerandos reconoce la necesidad de que aquellas empresas que no limiten su actividad a satisfacer necesidades locales, puedan reorganizar sus actividades a escala comunitaria. Para ello, las empresas ya existentes en los Estados miembros han de poder unir sus fuerzas mediante operaciones de concentración y fusión, cuya realización debe respetar las normas de competencia del Tratado¹⁴. El Estatuto de la Sociedad Anónima Europea supuso el punto de partida para que la Directiva de fusiones transfronterizas llegara a ser una realidad.

9. La Directiva CE 2005/56, que pretendía ser aplicable a todo tipo de sociedades de capital con independencia de su tamaño, fue derogada por la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de Sociedades (en adelante, Directiva 2017/1132)¹⁵. En su considerando 55 establece que la Directiva debe facilitar la fusión transfronteriza de sociedades de capital. *La legislación de los Estados miembros debe permitir la fusión transfronteriza de una sociedad de capital nacional con una sociedad de capital de otro Estado miembro si la legislación nacional de los Estados miembros afectados permite las fusiones entre dichos tipos de sociedades.*

10. La Directiva 2017/1132, en su redacción original, regulaba las fusiones y las escisiones de las sociedades de capital, dedicando un capítulo específico a las fusiones transfronterizas, capítulo que no encontramos en las normas dedicadas a las operaciones de escisión.

III. Normativa vigente

11. La regulación contenida en la Directiva 2017/1132 pretende ser mejorada con la Directiva 2019/2121, por la que se modifica la Directiva 2017/1132 en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas, DOUE L 321, de 12 de diciembre de 2019¹⁷. En el Considerando primero de esta Directiva, se pone de manifiesto la necesidad de modificar las normas existentes en materia de fusión transfronteriza, así como la de incluir normas que regulen las transformaciones y escisiones transfronterizas.

12. La Directiva 2019/2121 forma parte del conocido como *Company Law package*¹⁸, propuesto

¹³ DOUE L 294, de 10 de noviembre de 2001.

¹⁴ R. ARENAS GARCÍA, “Las modificaciones societarias transfronterizas... La realización de las operaciones transfronterizas europeas resultaba dificultada por la denegación del reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades de Derecho nacional en los Estados que seguían la teoría de la sede, cuando la sociedad se había constituido conforme al Derecho de un Estado diferente al Estado de constitución. Varias decisiones del Tribunal de Luxemburgo, en materia de derecho de sociedades, pusieron fin de facto a la teoría de la sede.

¹⁵ DOUE L 169 de 30 de junio de 2017.

¹⁶ L. HERNANDO CEBRIÁ, “Modelos societarios y digitalización en la movilidad transfronteriza intracomunitaria”, *RDS*, 65, 2022. Esta Directiva ha sentado las bases para el desarrollo del *Company Law Package*; A. TAPIA FRADE, *La fusión transfronteriza...*, pp. 156 y ss, sobre el iter legislativo de la Directiva.

¹⁷ R. ARENAS GARCÍA, “La Directiva sobre transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas: regulación y facilitación de la movilidad de sociedades dentro de la Unión Europea”, *La Ley Unión Europea*, núm. 77, enero 2020. Considera que el aspecto más relevante de la Directiva 2019/2121, es la regulación de la movilidad internacional de las sociedades. En este ámbito, nos encontramos con un debate previo sobre la transcendencia que ha tenido el régimen de la movilidad de las sociedades dentro de la UE. Vid. además, A. PÉREZ TROYA, “La Directiva sobre transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas: Una primera aproximación, con particular referencia a la tutela de los socios”, *RDS*, 58, 2020. Sobre los antecedentes y la justificación de la Directiva 2019/2121.

¹⁸ La otra Directiva que forma parte de este paquete, es la Directiva (UE) 2019/1151 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132, en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de Sociedades, DOUE L186, de 11 de julio de 2019. Con estas Directivas se trata de favorecer la libertad de establecimiento en la UE y la movilidad empresarial. Vid. además, J. PULGAR EZQUERRA, “Transformaciones transfronterizas y Directiva (UE 2019/2121): prevención del fraude y protección de socios y acreedores”, *La Ley*, 1861/2020. Junto a las Directivas que integran el *Company law package*, menciona la Directiva 2019/1023, sobre marcos de reestructuración preventiva, para afirmar que 2019 ha sido un año decisivo para el impulso del derecho de sociedades desde la perspectiva del derecho privado europeo; A. COHEN BENCHETRIT, “Impacto de la nueva propuesta de Directiva sobre las modificaciones estructurales de las sociedades de capital”, *Notario del Siglo XXI*, 84, 2019. La finalidad del *Company Law Package* es crear reglas más simples y menos costosas para las sociedades, en relación con su constitución y registro y la realización de modificaciones estructurales transfronterizas.

en abril de 2018 por la Comisión Europea, y que tiene como núcleo la digitalización de las sociedades y la movilidad transfronteriza¹⁹.

13. Con esta Directiva, se pretende favorecer la libertad de establecimiento que constituye, señala, *uno de los principios fundamentales del Derecho de la Unión* (artículos 49 y 54 TFUE²⁰). En el espacio sin fronteras que constituye el mercado interior, los Tratados garantizan la libre circulación²¹ y el derecho de establecimiento²². Este derecho también se reconoce a las sociedades y empresas, y se refuerza facilitando la realización de las tres operaciones transfronterizas que regula la Directiva.

14. Para proporcionar seguridad jurídica a los diferentes intereses implicados en las operaciones transfronterizas, se establece un control de legalidad de las mismas que tiene lugar antes de que produzcan efectos, para evitar que en el ejercicio de la libertad de establecimiento se pretendan cometer abusos. Tampoco se olvida de la protección de los intereses afectados: trabajadores, socios y acreedores. Se dice que *los derechos de las sociedades a realizar transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas deben ir de la mano y estar debidamente equilibrados con la protección de los trabajadores, los acreedores y los socios*. Lo que permite incluir restricciones a la libertad de establecimiento cuando así lo exija la tutela de estos intereses, aunque estas restricciones han de ser proporcionadas²³. Con el reconocimiento de esta posibilidad, no hace más que ponerse de manifiesto la transcendencia que tiene evitar, en la medida de lo posible, que los sujetos a los que afecta la operación resulten perjudicados²⁴.

15. La Directiva 2019/2121 introduce una armonización mínima, lo que dificulta la consecución de sus objetivos²⁵, al permitir la persistencia de diferencias entre los ordenamientos de los distintos Estados. Diferencias que pueden influir, como ya hemos apuntado, en la decisión de la sede de la sociedad resultante de la operación, en función de que esa legislación resulte o no más favorable²⁶.

16. Aunque con la reforma de 2019 se mantiene el esquema procedimental de la fusión, se produce un distanciamiento de la regulación contenida en la redacción inicial de la Directiva 2017/1132²⁷. No sólo se ha modificado la normativa relativa a la fusión transfronteriza, sino que se ha introducido

¹⁹ A. PÉREZ TROYA, “La Directiva sobre transformaciones...”, El resultado final no ha estado a la altura de lo que en principio se prometía, en particular, en relación con la Directiva de operaciones transfronterizas, donde los cambios han sido considerables, y durante su gestación se ha tendido a una rebaja de la armonización y de las exigencias iniciales. No obstante, el conjunto del paquete aprobado ha constituido un nuevo e importante paso para la conformación de un *corpus commune* societario europeo más completo y la Directiva sobre operaciones transfronterizas ha mejorado la situación previa de forma notable.

²⁰ DOUE C 83/47, de 30 de marzo de 2010.

²¹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Traslado intraeuropeo...”, Se afirma que el Derecho europeo es el derecho de la libre circulación.

²² M. BUSTILLO SAIZ, “El derecho de separación de los socios en las operaciones transfronterizas”, *RDS*, 60, 2020. La movilidad estructural intracomunitaria se fundamenta en el ejercicio de la libertad de establecimiento, como se ha venido reconociendo en la interpretación ampliada que se hace de la misma por la jurisprudencia del TJUE. En alguna de sus sentencias, se ha llegado a calificar a estas operaciones como modalidades particulares del ejercicio de la libertad de establecimiento.

²³ J. PULGAR EZQUERRA, “Transformaciones transfronterizas...”

²⁴ L. M. ESTEBAN RAMOS, *Los acreedores sociales ante los procesos de fusión y escisión de sociedades anónimas: instrumentos de protección* Thomson Reuters. Aranzadi, 2017, p. 91. Una de las razones por las que se decide el sometimiento de las operaciones de fusión y escisión a un cauce normativo específico, es para proteger a socios y acreedores.

²⁵ J. PULGAR EZQUERRA, “Transformaciones transfronterizas...”, Alude a los problemas que pueden derivarse de ese carácter de armonización mínima.

²⁶ Un ejemplo lo encontramos en una operación de fusión transfronteriza que ha dado mucho que hablar en nuestro país este año, la fusión de Ferrovial, donde se ha optado por Ámsterdam como sede de la sociedad resultante de la operación. La sociedad absorbente, Ferrovial International S.E, es una filial totalmente participada por la sociedad absorbida, la española Ferrovial S.A. Sobre esta operación puede verse, entre otros, GORRIZ LÓPEZ, C. “Ferrovial: fusión transnacional intracomunitaria de la matriz por una filial totalmente participada”, *LA LEY Unión Europea*, 113, 2023.

²⁷ F. ESTEBAN DE LA ROSA, “Ferrovial traslada su sede legal...”, Dice que incorpora dosis más elevadas de uniformidad, mejora la publicidad y la transparencia de la operación, refuerza los derechos de los socios de las empresas involucradas, unifica parcialmente el régimen de protección de los acreedores, potencia la posición de los trabajadores, introduce nuevos controles ex ante para evitar que la fusión se utilice para eludir normas nacionales, e incluye soluciones innovadoras con respuestas mejor adaptadas a la caracterización transfronteriza de la fusión. Como contrapartida, el régimen es más exigente.

la regulación de las transformaciones y escisiones transfronterizas, estableciendo una regulación armonizada para estas operaciones, hasta entonces ausente²⁸. Se ha dicho²⁹ que con la Directiva 2019/2121 se pone fin al proceso de normalización legislativa de las modificaciones estructurales internacionales dentro de la Unión Europea³⁰. Con la regulación de estas tres operaciones, se trata de equilibrar la posibilidad de movilidad de las empresas con la protección de los intereses afectados por dichos cambios³¹.

17. Los cambios que se introducen en la regulación de la fusión transfronteriza pretenden equiparar el régimen de esta operación con el establecido para las transformaciones transfronterizas³², que se toma como modelo.

18. La fusión transfronteriza intracomunitaria se encuentra regulada en el Capítulo II del Título II de la Directiva 2017/1132, bajo el título *Fusiones transfronterizas de sociedades de capital*, que se ha visto afectado, como hemos anticipado, de manera significativa por las modificaciones introducidas por la Directiva 2019/2121.

19. Esta Directiva, que debía haber sido objeto de transposición antes del 31 de enero de 2023, lo ha sido con posterioridad a esa fecha, con el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea³³. Este Real Decreto-ley ha derogado Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles³⁴.

20. La forma en la que se ha llevado a cabo la transposición, no puede dejar de ser objeto de crítica por varias razones. Entre ellas, porque no parece justificado que una regulación de la trascendencia de la que atañe a las operaciones de modificación estructural de sociedades, se lleve a cabo a través de un Real Decreto-ley, a pesar de las reiteradas referencias a la urgencia contenidas en la Exposición de Motivos de la norma. No es posible argumentar urgencia, cuando ha existido tiempo más que suficiente

²⁸ Señala su Considerando 5 que *La ausencia de un marco jurídico para las transformaciones y escisiones transfronterizas da lugar a una fragmentación legal y a una inseguridad jurídica y, por tanto, a la existencia de barreras al ejercicio de la libertad de establecimiento. También conduce a que la protección de los trabajadores, los acreedores y los socios minoritarios en el mercado interior diste de ser óptima*. Vid, además, A. FERNÁNDEZ- TRESGUERRES GARCÍA, “Introducción a las nuevas propuestas en derecho europeo de sociedades”, *RMV*, núm. 22, enero 2018. La Directiva 2019/2121 *aúna una modificación, la relativa a la fusión transfronteriza, y dos nuevas iniciativas, las que se refieren a la transformación intracomunitaria y a la escisión transfronteriza. También señala como novedad, el cambio de terminología en el caso de la transformación. No se habla de traslado de sede, término conceptualmente quemado, sino de transformación*; A. J. TAPIA HERMIDA, “Operaciones transfronterizas de sociedades. Nueva regulación europea (1)”, *Blog de A.J. Tapia Hermida*, 30 de diciembre de 2019. Resume en cuatro, los objetivos perseguidos por las modificaciones introducidas por la Directiva 2019/2121: adaptar el régimen de las fusiones transfronterizas; ampliar las operaciones transfronterizas armonizadas; incentivar las operaciones transfronterizas armonizadas e incorporar al Derecho societario los objetivos de integración europea, como la protección social; J. QUIJANO GONZÁLEZ, “Armonización societaria pendiente”, *La Ley Mercantil*, 66, febrero 2020. El concepto de transformación que aporta la Directiva, reúne elementos de la transformación y del traslado internacional del domicilio, tal y como estas figuras se contemplan en la LME española.

²⁹ R. ARENAS GARCÍA, “Las modificaciones societarias transfronterizas..., Normalización que entiende, también tiene proyección sobre las operaciones extraeuropeas, ya que la normativa prevista puede servir, con las debidas adaptaciones, de modelo para las mismas.

³⁰ J. QUIJANO GONZÁLEZ, “Armonización societaria..., La Directiva de 2019/2121 constituye un paso especialmente importante en la trayectoria de la armonización del régimen de las operaciones que implican modificaciones estructurales para las sociedades que participan en ellas.

³¹ A. FERNÁNDEZ- TRESGUERRES GARCÍA, “Introducción a las nuevas propuestas..., Dice, literalmente, que el objetivo de las tres modificaciones previstas es *encontrar un equilibrio entre la lícita movilidad de las empresas, removiendo obstáculos mediante una acción que no es posible desde la perspectiva nacional y una efectiva protección de los accionistas minoritarios, trabajadores y acreedores*.

³² J. QUIJANO GONZÁLEZ, “Armonización societaria..., Se busca esta equiparación dado el carácter común de las operaciones.

³³ BOE de 29 de junio de 2023.

³⁴ BOE de 4 de abril de 2009.

desde la aprobación de la Directiva para llevar a cabo su transposición. Por otra parte, resulta inadecuado que la regulación de estas operaciones aparezca al lado de la establecida para otras materias, con las que poco o nada tiene que ver, creando verdadera confusión. De hecho, es difícil llegar a identificar que esa norma sea la que contiene la regulación de las operaciones de modificación estructural. Si la opción que había manifestado el legislador español para transponer la Directiva 2019/2121 era, como había demostrado con la redacción de un Anteproyecto de Ley de Modificaciones Estructurales³⁵, la de elaborar un nuevo texto normativo, y no modificar la normativa existente, en el que se integrara el régimen de las modificaciones estructurales internas y externas, no se justifica la no aprobación de un texto independiente.

21. Al estar implicadas en una fusión transfronteriza sociedades de distinta nacionalidad, es importante saber qué norma resulta aplicable en cada momento del procedimiento. El artículo 9.11 CC establece que *en la fusión de sociedades de distinta nacionalidad se tendrán en cuenta las respectivas leyes personales*. Por otra parte, el artículo 121.1 de la Directiva señala que, salvo que en la misma se disponga lo contrario, *la sociedad que participe en una fusión transfronteriza cumplirá con las disposiciones y trámites de la legislación nacional a que esté sujeta*. Estas disposiciones y trámites incluirán, conforme al apartado 2 del artículo, el *proceso de toma de decisiones sobre la fusión y la protección de los trabajadores* respecto a los derechos distintos al de participación, que se regula en el artículo 133. Se ha dicho³⁶ que debería de aceptarse como principio general, que la ley personal de cada una de las sociedades que participan en la operación se aplicase a la fase preparatoria, la decisoria y la de pendencia. Mientras que, para la fase de ejecución, predominaría la ley personal de la sociedad resultante de la fusión transfronteriza. Sin embargo, también se recuerda que la doctrina advierte que este principio debe atemperarse. Por ello, si en una cuestión son necesarios varios requisitos, deben cumplirse todos. Y si eso plantea contradicción, se aplicaría la norma más estricta, aunque hay casos en los que no es ni deseable ni posible aplicar la norma más estricta o la suma de todos los requisitos. El artículo 121 también reconoce la posibilidad de que las autoridades nacionales de un Estado miembro se opongan a la fusión transfronteriza por motivos de interés público, si tienen reconocida esa posibilidad en relación con las fusiones internas. Esto se puede convertir en una vía para impedir operaciones transfronterizas si se utiliza de forma indebida, aunque es cierto que esa oposición debe estar debidamente justificada.

IV. Concepto y modalidades de fusión transfronteriza. Ámbito de aplicación de la Directiva

1. Concepto y modalidades

22. El artículo 118 Directiva 2019/2121 determina qué se entiende por fusiones transfronterizas³⁷. Lo son, las realizadas entre sociedades de capital constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro cuyo domicilio social, centro de efectiva administración o principal establecimiento

³⁵ Vid, sobre el Anteproyecto, aunque hay algunos cambios en la redacción de la norma finalmente aprobada, L. M. ESTEBAN RAMOS, “Acreedores sociales y fusión de sociedades: pasado, presente y ¿futuro?. Especial referencia al Anteproyecto de Ley de Modificaciones Estructurales de Sociedades Mercantiles”, *La Ley mercantil*, 101, 2023; R. ARENAS GARCÍA, “Las modificaciones societarias transfronterizas... Se toma como modelo la regulación contenida en la Directiva para que no resultara más gravosa la reestructuración interna que la internacional. Con ello, lo que hace 40 años era marginal, ahora se convierte en el núcleo del sistema y en modelo para las operaciones internas.

³⁶ M. JORDANO LUNA, “Fusión transfronteriza intracomunitaria”, *Manual de fusiones y adquisiciones de empresas*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 916-917.

³⁷ A. TAPIA FRADE, *La fusión transfronteriza...*, p.189. Elabora un concepto propio de fusión transfronteriza en los siguientes términos: *Aquella operación de naturaleza contractual, mediante la cual una o varias sociedades anónimas, de diferentes nacionalidades, regularmente constituidas conforme a su legislación nacional, transfieren a otra sociedad, ya existente (la sociedad absorbente) o constituida por ellas, que les sucede universalmente en virtud y en el momento de su disolución sin liquidación y extinción, la totalidad de su patrimonio, activo y pasivo, mediante la atribución a sus socios, bien de acciones de la sociedad absorbente o de la sociedad de nueva creación, bien de otros intereses, obligaciones, otros valores, derechos de contenido patrimonial o efectivo, o bien de una combinación de cualesquiera de ellos, salvo que la sociedad absorbente ya posea la totalidad de sus acciones.*

se encuentre dentro de la Unión, siempre que al menos dos de las sociedades estén sujetas a la legislación de Estados miembros diferentes.

23. El artículo 119.2³⁸ hace referencia a las distintas modalidades de fusión transfronteriza, dentro de las que se incluyen, además de las dos tradicionales, fusión por absorción y fusión por constitución de nueva sociedad, otros dos supuestos.

24. Uno de ellos, se refiere a la operación por la cual *una sociedad transfiere, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, el conjunto de su patrimonio activo y pasivo a la sociedad que posee la totalidad de los valores o participaciones representativos de su capital social*. Sería el supuesto de fusión por absorción de sociedad íntegramente participada.

25. El otro supuesto, que ha sido añadido por la Directiva de 2019/2021, consiste en la transmisión de una a otra sociedad, de todo el activo y el pasivo, siendo titular de todo el capital de las sociedades que se fusionan una única persona. La fusión se realiza entre sociedades que, directa o indirectamente, pertenecen a una persona. A este supuesto se refiere la Directiva con los siguientes términos, *una o varias sociedades, en el momento de su disolución sin liquidación, transmiten a otra sociedad ya existente, la sociedad absorbente, la totalidad de su patrimonio activo y pasivo, sin que la sociedad absorbente emita nuevas acciones o participaciones, a condición de que una sola persona sea titular de forma directa o indirecta de todas las acciones o participaciones de las sociedades que se fusionan, o de que los socios sean titulares de sus valores y participaciones en la misma proporción en todas las sociedades que se fusionen*.

26. El artículo 120.1, reconoce a los Estados miembros la posibilidad de decidir la aplicación de la Directiva a las fusiones en las que la compensación en efectivo supere el 10% del valor nominal o del valor contable de los valores o participaciones que representen el capital de la sociedad resultante de la fusión, cuando la legislación de al menos uno de los Estados afectados permita esa posibilidad.

2. Ámbito de aplicación

27. La regulación de la fusión transfronteriza se aplica a las sociedades de capital. Para determinar qué se entiende por sociedad de capital, el artículo 119 remite a las formas enumeradas en su Anexo II. En el caso de España, abarcaría a las sociedades anónimas, las sociedades comanditarias por acciones y las sociedades de responsabilidad limitada. La condición de sociedad de capital se extiende, además, a cualquier sociedad con personalidad jurídica, que posea un patrimonio separado que responda por sí solo de las deudas de la sociedad y que se encuentre sujeta por su legislación nacional a condiciones de garantías como las previstas en relación con la nulidad de las sociedades de capital y la validez de sus obligaciones, y las disposiciones generales para proteger intereses de socios y terceros.

28. El reconocer la posibilidad de participar en una fusión transfronteriza intracomunitaria a todas las sociedades de capital, y no únicamente a las sociedades anónimas, implica hacer posible que muchas pequeñas y medianas empresas puedan fusionarse. Esto está en consonancia con la importancia que este tipo de empresas tiene en Europa y en nuestro país en particular³⁹.

29. La Directiva establece, por otra parte, determinados supuestos a los que no resulta aplicable la normativa de fusiones transfronterizas:

³⁸ A. TAPIA FRADE, *La fusión transfronteriza...*, p. 171. El artículo 119.2 es el que delimita el concepto de fusión que ofrece la Directiva.

³⁹ QUINTAS SEARA, "La Sociedad Anónima Europea...", p. 192.

- En los casos en que en la fusión participe una sociedad que tenga por objeto la inversión colectiva de capitales obtenidos del público y su funcionamiento esté sometido al principio de reparto de riesgos y sus partes sociales, a petición del tenedor de las mismas, se readquieran o rescaten, directa o indirectamente, con cargo a los activos de dicha sociedad.
- Si la sociedad se encuentra en liquidación y ha comenzado a repartir los activos entre sus socios.
- Si la sociedad es objeto de los instrumentos, competencias y mecanismos de resolución establecidos en el Título IV de la Directiva 2014/59/UE o en el Título V del Reglamento (UE) 2021/23.

30. Además de estas exclusiones, los Estados miembros pueden decidir la no aplicación de esta normativa en otros casos:

- Cuando en la operación participe una sociedad cooperativa.
- Si las sociedades son objeto de un procedimiento de insolvencia o de marcos de reestructuración preventiva o de otros procedimientos de liquidación.
- Cuando la sociedad sea objeto de medidas de prevención de crisis, tal como se definen en el artículo 2, apartado 1, punto 101, de la Directiva 2014/59/UE, o en el artículo 2, punto 48 del Reglamento (UE) 2021/23.

31. Es difícil encontrar razones que justifiquen la exclusión de las sociedades incursas en un procedimiento de insolvencia o preinsolvencia⁴⁰. Si con la adopción de medidas de reestructuración se pretende superar la situación de crisis que está afectando a la empresa, excluir su participación en un procedimiento de modificación estructural, supone reducir considerablemente la posibilidad de que esas medidas resulten efectivas y cumplan el objetivo de evitar el concurso. En cualquier caso, como hemos visto, son los Estados miembros los que tienen la potestad para decidir al respecto⁴¹.

V. Procedimiento

32. Para que la fusión transfronteriza produzca los efectos que le son propios, es imprescindible que se respeten todos los pasos que integran el procedimiento. Procedimiento establecido en garantía de los diferentes intereses afectados por la operación.

1. Fase previa

33. Esta es la fase en la que se elaboran documentos decisivos para que los socios puedan manifestar, de manera consciente, su opción en la junta general en la que se decida sobre la fusión transfronteriza. También son importantes para que los acreedores y los trabajadores conozcan en qué medida les afectará la operación y puedan actuar en consecuencia.

⁴⁰ A. FERNÁNDEZ- TRESGUERRAS GARCÍA, “Introducción a las nuevas propuestas...”, La limitación es más difícil de justificar en relación con la fase de pre insolvencia y, dice, puede tener una difícil prueba negativa; J. PULGAR EZQUERRA, “Transformaciones transfronterizas... En los procedimientos de reestructuración preventiva, la vulnerabilidad de los acreedores es menor que en los de insolvencia. Ello constituye un argumento más a favor de que en esos supuestos sí se permitan las operaciones transfronterizas; S. ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, “Modificaciones necesarias para la transposición de la Directiva 2019/2121, de movilidad de sociedades”, *Diario La Ley*, 10077, 2022. Ve justificado que se permitieran fusiones y escisiones transfronterizas en situaciones de preinsolvencia, pero no en los casos de traslado internacional del domicilio; F. GARCIMARTÍN, “Modificaciones estructurales transfronterizas: la Directiva de movilidad”, *Almacén de Derecho*, dic., 2019.

⁴¹ La ley española permite que participen en estas operaciones sociedades en concurso, o sometidas a un plan de reestructuración. Posibilidad recogida para las operaciones internas que resultaría aplicable a las transfronterizas (artículos 3 y 83 del Real Decreto-ley 5/2023).

34. La información contenida en estos documentos debe ser adecuada, suficiente y comprensible para satisfacer el derecho de información de los sujetos a los que va dirigida. No obstante, la garantía de este derecho, no obliga a las sociedades a incluir información confidencial que pueda perjudicarles⁴².

A) Proyecto común de fusión

35. La normativa comunitaria, tanto para la fusión interna como para la transfronteriza, no regula la fase preparatoria de la operación, en la que se desarrollan las negociaciones preliminares entre las distintas sociedades participantes y que, si culminan con éxito, se concretarán en la elaboración del proyecto común de fusión transfronteriza, siendo este el primer acto del procedimiento que dispone de regulación.

36. El artículo 122 de la Directiva regula el, que denomina, proyecto común de fusión transfronteriza⁴³. El tratarse de un proyecto común, implica que la propuesta de proyecto que se presente en cada una de las sociedades participantes en la fusión, para su aprobación, ha de ser idéntica⁴⁴.

37. La competencia para su elaboración se atribuye a los órganos de administración o dirección de cada una de las sociedades que participan en la operación.

38. Se fija el contenido mínimo del proyecto que, como tal, puede resultar ampliado en función de las circunstancias particulares de cada operación, y que garantiza la función que se atribuye a este documento, de fijar las bases fundamentales de la operación y de protección de los intereses afectados por la fusión. Teniendo en cuenta la publicidad de la que es objeto este documento, junto con otros, a la que nos referiremos posteriormente, parece adecuado no ampliar en exceso su contenido, siempre que resulte adecuado para cumplir esa doble función, para evitar posibles perjuicios a las sociedades.

39. En relación al contenido mínimo, parece interesante mencionar que, con la Directiva 2019/2121, se han introducido dos menciones nuevas relativas a la protección de los socios y de los acreedores, con las que se viene a reforzar el derecho de información que les corresponde. En concreto, la letra m) exige que se incluya en el proyecto común *los detalles de la oferta de compensación en efectivo para los socios*, y la n) *toda garantía que se ofrezca a los acreedores, tales como fianzas y prendas*⁴⁵. El conocimiento de estos datos por parte de los sujetos afectados contribuye a facilitar el ejercicio de sus derechos.

B) Informe del órgano de administración o de dirección

40. Este es uno más de los documentos que cumplen una función informativa de los diversos sujetos afectados por la operación, cuyo contenido deben conocer. El artículo 124 de la Directiva impone la obligación, al órgano de administración o de dirección de cada una de las sociedades que se fusionan, de elaborar un informe para los socios y trabajadores, explicando y justificando los aspectos jurídicos y económicos de la fusión transfronteriza, así como las consecuencias que la operación tiene para los trabajadores y para el futuro de la actividad empresarial de la sociedad⁴⁶.

⁴² L. M. ESTEBAN RAMOS, *Los acreedores sociales...*, pp. 179-180. La información se extiende hasta tanto no perjudique el interés de la sociedad, que actuaría como límite a la información.

⁴³ M. JORDANO LUNA, "Fusión transfronteriza...", p. 925. En relación al idioma en que debe redactarse el proyecto, entiende que lo más lógico es elaborar una versión del proyecto en cada una de las lenguas en juego o hacer uso de los documentos en varias columnas, cada una en un idioma.

⁴⁴ A. TAPIA FRADE, *La fusión transfronteriza...*, p. 544. Puede tratarse de una copia suscrita sólo por los administradores de todas las sociedades que se fusionan. Lo importante es la convergencia de contenido entre los diversos acuerdos de fusión de cada una de las sociedades.

⁴⁵ Estas menciones se recogen en la actual regulación española (artículo 4 Real Decreto-ley 5/2023).

⁴⁶ S. ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, "Modificaciones necesarias...", Para quien, a pesar de las dudas, no se está haciendo solo referencia a los efectos de la actividad sobre los trabajadores, sino a todos los efectos de la actividad.

41. Del texto de la norma hay que entender que los informes son varios⁴⁷, uno procedente de cada una de las sociedades que se fusionan, excluyendo la posibilidad de elaboración de un único informe. Posibilidad que sí se reconoce expresamente para los informes de los peritos.

42. El informe consta de dos secciones, una sección destinada a los socios y la otra a los trabajadores, aunque la sociedad puede decidir la elaboración de dos informes separados.

43. En la sección destinada a los socios, se explicarán cuestiones tan trascendentes para ellos como son la compensación en efectivo y la relación de canje. Es posible que los socios renuncien a la necesidad de elaborar esta parte del informe.

44. La sección destinada a los trabajadores, explicará las consecuencias que para las relaciones laborales tienen la fusión, o los cambios sustanciales en el empleo. No es exigible esta sección, cuando la sociedad que se fusione no tenga más trabajadores que los que forman parte del órgano de administración o dirección, o cuando se renuncie a él.

C) Informe pericial independiente

45. Este documento, regulado en el artículo 125, viene a completar la información proporcionada por el proyecto común de fusión y por el informe del órgano de administración o dirección. El informe elaborado por peritos independientes, que pueden ser personas físicas o jurídicas, tiene como destinatarios a los socios.

46. El informe se realizará para cada una de las sociedades, no obstante, se reconoce la posibilidad de elaborar un informe único, por escrito y dirigido a todos los socios. El informe único se elaboraría por uno o más peritos independientes designados, previa petición conjunta de las sociedades que se fusionen, por una autoridad judicial o administrativa del Estado miembro de cualquiera de las sociedades que se fusionan o de la sociedad resultante, o autorizados por dicha autoridad. Con esta posibilidad reconocida en la Directiva, se abre la posibilidad de hacer *forum shopping* para elegir la autoridad que pueda resultar más beneficiosa según los casos⁴⁸.

47. El informe debe pronunciarse sobre si la compensación en efectivo y la relación de canje de las acciones o participaciones son adecuadas⁴⁹. La Directiva indica cuales son los elementos de deberán tenerse en cuenta para valorar la compensación en efectivo, que son, el precio del mercado de las acciones o participaciones de las sociedades que se fusionan antes del anuncio de la propuesta de fusión, o el valor de las sociedades excluido el efecto de la fusión propuesta, determinado de conformidad con los métodos generalmente aceptados. Además, también se establece el contenido mínimo de dicho informe.

48. Como el informe pericial va dirigido a los socios, no será necesario cuando la totalidad de los socios de cada una de las sociedades que participan en la fusión transfronteriza lo acuerden. Los Estados miembros también pueden excluir de la obligación de redactar este informe, así como el de los administradores, a las sociedades unipersonales.

⁴⁷ Así lo entiende, M. JORDANO LUNA, "Fusión transfronteriza...", pp. 926-927. Para quien esta es la opción más lógica, a la vista de la finalidad del informe y de sus destinatarios. Cada órgano de administración o dirección tiene que explicar las implicaciones que la operación tiene para ellos.

⁴⁸ M. JORDANO LUNA, "Fusión transfronteriza...", pp. 932-933. Aunque entiende que realmente no hay libertad absoluta de elección. Señala, además, que la ley aplicable al informe, será la que corresponde a la autoridad que ha nombrado al perito y, en los supuestos de informe conjunto, habría que optar por la norma más estricta.

⁴⁹ En la redacción original de la Directiva el informe de peritos únicamente versaba sobre la relación de canje.

49. En relación con la independencia de los peritos respecto de la sociedad a la que se refiere su informe, el Considerando 14 remite a la Directiva (CE) 2006/43 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2006, relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas⁵⁰, artículos 22 y 22 ter⁵¹.

D) Publicidad

50. Teniendo en cuenta la importancia que tiene que el contenido de los documentos anteriormente analizados llegue a conocimiento de sus destinatarios, es preciso articular un adecuado sistema de publicidad, para garantizar un ejercicio satisfactorio del derecho de información que corresponde a socios, acreedores y trabajadores de las sociedades participantes en la fusión.

51. El artículo 123 exige que la sociedad publique y ponga a disposición del público, en el registro del Estado miembro de cada una de las sociedades que intervienen en la fusión, al menos un mes antes de la celebración de la junta general, el proyecto común de fusión y un aviso a los socios, acreedores y representantes de los trabajadores, o a los trabajadores mismos, informándoles de la posibilidad de presentar a su sociedad, hasta cinco días antes del de la celebración de la junta general, observaciones al proyecto común.

52. El reconocimiento de la posibilidad de presentar observaciones constituye una novedad significativa. Se deben presentar en un momento anterior a la celebración de la junta general, lo que implica que estas serán tenidas en cuenta a la hora de adoptar la decisión correspondiente sobre la fusión. También son importantes las observaciones de cara al control ex ante de la operación⁵², ya que las mismas deben remitirse al órgano encargado de expedir el certificado previo.

53. Los Estados miembros también pueden optar por incluir en esa publicidad el informe pericial independiente, velando porque la sociedad pueda excluir de la publicidad la información confidencial que pudiera contener.

54. A estos documentos que se publican, también podrá accederse a través del sistema de interconexión de registros.

55. La publicidad registral puede ser sustituida por publicidad a través de los sitios web de las sociedades, siempre que sea gratuita y que se respete el período de permanencia de la información previsto.

56. Respecto al informe del órgano de administración o gestión, el apartado 6 del artículo 124, exige que esté a disposición de socios y representantes de los trabajadores de las sociedades que se fusionen o, en su caso, de los trabajadores, seis semanas antes de la fecha prevista para la junta general, en formato electrónico, junto con el proyecto si está disponible.

2. Fase decisoria o de aprobación

57. A la aprobación por la junta general de la fusión transfronteriza se refiere el artículo 126 de la Directiva. Señala el Considerando 16, que *es importante que la mayoría exigida en la votación sea lo*

⁵⁰ DOUE L157 de 9 de junio de 2006.

⁵¹ J. PULGAR EZQUERRA, “Transformaciones transfronterizas...”, Se debe garantizar, por un lado, la independencia respecto de la sociedad que encarga el informe y, por otro, la imparcialidad y el carácter objetivo del informe, conforme a las reglas profesionales a las que esté sujeto el perito, lo que se ha de regular por el Estado miembro.

⁵² A. PÉREZ TROYA, “La Directiva sobre transformaciones...”

suficientemente amplia para garantizar que la decisión sea adoptada por una mayoría sólida. Si la exigencia de una mayoría cualificada está justificada en el ámbito de las operaciones internas, mucho más lo está en el de las transfronterizas ya que conlleva, al menos para los socios de una de las sociedades implicadas, el cambio de legislación nacional aplicable.

58. No es preciso que el ordenamiento jurídico de los Estados miembros exija la aprobación de la fusión en junta general de la sociedad absorbente, si se cumplen las condiciones previstas en el artículo 94 para poder derogar esa exigencia.

59. La redacción del artículo 126.1, podría generar alguna duda sobre si el acuerdo de la junta general de las sociedades que se fusionan debe limitarse a aprobar o no el proyecto común de fusión o si puede introducir modificaciones. En concreto, señala que *tras tomar nota de los informes... y, en su caso, de las opiniones de los trabajadores..., la junta general de cada una de las sociedades que se fusionen decidirá, mediante resolución, si aprueba el proyecto común de fusión transfronteriza y si se adapta la escritura de constitución, y los estatutos cuando figuren por separado.* Por otra parte, el Considerando 16, señala que la junta tiene que decidir las modificaciones que sea preciso introducir en el instrumento de constitución, incluidos los estatutos. La duda surge si se tiene en cuenta que el instrumento de constitución y los estatutos forman parte del contenido del proyecto de fusión transfronteriza. Conforme a lo dicho, parece que se está admitiendo la posibilidad de aprobarlo con modificaciones, lo cual, afectaría al derecho de información de los interesados, en particular, al de los socios que no asistieron a la junta y que basaron su decisión en la información previamente obtenida. Por eso, quizá lo más adecuado sería entender que no cabe ninguna modificación y, excepcionalmente, admitir alguna de escasa transcendencia en la escritura de constitución o en los estatutos. En cualquier caso, como las sociedades que participan en la fusión transfronteriza tienen que cumplir la normativa nacional en lo que a la adopción del acuerdo se refiere, habrá que tener en cuenta esta regulación⁵³.

60. La junta general de cada sociedad puede condicionar la realización de la fusión a la ratificación expresa de las disposiciones decididas por la participación de los trabajadores en la sociedad resultante. Señala Jordano Luna⁵⁴, que la traducción española de este apartado de la Directiva es deficiente, y que habría que tener en cuenta la versión inglesa. Así, señala que será en una nueva junta donde se decida si se continúa con la implementación de la fusión, si le place lo decidido en materia de participación de los trabajadores.

61. Se exige a los Estados miembros velar por que la impugnación de la aprobación de la fusión transfronteriza por parte de la junta general, no pueda basarse únicamente en alguno de los siguientes motivos: en la fijación inadecuada de la relación de canje, de la compensación en efectivo o en que la información facilitada sobre la relación de canje o la compensación en efectivo no cumple los requisitos legales⁵⁵.

3. Control de legalidad de la operación

62. La Directiva regula, en dos artículos diferentes, el control de legalidad de la operación de fusión transfronteriza. El artículo 127, que atribuye a las autoridades del Estado miembro de origen de la sociedad implicada, el control del cumplimiento del Derecho de ese Estado en relación a las partes del procedimiento sujetas al mismo. El 128, que otorga a las autoridades del Estado de la sociedad resultante

⁵³ En el caso de España, el artículo 47 del Real Decreto-ley 5/2023, exige que el proyecto se apruebe sin modificación alguna. Aunque eso contradice el artículo 8, dentro de las disposiciones comunes, que reconoce esa posibilidad, al establecer las mayorías que son necesarias para cualquier cambio en el proyecto de modificación estructural. Vid. GORRIZ LÓPEZ, C. "Ferrovia..."

⁵⁴ M. JORDANO LUNA "Fusión transfronteriza...", p. 938.

⁵⁵ S. ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, "Modificaciones necesarias...", Para quien la imposibilidad de impugnar la fusión por estas razones exclusivamente, se debe a que lo que se pretende es permitir que puedan pedir la revisión de esas cifras y el complemento de la compensación, pero no paralizar la operación, ni anularla.

de la operación, el control de la legalidad para la parte del procedimiento relativa a la realización de la fusión transfronteriza y, en su caso, a la constitución de la nueva sociedad resultante de la operación. El control de legalidad forma parte del procedimiento de fusión transfronteriza, en la medida en que los efectos de la fusión se producen en un momento posterior a su realización⁵⁶.

A) Control previo

63. Las sociedades que participan en una fusión transfronteriza están obligadas a cumplir las disposiciones y los trámites establecidos en la normativa nacional a la que estén sujetas. Dentro de esos trámites, se incluyen los relativos al proceso de toma de decisiones sobre la fusión y la protección de los trabajadores

64. Corresponde a los Estados miembros designar al tribunal, notario o autoridad competente para controlar la legalidad de las fusiones transfronterizas, en lo que respecta a las partes del procedimiento que están sujetas al derecho del Estado miembro de la sociedad que se fusiona y para expedir el certificado previo a la fusión que acredite dicho cumplimiento, artículo 127. Atribuir ese control a autoridades de otro Estado resultaría especialmente complicado y tendría un coste excesivo.

65. El certificado previo se configura como un requisito para la validez de la operación y se ha de expedir con posterioridad a la aprobación del proyecto de fusión⁵⁷. Con él, se acredita el cumplimiento de todos los trámites en el Estado miembro de origen de la sociedad que participa en la operación a la que se refiere el certificado. Debe comprobar que se han cumplido las condiciones pertinentes y que se han cumplimentado todos los procedimientos y trámites en ese Estado miembro. Sin ese certificado previo, las autoridades del Estado miembro de la sociedad resultante de la operación no podrán aprobar la fusión transfronteriza.

66. En lo que respecta al nombramiento de la autoridad competente, este se realiza de conformidad con el derecho nacional y puede serlo un órgano judicial, un notario u otra autoridad, una administración tributaria o una autoridad en el ámbito de los servicios financieros. Además, el Considerando 34 contempla la posibilidad de que exista más de una autoridad competente. En ese caso, la sociedad debe poder solicitar el certificado a una única autoridad, designada por los Estados miembros, que debe coordinarse con las demás.

67. Se establecen los documentos que, como mínimo, deben acompañar a la solicitud del certificado previo, que permiten apreciar si se han cumplido los trámites correspondientes. Es misión de los Estados velar porque, tanto la solicitud de certificado previo, como los documentos que le acompañen, puedan presentarse íntegramente en línea.

68. Los apartados 8 y 9 del artículo 127 regulan una cláusula anti-abuso⁵⁸. En concreto, se establece que los Estados miembros deben velar porque la autoridad competente⁵⁹ no expida el certificado previo cuando se determine en cumplimiento del derecho nacional, que la fusión se ha llevado a cabo con fines abusivos o fraudulentos⁶⁰ que tengan por finalidad o que produzcan el efecto de sustraerse al

⁵⁶ A. TAPIA FRADE, *La fusión transfronteriza...*, p. 235. En otro caso, el control perdería su utilidad y razón de ser.

⁵⁷ R. PALA LAGUNA, “La Directiva 2019/2121, sobre transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas (III)”, *GA_P*, febrero 2020.

⁵⁸ S. ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, “Modificaciones necesarias...”, Para quien la introducción de un procedimiento de control del carácter abusivo o fraudulento de la operación es la novedad más polémica introducida por la Directiva 2019/2121.

⁵⁹ S. ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, “Fusión transfronteriza: control del abuso y modificación de acuerdos (a propósito del caso Mediaset)”, *RDS*, 60, 2020. Si la autoridad competente es una autoridad administrativa o judicial, si se impugna su decisión por quien tenga interés legítimo, la tarea se realizaría por un órgano judicial.

⁶⁰ F. ESTEBAN DE LA ROSA, “Ferrovia traslada su sede legal...”, Para quien este es uno de los resquicios que se podrían tener en cuenta para impedir que se lleve a cabo la operación proyectada por Ferrovial.

Derecho de la Unión o nacional, o eludirlo, con fines delictivos. El Considerando 35 concreta esos fines abusivos o fraudulentos en *eludir los derechos de los trabajadores, las cotizaciones a la seguridad social o las obligaciones fiscales*. También destaca la importancia de contrarrestar las sociedades fantasma o pantalla, que se crean con el propósito de eludir o infringir el derecho nacional o comunitario.

69. Si durante la realización del control de legalidad de la operación, se conoce que esta se ha llevado a cabo con esa finalidad abusiva o fraudulenta, no se expedirá el certificado previo. La autoridad podría pedir la ampliación del plazo para realizar la evaluación. Cuando se aprecian esas finalidades en la operación, los Estados puedan oponerse a la fusión transfronteriza.

70. El control del abuso se convierte en una obligación para los Estados miembros. Y el hecho de que este control se haya establecido con carácter preventivo, pone de manifiesto que su finalidad no es solo proteger a socios, acreedores y trabajadores, sino también al orden público económico, tratando de evitar la huida a aquellos Estados que tienen normas menos protectoras de los intereses afectados por la operación⁶¹.

71. Cuando la autoridad competente tenga sospechas fundadas de que la fusión transfronteriza se ha llevado a cabo con esos fines, será necesario tener en cuenta los hechos y circunstancias pertinentes, tales como factores indicativos de los que haya tenido conocimiento en el curso del control previo, o mediante consulta a las autoridades pertinentes. La valoración se realizará caso por caso, conforme a un procedimiento sujeto al derecho nacional.

72. Se ha llamado la atención sobre la amplitud con la que se formula esta cláusula, lo que podría dificultar la valoración del carácter abusivo de la operación e introducir divergencias al aplicarla en los diferentes Estados miembros. Aunque también se afirma, que la interpretación de la cláusula anti-abuso debe llevarse a cabo de conformidad con la jurisprudencia del TJUE en relación con el principio general de abuso del Derecho de la UE⁶².

73. En cualquier caso, la introducción de esta cláusula pone de manifiesto la existencia de una particular preocupación por evitar que las operaciones transfronterizas se realicen con finalidad abusiva⁶³. También demuestra que el control que tiene que realizar la autoridad del Estado miembro de origen, es algo más que un control de legalidad de las formas extrínsecas de la operación⁶⁴, debiendo entrar en cuestiones de fondo. En definitiva, esto supone dejar en manos de dicho Estado la decisión última sobre la operación⁶⁵, que podría intentar obstaculizar operaciones que no le resulten convenientes. Esto, además, casa mal con la potenciación de la libertad de establecimiento como uno de los objetivos de la Directiva.

⁶¹ Así lo afirma J. PULGAR EZQUERRA, “Transformaciones transfronterizas..., Diferencias normativas que son posibles por las asimetrías que existen en los distintos ordenamientos europeos en derecho de sociedades fiscal y en materia de protección de los acreedores. Es interesante ver el tránsito que se ha producido en las versiones anteriores de la Directiva de 2019, hasta la realmente aprobada, de los *artificial arrangements* a la cláusula antifraude.

⁶² A. QUINTAS SEARA, “La Sociedad Anónima Europea..., p. 196, nota núm. 43. También habla del riesgo de que los Estados miembros encuentren incentivos en adoptar un enfoque restrictivo al aplicar la cláusula, para evitar la salida de sociedades de su territorio.

⁶³ F. ESTEBAN DE LA ROSA, “Ferrovial traslada su sede legal..., Duda de la efectividad de este control.

⁶⁴ Así lo afirma R. PALA LAGUNA, “La Directiva 2019/2121..., J. PULGAR EZQUERRA, “Transformaciones transfronterizas... Le preocupa que registradores o notarios puedan asumir el control del fraude. Además, considera que este es uno de los aspectos más cuestionables de la Directiva ya que, por un lado, considera que la sede societaria no es la adecuada para la prevención del fraude y, por otro, porque el fraude es un elemento difícil de determinar al existir una amplia casuística

⁶⁵ A. PÉREZ TROYA, “La Directiva sobre transformaciones..., Con este control se permite a las autoridades nacionales bloquear la operación en el caso en que detecten fines abusivos o fraudulentos. Nos recuerda, también, que en la propuesta inicial solamente estaban sometida a este tipo de control las operaciones de transformación y escisión, pero no la fusión. Lo que subyacía en el fondo, era un favor legis hacia la fusión.

B) Control de legalidad

74. El Control de legalidad viene a ser un complemento al realizado por las autoridades nacionales para expedir el certificado previo.

75. Señala el artículo 128, que cada Estado miembro debe designar el tribunal, notario o autoridad competente que controle la legalidad de la fusión transfronteriza para la parte del procedimiento relativa a la realización de la fusión transfronteriza y, en su caso, a la constitución de la nueva sociedad resultante de la operación, cuando esta sociedad esté sujeta a su legislación nacional. La autoridad debe prestar especial atención al cumplimiento del requisito de aprobación del proyecto común y de las disposiciones relativas a la participación de los trabajadores.

76. Nos encontramos ante otro documento necesario para la eficacia de la operación, cuya ausencia no permite su inscripción⁶⁶. En este caso, es la autoridad competente del Estado miembro de la sociedad resultante la que llevará a cabo el control, que afectará únicamente a la parte del procedimiento de fusión que esté sujeto a la normativa de dicho Estado.

77. Para atemperar los costes temporales y económicos que este requisito conlleva para la operación, la Directiva exige que los Estados miembros velen porque la solicitud y cualquier información o documentación que presenten las sociedades que se fusionan, se pueda cumplimentar íntegramente en línea, sin necesidad de comparecencia.

4. Registro, efectos y validez

A) Registro

78. Conforme al artículo 130, corresponde a los Estados miembros la determinación de las formas en que ha de darse publicidad a la conclusión de la fusión transfronteriza en sus registros⁶⁷. Publicidad para la que la Directiva establece un contenido mínimo, que varía en función de si se trata del registro del Estado miembro de la sociedad resultante o de las que desaparecen como consecuencia de la operación.

79. El registro debe realizarse, conforme al Considerando 45, *tras recibir el certificado previo a la operación y comprobar el cumplimiento de los requisitos legales del Estado miembro en el que debe registrarse la sociedad tras la operación transfronteriza*. Además, las autoridades del Estado en el que se realiza el registro, no pueden cuestionar la información contenida en el certificado previo.

80. Se prevé el sistema de interconexión de registros para poner a disposición del público la información contenida en los mismos. Interconexión que es imprescindible en estas operaciones. La Directiva muestra interés en dotar de transparencia a las operaciones transfronterizas para lo cual, en su Considerando 46, destaca la importancia de que en los registros de las sociedades implicadas en la operación, se incluya información de otros registros para poder conocer la trayectoria de esas sociedades.

81. El Estado miembro de la sociedad resultante debe notificar al Estado miembro de cada sociedad participante, la eficacia de la fusión a través del sistema de interconexión de registros. Por otra

⁶⁶ R. PALA LAGUNA, “La Directiva 2019/2121...”

⁶⁷ A. TAPIA FRADE, *La fusión transfronteriza...*, pp. 233-234. Considera que el registro no es un elemento esencial de la fusión transfronteriza. Incluso cuando excepcionalmente la inscripción sea constitutiva, no es un elemento del negocio que determine su existencia jurídica. Eso no significa que tenga efectos, ya que su ausencia impedirá que se produzcan los efectos específicos de la fusión.

parte, corresponde a los Estados miembros velar porque se cancele el registro de las sociedades que se fusionan, inmediatamente después de recibir la mencionada notificación.

82. Hasta que no se produce la inscripción, no se producen tampoco los efectos de la fusión transfronteriza. Esto significa que cada una de las sociedades participantes en la operación, sigue siendo responsable de sus derechos y obligaciones. También sus órganos deben seguir con su actividad.

B) Efectos de la fusión transfronteriza

83. Los efectos derivados de la fusión transfronteriza se producen en el momento fijado por la normativa del Estado miembro de la sociedad resultante, que debe ser posterior a la realización del control de legalidad que se regula en la Directiva.

84. A la hora de fijar los efectos, el artículo 131 diferencia, por un lado, los que producen todas las modalidades de fusión contempladas en el artículo 119.2, a excepción de la fusión por constitución, supuesto para el que los efectos se enumeran por separado.

85. Para las primeras modalidades, los efectos son: transmisión a la sociedad absorbente de todo el patrimonio activo y pasivo de las sociedades absorbidas; la conversión de los socios de las sociedades absorbidas en socios de la absorbente, salvo que hayan enajenado sus acciones o participaciones, y la desaparición de las sociedades absorbidas.

86. Para la fusión por constitución de nueva sociedad, los efectos son los mismos, pero entendiendo las referencias hechas a la sociedad absorbente como realizadas a la sociedad que se constituye como consecuencia de la fusión. Además, en este supuesto, todas las sociedades dejan de existir.

87. En el caso de que las legislaciones de los Estados miembros de las sociedades participantes exijan trámites especiales para que la transmisión de ciertos bienes, derechos u obligaciones surta efectos frente a terceros, esos trámites deberán ser efectuados por la sociedad resultante de la fusión.

88. La transmisión que se produce en la fusión implica una sucesión universal del patrimonio de la sociedad que se extingue a la sociedad resultante. La referencia a todo el activo y su pasivo de la sociedad, incluye también la empresa. Se transmite la condición de empresario o empleador. La fusión da lugar a la extinción de la sociedad que se fusiona (con excepción de la absorbente), pero eso no implica la de la empresa⁶⁸. Señala el Considerando 48 que *la sociedad absorbente o la nueva sociedad deben respetar cualquiera derechos y obligaciones derivados de contratos de trabajo o de relaciones laborales, incluidos los convenios colectivos*. Esos derechos se transmiten a la sociedad resultante.

89. No se intercambiarán participaciones de la sociedad absorbente por otras de la absorbida, cuando estén en poder de la sociedad absorbente o de la absorbida o de persona que actúe en su nombre.

90. La extinción de sociedades que tiene lugar en la fusión, no es equiparable al procedimiento normal de extinción de la sociedad que implica su disolución y liquidación. Se caracteriza por producir una sucesión universal de las relaciones jurídicas.

⁶⁸ A. TAPIA FRADE, *La fusión transfronteriza...*, p. 216. La razón de esta transmisión, es que la desaparición de las sociedades no supone la simultánea extinción de las empresas de las que son titulares.

C) Validez

91. En lo que respecta a la nulidad de la fusión transfronteriza, ha de tenerse en cuenta que, conforme al artículo 134, una vez que la fusión transfronteriza es eficaz, no es posible declarar su nulidad absoluta. La razón de esta imposibilidad, se encuentra en la necesidad de garantizar la seguridad jurídica.

92. No obstante, esto no afecta a las competencias de los Estados miembros, en particular, en relación al Derecho penal, prevención y lucha contra la financiación del terrorismo, el Derecho social, la fiscalidad y la garantía del cumplimiento de la ley para imponer medidas y sanciones, en virtud del Derecho nacional, después de que la operación haya surtido efecto.

VI. Particular referencia a la protección de los intereses de los principales sujetos afectados por la operación

93. Antes de analizar la protección que la Directiva 2019/2121 dispensa a los *stakeholders*, hay que recordar en la misma se aprecia un especial interés por proteger los intereses tanto de los socios, como de los acreedores y trabajadores⁶⁹. De hecho, la protección de estos intereses puede llegar a suponer un límite para el derecho de los socios a realizar estas operaciones⁷⁰.

1. Protección de los socios

94. En materia de protección de los socios en las fusiones transfronterizas ha de tenerse en cuenta, principalmente, el artículo 126 bis introducido por la Directiva 2019/2021. No obstante, no podemos olvidar que también constituye un importante mecanismo de protección de los mismos, aunque no se haga referencia a él en un artículo específico, el derecho de información en virtud del cual los socios pueden tener acceso al contenido de los documentos elaborados en la fase preparatoria⁷¹. Con este derecho se consigue que la emisión del voto en la junta general responda a un adecuado proceso de formación de su opinión, de ahí la transcendencia de establecer mecanismos que garanticen su ejercicio.

95. En este apartado nos centraremos en el análisis del derecho de enajenación de acciones o participaciones, mecanismo de protección de la minoría que recoge el artículo 126 bis. En él se establece que, como mínimo, los Estados miembros deben reconocer a los socios de las sociedades que participan en la fusión, y que votaron en contra de la aprobación del proyecto común de fusión transfronteriza, el derecho a enajenar sus acciones o participaciones a cambio de una compensación en efectivo adecuada⁷², siempre que como consecuencia de la fusión adquieran acciones o participaciones de la sociedad resultante que quedarían sujetas al Derecho de un Estado miembro que no sea el de la sociedad que se fusiona⁷³. Con ello, se está reconociendo un derecho mínimo a los socios minoritarios, permitiéndoles abandonar la sociedad a cambio de recuperar el valor que en ese momento tenga su inversión.

⁶⁹ Así nos lo recuerda A. PÉREZ TROYA, “La Directiva sobre transformaciones..., También dice que la Directiva no tiene en cuenta todos los riesgos que para estos sujetos plantean las distintas operaciones transfronterizas que regula, así como tampoco la diversidad de los mismos en función de la operación de que se trate. Esto supone que la tutela que se establece en unos casos peca por defecto y en otros por exceso.

⁷⁰ F. GARCIMARTÍN, “Modificaciones estructurales transfronterizas...”

⁷¹ Vid supra, sobre la publicidad de esa documentación.

⁷² A. NAVARRO PÉREZ, “El derecho de separación en las fusiones transfronterizas intracomunitarias como instrumento de protección del socio minoritario y las modificaciones introducidas por la directiva UE 2019/2121”, *RDS*, 59, 2020. Aunque la Directiva habla de adecuación y no de valor razonable, la compensación adecuada sería la que vela por un valor justo y de mercado, que no puede ser otro que el valor razonable.

⁷³ A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, “Introducción a las nuevas propuestas..., Aunque en relación con el Proyecto de Directiva, habla de una incomprensible ampliación del derecho de separación, como consecuencia de la aplicación subsidiaria del régimen de la transformación. Dice que carece de antecedentes y de lógica la extensión de un derecho ya criticable en el ámbito de la transformación.

96. Nos encontramos, no ante un derecho de separación propiamente dicho, sino ante un derecho de enajenación⁷⁴. Se trata de derechos diferentes, aunque tienen la misma consecuencia de salida de los socios de la sociedad a cambio de recibir una cantidad de dinero.

97. Los titulares del derecho de enajenación son, como hemos visto, los socios de las sociedades que desaparecen como consecuencia de la fusión, y siempre que estas sean de un Estado miembro diferente al de la absorbente, es decir, cuando se produce un cambio de *lex societatis* aplicable al socio. Por tanto, el fundamento del reconocimiento de este derecho viene a ser el mismo que el que lo justifica en el ámbito de las transformaciones transfronterizas⁷⁵. Como consecuencia de la fusión, los socios a los que se reconoce el derecho de enajenación quedarían sometidos a una ley diferente, lo que puede dificultar el ejercicio de sus derechos si las leyes del Estado miembro de la sociedad resultante de la operación son menos protectoras de los derechos de los socios. Con este derecho, se trata de lograr un equilibrio entre el interés común a la realización de una operación transfronteriza y el de los socios minoritarios, permitiendo que la operación pueda salir adelante⁷⁶.

98. El derecho se reconoce con carácter restrictivo, al limitarlo a los socios que votaron en contra. Es decir, a los socios que asistieron a la junta y manifestaron su voluntad contraria a la de la minoría en relación a la operación transfronteriza. Con ello, se ha dicho⁷⁷, se pretenden atemperar los efectos económicos del ejercicio del derecho. No es difícil imaginar las importantes consecuencias que derivarían de un ejercicio masivo del mismo, pudiendo llegar a suponer una amenaza para la estabilidad económica de la sociedad e, incluso, frustrar la operación, cuando la liquidez de la empresa impida hacer frente a las compensaciones correspondientes⁷⁸. Una solución para evitar este perjuicio económico a la sociedad, es condicionar la adopción del acuerdo a la no superación de un porcentaje.

99. Constituye una novedad introducida por la Directiva 2019/2121, el reconocimiento de este derecho con carácter general ya que, con anterioridad, lo que se reconocía era la posibilidad de que los Estados miembros lo incluyeran en sus ordenamientos.

100. Resulta controvertido el reconocimiento de un derecho de estas características en el caso de sociedades cotizadas⁷⁹, ya que tienen la posibilidad de enajenar sus acciones sin necesidad de afectar el patrimonio de la sociedad. No obstante, parece correcto reconocer el derecho de enajenación en esos supuestos también, ya que nada garantiza la obtención de un precio adecuado y, además, los precios que recibirían los socios no serían los mismos⁸⁰.

⁷⁴ J. PULGAR EZQUERRA, “Transformaciones transfronterizas...”, Afirma que se trata de un derecho que se aproxima, aunque no es equiparable, a lo que en nuestro derecho conocemos como derecho de separación; A. NAVARRO PÉREZ, “El derecho de separación...”, Plantea la duda de si será posible, en la normativa española, mantener el derecho de separación que se reconoce a los socios o si habrá que implementar el derecho de enajenación; L. FERNÁNDEZ DEL POZO, “Una propuesta de reforma legislativa sobre la pérdida del status socii en la separación y exclusión”, *La Ley*, 15281, 2020. Para quien ese derecho de enajenación tiene encaje en nuestro instituto de la separación, aunque la transposición de la Directiva obligará a replantear el diseño técnico del procedimiento de ejecución de la separación en la LSC. Se debería aprovechar esta transposición para colmar la laguna legal sobre la eficacia de la separación, ofreciendo así seguridad jurídica; S. ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, “Modificaciones necesarias...”, El régimen de estos derechos es ligeramente distinto.

⁷⁵ Así lo entiende M. JORDANO LUNA, “Fusión transfronteriza...”, p. 940. El cambio de domicilio puede tener un impacto significativo en los derechos y deberes de los socios, y en la forma de ejercerlos.

⁷⁶ J. PULGAR EZQUERRA, “Transformaciones transfronterizas...”, Es necesario hacer compatibles la protección de los socios minoritarios, con el derecho fundamental de la sociedad o de la mayoría de los socios de la sociedad, a la libertad de establecimiento.

⁷⁷ J. PULGAR EZQUERRA, “Transformaciones transfronterizas...”

⁷⁸ M. BUSTILLO SAIZ, “El derecho de separación...”, La posibilidad de bloqueo de la operación, que un ejercicio masivo del derecho de enajenación puede provocar, lleva a que los socios de control y los administradores se preocupen por diseñar las operaciones de manera que se compartan por el mayor número de socios, reduciendo así su interés en separarse de la sociedad.

⁷⁹ M. JORDANO LUNA, “Fusión transfronteriza...”, p. 940.

⁸⁰ A. NAVARRO PÉREZ, “El derecho de separación...”, La publicidad de la fusión transfronteriza puede implicar fluctuaciones en el precio de cotización de las acciones; M. BUSTILLO SAIZ, “El derecho de separación...”, El derecho de separación no solo permite a los socios discrepantes abandonar la sociedad, sino que también les asegura una mejor tutela del valor de su inversión.

101. Para un ejercicio adecuado de este derecho, es preciso el reconocimiento del derecho de información al socio, que le permita acceder al conocimiento del contenido de ciertos documentos, como el proyecto común de fusión, para poder conocer cuál es el alcance de esa compensación y poder decidir la conveniencia o no de ejercitar el derecho de enajenación. En consonancia con lo establecido, se incluye, dentro del contenido mínimo del proyecto de fusión, la referencia a los detalles de la oferta de compensación en efectivo para el caso de ejercicio de este derecho. También se pronuncia sobre esta compensación el informe de los administradores y el de los peritos. Documentos que son objeto de publicidad, que permite el acceso a la información por parte de los socios.

102. Se plantea la cuestión de determinar sobre quién recae la obligación de abonar la compensación. Señala la profesora Pulgar Ezquerra⁸¹ que, conforme al Considerando 19 de la Directiva, esta obligación recae sobre la sociedad, aunque no se pueden descartar otras alternativas para atemperar las consecuencias económicas de la enajenación, como la de que esas acciones o participaciones sean adquiridos por otros socios, si se reconociera esa posibilidad en los ordenamientos de los Estados miembros⁸².

103. La Directiva reconoce libertad a los Estados para extender el derecho de enajenación a otros socios de las sociedades que se fusionen. Por tanto, es posible reconocer el derecho a cualquier socio que no haya votado en contra, como son los que se abstuvieron, votaron en blanco, hicieron un voto nulo, o quienes carecen de derecho de voto⁸³. Incluso, podría entenderse que el derecho se extiende a los socios de la sociedad absorbente⁸⁴. No obstante, en este supuesto decaería el argumento justificador de este derecho, además de suponer un obstáculo más a la realización de la fusión transfronteriza.

104. El párrafo tercero del artículo 126 bis 1, permite que los Estados miembros puedan exigir la demostración adecuada de la oposición expresa al proyecto común de fusión transfronteriza o de la intención de los socios de ejercer el derecho a enajenar sus acciones o participaciones, lo que debe hacerse a más tardar en la junta general en la que se decide la fusión. Además, los Estados pueden permitir que la constancia de la oposición al proyecto común de fusión transfronteriza sea considerado como una prueba del voto en contra. Hay quien entiende que podrían establecerse, como requisitos para poder ejercitar el derecho de enajenación, la manifestación de la oposición al proyecto o de la intención de enajenar⁸⁵.

105. Conforme a la Directiva, corresponde a los Estados miembros fijar el plazo para que los socios legitimados puedan ejercitar el derecho de enajenación, declaren a la sociedad que se fusiona su decisión de ejercer dicho derecho, plazo que no puede exceder de un mes a contar desde la junta general en que se adopte el acuerdo de fusión. El objetivo de esa declaración no es otro que el que las sociedades puedan calcular, aproximadamente, los costes de la operación transfronteriza. En esta misma línea, también señala que puede exigírseles que indiquen si tienen intención de impugnar la compensación en efectivo ofrecida y reclamar una compensación adicional.

106. Dado que la Directiva habla de declaración de la decisión de ejercitar el derecho de enajenación, parece que no podría considerarse la votación en contra del socio como una manifestación del ejercicio del derecho. Sería necesaria una declaración unilateral y recepticia⁸⁶. No es precisa la aceptación de la sociedad, pero sí sería necesario que llegara a su conocimiento.

⁸¹ J. PULGAR EZQUERRA, "Transformaciones transfronterizas...", En el mismo sentido s. ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, "Modificaciones necesarias..."

⁸² M. BUSTILLO SAIZ, "El derecho de separación..."

⁸³ La posibilidad de que los Estados miembros extiendan el derecho de enajenación a los socios titulares de acciones o participaciones sin derecho a voto, está reconocida en el Considerando 18 de la Directiva.

⁸⁴ A. NAVARRO PÉREZ, "El derecho de separación...", Admite esta posibilidad siempre que se produzca una modificación relevante de sus derechos, aunque cree que no debiera incluirse en la norma española por los problemas que podría plantear su aplicación.

⁸⁵ A. NAVARRO PÉREZ, "El derecho de separación..."

⁸⁶ A. NAVARRO PÉREZ, "El derecho de separación..."

107. Por lo que respecta al plazo para ejercitar el derecho, empezaría a contar antes de la publicación del acuerdo de fusión. La Directiva fija únicamente un plazo máximo y no uno mínimo, lo que ha sido objeto de crítica⁸⁷ en la medida en que los Estados miembros podrían llegar a establecer plazos tan cortos, que convertirían en imposible, prácticamente, el ejercicio del derecho.

108. También fijarán el plazo para abonar la compensación en efectivo indicada en el proyecto común de fusión transfronteriza, que no será más tarde de dos meses desde que la fusión transfronteriza surta efecto. Como son los Estados los que fijan este plazo, se pueden producir diferencias entre ellos. Lo que sí está claro, es que esa fecha es posterior al control de legalidad de la fusión transfronteriza ya que, conforme al artículo 129, la efectividad de la fusión es posterior al control de legalidad de la misma.

109. Los Estados deben velar para que el socio que haya declarado su decisión de ejercitar el derecho de enajenación y no esté conforme con la compensación en efectivo ofrecida, pueda reclamar una compensación complementaria ante la autoridad competente o el organismo habilitado conforme al Derecho nacional⁸⁸, debiendo, además, fijar el plazo para la reclamación. También podrán establecer que la decisión definitiva de proporcionar una compensación complementaria en efectivo, sea válida respecto a todos los socios de la sociedad que se fusiona de que se trate, que hayan declarado su decisión de ejercer el derecho de enajenación. Con ello, se ahorrarían posteriores reclamaciones⁸⁹.

110. Las consecuencias derivadas del ejercicio del derecho de enajenación, es que da lugar a un contrato de compraventa forzosa para la sociedad⁹⁰, que tiene la obligación de adquirir las acciones o participaciones del socio que lo ejercita. Desde el momento en que se produce la transmisión de la propiedad de las mismas, el socio perdería su condición de tal.

111. Otro mecanismo de protección que se reconoce a los socios, es el derecho a impugnar la relación de canje. Este derecho se reconoce a los socios que no tengan el derecho de enajenación, o que no lo hayan ejercitado. Así, los Estados miembros deben velar para que, si los esos socios consideran que la relación de canje fijada en el proyecto es inadecuada, puedan impugnar esa relación y reclamar el pago en efectivo.

112. El derecho de enajenación y el derecho de impugnación de la relación de canje podrían considerarse como complementarios, en la medida en que contribuyen a satisfacer los intereses de los socios que puedan resultar afectados⁹¹. Y los satisfacen de forma diferente, uno garantizando su salida de la sociedad, mientras que el otro supone su permanencia en la misma.

113. El procedimiento para realizar esta impugnación, se iniciará ante la autoridad competente u organismo habilitado del Estado miembro al que esté sujeta la sociedad que se fusiona. Este procedimiento no supondrá ningún obstáculo para el registro de la fusión transfronteriza. La decisión que

⁸⁷ Es el caso de A. NAVARRO PÉREZ, "El derecho de separación..."

⁸⁸ A. NAVARRO PÉREZ, "El derecho de separación...", Aunque se podría atribuir la competencia a la vía judicial, resulta más conveniente establecer un proceso dotado de mayor efectividad y celeridad, siendo una buena solución atribuir esta competencia a los Registradores mercantiles o a los Letrados de la Administración de Justicia de los Juzgados de lo Mercantil.

⁸⁹ A. PÉREZ TROYA, "La Directiva sobre transformaciones...", El reconocimiento de este efecto erga omnes, tiene la ventaja de poder implicar para las sociedades un gran dispendio imprevisto, pero la ventaja de obligar, de entrada, a fijar una compensación adecuada para evitar ese riesgo.

⁹⁰ A. NAVARRO PÉREZ, "El derecho de separación...", ;M. BUSTILLO SAIZ, "El derecho de separación...", El legislador europeo configura este derecho del socio, como un derecho a enajenar sus acciones o participaciones sociales a cambio de una compensación con la correspondiente sustitución en la titularidad jurídica de dicha posición de socio, que no se extingue, obligando a la sociedad a adquirir las partes sociales del socio que se separa. Esta forma de configurar el derecho, es menos gravosa para la mayoría de la sociedad y para los acreedores, que la consistente en la amortización de las acciones o participaciones sociales y la consiguiente disolución parcial de la sociedad.

⁹¹ A. PÉREZ TROYA, "La Directiva sobre transformaciones...", Las legislaciones nacionales debieran optar por compatibilizar estos derechos, lo que reforzaría la tutela de los socios al permitirles elegir entre la salida de la sociedad, ejercitando el derecho de separación, y el derecho a impugnar la relación de canje.

se adopte será vinculante para la sociedad resultante de la fusión transfronteriza. También los Estados miembros pueden disponer que la relación de canje establecida en dicha decisión sea válida respecto de cualquiera de los socios de la sociedad que se fusiona que no tenían o no ejercieron el derecho a enajenar sus acciones o participaciones.

114. Por último, se permite que los Estados miembros dispongan que la sociedad resultante de la operación pueda sustituir la compensación en efectivo por entrega de acciones o participaciones y otra compensación.

115. Cuando hablamos del derecho de impugnación de la relación de canje, hay que tener en cuenta que la Directiva impide que la fusión transfronteriza pueda ser impugnada sobre la base, únicamente, de la inadecuación de la relación de canje o de la compensación en efectivo para quienes ejerciten el derecho de enajenación, o que la información sobre la relación de canje o la compensación no cumpliera los requisitos legales. Está claro que, con esta limitación de las causas de impugnación de la operación se favorece la realización de la misma, pero no perjudica a los socios minoritarios, ya que disponen de la doble opción de enajenar o impugnar la relación de canje, cumpliendo los requisitos oportunos.

2. Protección de los acreedores

116. La fusión supone para los acreedores de las sociedades que desaparecen como consecuencia de la misma, un cambio en la persona de su deudor. El derecho de crédito no desaparece con la fusión, simplemente se produce una novación subjetiva en la persona del deudor⁹². En el supuesto de las fusiones transfronterizas, los acreedores no sólo se enfrentan al cambio del deudor, sino puede que también lo tengan que hacer a un cambio de la legislación y jurisdicción aplicables, si la sociedad resultante de la fusión tiene nacionalidad distinta de la que hasta ahora venía siendo su deudora. Ese cambio resultaría perjudicial a los intereses de los acreedores, si la nueva legislación aplicable establece un sistema de tutela con menores garantías, además de los costes que siempre implica el cambio de jurisdicción. En el caso de los acreedores de la sociedad absorbente, no se dan las mismas circunstancias. No obstante, y siempre que la protección esté condicionada a la justificación de su necesidad, no tendría por qué haber ningún problema en incluir a estos acreedores dentro del sistema de protección⁹³. Y eso es lo que hace la Directiva 2019/2121, ya que no diferencia en función de este dato.

117. A la protección de los acreedores en la fusión internacional habría que aplicar el derecho de la sociedad deudora⁹⁴. Otra solución afectaría a la seguridad jurídica, ya que los acreedores no tendrían certeza de cuál es la norma que garantiza la protección de su derecho de crédito. A lo que hay que añadir las diferencias que existen entre los ordenamientos de los Estados miembros al respecto, ya que gozan de amplia libertad a la hora de transponer la normativa comunitaria que regula esta materia⁹⁵.

118. La Directiva, en su artículo 126 ter relativo a la protección de los acreedores, no regula directamente dicha tutela, sino que remite a los Estados miembros la tarea de establecer el sistema de

⁹² R. ARENAS GARCÍA, "Fusiones internacionales...", p. 583. Para el Tribunal de Luxemburgo, la transmisión íntegra del activo y del pasivo que se produce en la fusión, implica que las obligaciones de las sociedades absorbidas ni se extinguen, ni se produce en ellas una novación, salvo la del cambio del titular de los derechos y de las obligaciones. Entiende que no se produce un cambio en la ley aplicable a los contratos que haya concluido la sociedad absorbida.

⁹³ L. M. ESTEBAN RAMOS, *Los acreedores sociales...*, pp. 97 y ss.

⁹⁴ R. ARENAS GARCÍA, "Fusiones internacionales...", pp. 588 y ss. Esta es la posición del Tribunal de Luxemburgo.

⁹⁵ C. TEICHMANN, "Protección de acreedores... Alude a un estudio encargado por la Comisión Europea que ha demostrado que la divergencia existente entre los sistemas de protección de los distintos Estados miembros, crea una complejidad adicional y una inseguridad jurídica respecto al tratamiento de la tutela de los acreedores en la modificación estructural transfronteriza. Por ello, se recomienda una convergencia de las normas de protección de los acreedores sociales, incluyendo tres opciones diferentes de reforma, recordando las ventajas e inconvenientes de cada una.

protección adecuado⁹⁶. Lo que sí hace, es fijar ciertos requisitos a tener en cuenta a la hora de abordar esta labor. Afirma Marín de la Bárcena⁹⁷ que la normativa incluida en la Directiva 2019/2121 en materia de protección de acreedores, es más gravosa para ellos y más favorable a la movilidad.

119. En relación con este tema, podría plantearse si resulta o no adecuado establecer regímenes diferentes de tutela de los acreedores sociales en función de que la fusión sea interna o internacional, y si eso pudiera ir en contra de la libertad de establecimiento. Para algunos, habría que aplicar las mismas reglas a los acreedores en una fusión nacional y en una fusión transfronteriza⁹⁸. Sin embargo, el hecho de que la Directiva establezca que los acreedores tienen que ser informados de sus derechos para protegerlos, teniendo en cuenta el carácter transfronterizo de la fusión, ha llevado a entender que no tienen por qué ser idénticos esos regímenes⁹⁹.

120. El artículo 126 ter de la Directiva, en su apartado primero, recoge la exigencia de que el sistema de protección de acreedores que articule cada Estado miembro proteja a los acreedores cuyos créditos hayan nacido antes de la publicación del proyecto de fusión transfronteriza y que aún no hayan vencido en el momento de dicha publicación. Como hemos indicado en otras ocasiones¹⁰⁰, la protección debe limitarse a los acreedores que realmente la necesitan, que son quienes en el momento de la constitución de su derecho de crédito no podían prever los cambios que la fusión puede generar. Es a partir de la publicidad del proyecto de fusión, cuando la operación en proceso puede conocerse y, con ello, quienes constituyan su crédito a partir de entonces, pueden haberlo acompañado de las garantías oportunas. El otro presupuesto, relativo al vencimiento del crédito, también está plenamente justificado, ya que una vez vencido, el acreedor puede reclamar directamente su satisfacción.

121. A la hora de configurar el sistema de tutela de los acreedores en las fusiones transfronterizas, los Estados deben tener en cuenta las exigencias contenidas en el apartado tercero del artículo. En concreto, deben reconocer a los acreedores el derecho a obtener garantías¹⁰¹, siempre que no estén de acuerdo con las ofrecidas en el proyecto común de fusión, que incluye, entre las menciones obligatorias, la de las garantías ofrecidas a los acreedores, tales como fianzas y prendas. Para su obtención, deben solicitarse a la autoridad administrativa o judicial pertinente que haya designado el Estado y, además, es preciso que realmente exista riesgo de impago. Por ello, los acreedores deben demostrar de forma creíble que la satisfacción de sus derechos está en juego debido a la fusión transfronteriza y que no han obtenido garantías adecuadas de las sociedades que se fusionan. Es sobre los acreedores, sobre quienes recae la carga de probar¹⁰² el peligro en que se encuentran sus créditos como consecuencia de la opera-

⁹⁶ Con la transposición a nuestro ordenamiento de la Directiva 2019/2121, a través del Real Decreto-ley 5/2003, ha desaparecido el derecho de oposición que tradicionalmente se venía reconociendo a los acreedores sociales, derecho que ya se había visto debilitado con la reforma operada en la Ley 3/2009, de 3 de abril, de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, BOE de 4 de abril de 2009, por la Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital, BOE de 23 de junio de 2012. Vid. ESTEBAN RAMOS, L. M. "Acreedores sociales..."

⁹⁷ F. MARÍN DE LA BÁRCENA, "La Directiva 2019/2121, sobre transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas (IV). La protección de los acreedores", *GA_P*, febrero, 2020.

⁹⁸ Es el caso de W. BAYER, «§122j», en LUTTER, M, *Umwandlungsgesetz*, 5a ed. 2014, nm. 5; M. LUTTER/W. BAYER/ J. SCHMIDT, *Europäisches Unternehmens — und Kapitalmarktrecht*, 6ª ed. 2017, 22.154, citados por C. TEICHMANN, "Protección de acreedores...", nota 46.

⁹⁹ C. TEICHMANN, "Protección de acreedores...", Es posible adaptar el régimen de la fusión nacional a las particularidades de la fusión transfronteriza. Con ello, justifica la compatibilidad de la legislación alemana con la europea; R. ARENAS GARCÍA, "Fusiones internacionales...", pp. 590-591. Nos recuerda que el Tribunal de Luxemburgo ha admitido un tratamiento diferenciado, desde la perspectiva de la libertad de establecimiento, en función de si el tratamiento diferenciado beneficia o perjudica la realización de fusiones internacionales.

¹⁰⁰ L. M. ESTEBAN RAMOS, *Los acreedores sociales...*, pp. 272 y ss.

¹⁰¹ J. PULGAR EZQUERRA, "Transformaciones transfronterizas...", No se trata de un derecho general a obtener garantías complementarias, sino que habrá que examinar caso por caso si el acreedor tiene derecho a ellas, recayendo sobre él la carga de probar que se dan los requisitos para su obtención, lo que no va a resultar una tarea fácil.

¹⁰² A. PÉREZ TROYA, "La Directiva sobre transformaciones...", Esto no estaba previsto en la Propuesta inicial, que contenía un sistema para presumir la falta de perjuicio.

ción, tarea que no les resultará fácil. En cualquier caso, las garantías se supeditarán a la eficacia de la fusión. En el Considerando 23 se indica que, a la hora de valorar las garantías, la autoridad competente debe de *tener en cuenta si el crédito del acreedor frente a la sociedad o frente a un tercero tiene un valor al menos equivalente y una calidad crediticia proporcional a la que tenía antes de la fusión y si puede reclamarse en el mismo foro.*

122. Se reconoce la posibilidad de que los Estados miembros puedan obligar al órgano de administración o dirección de las sociedades que fusionan, a realizar una declaración sobre la situación financiera de sociedad. Esa declaración de solvencia¹⁰³, tiene que reflejar con exactitud dicha situación, sobre la base de la información de que disponga el órgano y de las averiguaciones oportunas. En la declaración, a la que se le da publicidad junto al proyecto de fusión, se debe establecer que dicho órgano no conoce ningún motivo por el que la sociedad resultante de la fusión no puede hacer frente a las obligaciones. Esta declaración serviría como presunción¹⁰⁴ de la no existencia de perjuicio para los acreedores como consecuencia de la fusión. En cualquier caso, habría que entender que sí cabría la prueba en contrario.

123. Respecto a quien asume las consecuencias de dicha declaración, el Considerando 25 establece que los Estados pueden hacer personalmente responsables de la exactitud de la declaración a los miembros del órgano de administración. Serán los Estados quienes determinen las consecuencias de la realización de declaraciones falsas o engañosas, entre las que deben incluirse sanciones y responsabilidades efectivas y proporcionadas de conformidad al Derecho de la Unión.

124. Señala la profesora Pérez Troya¹⁰⁵ que esta declaración de solvencia tenía más sentido en la Propuesta inicial, pero no ahora donde se posibilita la exigencia a los administradores de responsabilidad en los casos en que se demuestre falsedad o negligencia en su declaración.

3. Protección de los trabajadores

125. Cuando tratamos el tema de la protección de los trabajadores en el ámbito de la fusión transfronteriza han de tenerse en cuenta, como normas específicas, los artículos 126 quater y 133 de la Directiva. Además, también debemos hacer referencia al apartado cuarto del artículo 131, que regula los efectos de la fusión transfronteriza, que establece que todos los derechos y obligaciones de las sociedades participantes en la fusión, que procedan de contratos de trabajo o de relaciones laborales que estén vigentes en la fecha de eficacia de la operación, se transfieren a la sociedad resultante en la fecha en que la misma surta efecto. Por tanto, la realización de una fusión transfronteriza no supone el fin de los contratos de trabajo existentes entre las sociedades participantes y sus trabajadores, salvo que haya una causa que justifique su extinción¹⁰⁶.

126. El artículo 126 quater regula los derechos de información y consulta de los trabajadores. Se exige a los Estados miembros que garanticen el respecto de los derechos de los trabajadores a ser informados y consultados en relación con la fusión transfronteriza, y que su ejercicio se realice de conformidad con lo establecido en la Directiva (CE) 2002/14 del Parlamento y del Consejo, por la que establece el marco general relativo a la información y consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea, de

¹⁰³ J. PULGAR EZQUERRA, “Transformaciones transfronterizas...”, La declaración de solvencia es un tema recurrente en la agencia de la Comisión Europea.

¹⁰⁴ C. TEICHMANN, “Protección de acreedores...”, Alude a las críticas que surgen de la utilización de la declaración de solvencia como instrumento de tutela de los acreedores. Se entiende que supone una carga excesiva para los administradores.

¹⁰⁵ J. PULGAR EZQUERRA, “Transformaciones transfronterizas...”

¹⁰⁶ A. TAPIA FRADE, *La fusión transfronteriza ...*, pp. 243 y ss. Es normal que una reestructuración de una empresa produzca efectos negativos sobre el empleo, para garantizar el futuro de la organización empresarial resultante. Las causas que justifiquen despidos colectivos u objetivos, han de acreditarse conforme a la legislación nacional que resulte aplicable.

11 de marzo de 2002¹⁰⁷, y en la Directiva (CE) 2001/23 del Consejo, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en los casos de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad, de 12 de marzo de 2001¹⁰⁸, cuando la fusión transfronteriza sea considerada un traspaso de empresa y cuando proceda en el caso de empresas o grupos de empresas de dimensión comunitaria. Añade que, no obstante, los Estados deben velar porque se respeten los derechos de los trabajadores a ser informados y consultados, al menos antes de que se decida el proyecto común de fusión transfronteriza o el informe del órgano de administración o dirección, de forma que pueda proporcionarse a los trabajadores una respuesta motivada antes de la junta general que debe decidir sobre la aprobación del proyecto común.

127. Deja en manos de los Estados miembros la determinación de las modalidades de ejercicio del derecho de información y consulta, de conformidad con la mencionada Directiva 2002/14.

128. Por otra parte, el artículo 133 alude a la participación de los trabajadores. Como nos recuerda Esteban de la Rosa¹⁰⁹, una de las preocupaciones recurrentes en el ámbito de la armonización del Derecho de sociedades en la Unión Europea y en la creación de tipos europeos de sociedades, ha sido la regulación de mecanismos de implicación de los trabajadores en los órganos de gestión y decisión de la sociedad para poder influir en las decisiones de la empresa. Lo que resultaba especialmente complicado en el caso de las fusiones transfronterizas intracomunitarias.

129. La sociedad resultante de la fusión transfronteriza está sujeta a las normas de participación de los trabajadores, vigentes en el Estado miembro en que se encuentre su domicilio social. Sin embargo, estas normas no son aplicables cuando no establezcan el mismo nivel de participación de los trabajadores que el aplicado en las correspondientes sociedades que se fusionan, o no prevean que los trabajadores de los establecimientos de la sociedad resultante situados en otros Estados miembros, puedan ejercer los mismos derechos de participación que los que corresponden a los trabajadores empleados en el Estado miembro del domicilio social de la sociedad resultante. Con esto, se está tratando de evitar que los derechos que los trabajadores tenían conforme a la legislación del Estado de origen resulten perjudicados¹¹⁰.

130. En esos casos, serán los Estados miembros los que regulen la participación de los trabajadores en la sociedad resultante de la fusión transfronteriza¹¹¹.

131. Cuando la sociedad resultante de la fusión esté gestionada en régimen de participación de los trabajadores, debe tomar medidas para garantizar la protección de los derechos de los trabajadores en caso de futuras operaciones transfronterizas, durante un plazo de cuatro años desde que la fusión surte efecto. Señala Pérez Troya¹¹² que con esto, se evita que el mínimo de protección se vea burlado, como venía ocurriendo.

¹⁰⁷ DOUE L 8, de 23 de marzo de 2002.

¹⁰⁸ DOUE L 82, de 23 de marzo de 2001.

¹⁰⁹ F. ESTEBAN DE LA ROSA, "Ferrovial traslada su sede legal..."

¹¹⁰ A. PÉREZ TROYA, "La Directiva sobre transformaciones..."

¹¹¹ Vid sobre esta cuestión A. PÉREZ TROYA, "La Directiva sobre transformaciones..."

¹¹² A. PÉREZ TROYA, "La Directiva sobre transformaciones..."

Problemática de la clasificación arancelaria de las mercancías en la Unión Europea

Problems of tariff classification of goods in the European Union

DAVID GARCÍA GUERRERO

*Profesor Ayudante Doctor de Derecho Financiero y Tributario
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)*

ORCID ID: 0000-0002-0300-4360

Recibido: 15.06.2023 / Aceptado: 07.07.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.8062

Resumen: La clasificación arancelaria de una mercancía que se pretende importar en el territorio aduanero de la Unión Europea conlleva consecuencias de importante calado, como una determinada imposición, así como la posible aplicación de otro tipo de medidas. Existe un convenio internacional de la Organización Mundial de Aduanas, que forma parte del Derecho de la Unión Europea, que establece el Sistema Armonizado, sobre el que se basa la Nomenclatura Combinada de la Unión, a la que se le pueden añadir otras subpartidas, componiendo lo que se conoce como arancel integrado de la Unión o TARIC. Se analiza la clasificación arancelaria de las mercancías en la Unión Europea, así como las herramientas y garantías de las que dispondría el contribuyente europeo, sin dejar pasar la oportunidad de hacer referencia a la reforma aduanera de gran calado que se está desarrollando, en la actualidad, en la Unión.

Palabras clave: clasificación arancelaria, arancel aduanero común, Sistema Armonizado, Nomenclatura Combinada, arancel integrado de la Unión, TARIC, derechos de aduanas, Unión Europea.

Abstract: The tariff classification of a good intended to be imported into the customs territory of the European Union has far-reaching consequences, such as a certain level of taxation, as well as the possible application of other types of measures. An international convention of the World Customs Organisation, which is part of EU law, establishes the Harmonised System, on which the EU Combined Nomenclature is based, to which other subheadings can be added, making up what is known as the Integrated Tariff of the Union or TARIC. The tariff classification of goods in the European Union is analysed, as well as the tools and guarantees available to the European taxpayer, without overlooking the opportunity to refer to the far-reaching customs reform currently underway in the Union.

Keywords: tariff classification, Common Customs Tariff, Harmonised System, Combined Nomenclature, Integrated Tariff of the Union, TARIC, customs duties, European Union.

Sumario: I. Introducción. II. El arancel aduanero común y la clasificación arancelaria de las mercancías. III. La Información Aduanera Vinculante (IAV). IV. Litigiosidad ante los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. V. Inteligencia Artificial: ¿una solución en pro de los contribuyentes y de la Hacienda de la Unión Europea? VI. Reflexiones finales ante la reforma aduanera de la Unión Europea en marcha.

I. Introducción

1. UCKMAR señalaba el cambio de paradigma de la fiscalidad internacional, estando esta última fuertemente influenciada por las características del comercio internacional de nuestros días. Si bien, hace más de un siglo, el tráfico internacional estaba casi monopolizado por las materias primas, en la actualidad está asentado el proceso de globalización¹. En consecuencia, siguiendo las ideas de CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, este proceso económico ha modificado radicalmente el *modus operandi* de los operadores del comercio internacional, ya que se está en presencia de un mercado único gigante que se identificaría directamente con el planeta Tierra en su conjunto².

2. La publicación de una sentencia del Tribunal Supremo de Tailandia hizo saltar las alarmas entre los importadores y exportadores: el grupo automovilístico Toyota importó a este país mercancías que consideró piezas de automóvil, las cuales gozaban de una reducción del 30% en los derechos de importación devengados en Tailandia; sin embargo, el Tribunal Supremo confirmó la decisión recurrida en la que se establecía que la clasificación arancelaria efectuada por Toyota no era correcta, dado que se trataba en realidad de kits completos desmontables que conllevaban una tributación más elevada. La consecuencia fiscal es la obligación de versar el equivalente a más de 272 millones de dólares³. ¿Cuál sería la situación en la Unión Europea?

3. Como bien señala LÓPEZ ESPADAFOR, la Unión es titular de un conjunto de recursos propios que nutren su presupuesto, teniendo algunos naturaleza tributaria -recursos propios tradicionales o derechos de aduanas- y otros que no tienen esta naturaleza⁴. Nuestra atención va a recaer en los derechos de aduanas⁵. TOSI y BAGGIO recuerdan que son cuatro los elementos esenciales que van a ser exigidos a la hora de la declaración en aduana de una mercancía que pretende ser introducida en el territorio aduanero de la Unión: la cantidad, la cualidad, el origen y el valor. Este estudio se va a centrar exclusivamente en la calidad, ya que la descripción exhaustiva cualitativa del bien, esto es, su tipología, composición o uso, por ejemplo, permiten que puedan ser clasificadas a través de un código mediante el cual se le asignan una serie de medidas⁶.

4. Por lo tanto, clasificar una mercancía conllevará una determinada imposición, así como la posibilidad de que le vengan aplicadas otro tipo de medidas. Se trata de un asunto relevante de cara a los dos sujetos que componen la relación jurídico-tributaria: por un lado, la Hacienda de la Unión Europea, que tiene interés en la satisfacción de su derecho de crédito del tributo del que es titular la Unión, y, por otro lado, el obligado tributario o “deudor” -que es la terminología empleada por el Código Aduanero de la Unión⁷.

5. Está estrechamente relacionada con la cuestión esta “brecha aduanera”, que hace referencia a la diferencia entre el *quantum* monetario que se recauda efectivamente por las Administraciones de los Estados miembros por los impuestos arancelarios y el *quantum* monetario que se debería haber recauda-

¹ V. UCKMAR, “Introduzione”, en V. UCKMAR (Coord.), *Diritto Tributario Internazionale. Manuale*, CEDAM, Padua, 2010, p. XVII.

² A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Lex mercatoria y arbitraje privado internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, nº 1, 2020, p. 66.

³ “Thailand’s top court rules Toyota unit must pay \$272 mln in import duties”, Reuters, 15 de septiembre de 2022. Disponible online: <https://www.reuters.com/business/autos-transportation/thailands-top-court-rules-toyota-unit-must-pay-272-mln-import-duties-2022-09-15/>; y “Toyota faces Thai bribery probe over tax dispute”, Financial Times, 20 de abril de 2021. Disponible online: <https://www.ft.com/content/aa0351ec-30dd-408e-8c33-633276ec4667>

⁴ C. M. LÓPEZ ESPADAFOR, “Replanteamiento del Derecho Internacional Tributario”, en *Quincena Fiscal*, nº 4, 2023, pp. 5 y 6.

⁵ J. M. TEJERIZO LÓPEZ, “La unión fiscal en la UE (una visión general)”, en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 28, 2018, 2015, p. 117.

⁶ L. TOSI y R. BAGGIO, *Lineamenti di Diritto Tributario Internazionale*, 7ª ed., CEDAM, Padua, 2022, pp. 263 y 264.

⁷ Apartado 19 del artículo 5 del Reglamento (UE) núm. 952/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de octubre de 2013, por el que se establece el código aduanero de la Unión.

do en teoría por ellos⁸. El Tribunal de Cuentas Europeo consideró que era necesario estimar la cantidad exacta de brecha aduanera que existe en la Unión para conocer el estado real de la situación⁹. Aspecto que ha sido igualmente puesto de manifiesto por el Grupo de Sabios que se ha encargado de establecer las bases de la reforma aduanera de la Unión Europea que está en marcha, planteando la introducción de un informe anual sobre la brecha de ingresos aduaneros basado en una metodología acordada y un marco de datos para gestionar mejor la recaudación de ingresos aduaneros¹⁰.

6. A su vez, ha de ponerse en relación, naturalmente, con la protección de los intereses financieros de la Unión Europea, que no solamente ha de ser una prioridad para esta organización internacional, sino también para cada uno de sus Estados miembros con la misma intensidad que si de sus intereses se tratase, *ex artículo 325 del Tratado de Funcionamiento de la Unión*. De las distintas modalidades de fraude, por la materia específica de este estudio, tiene relevancia el fraude aduanero, que hemos venido definiendo como la conducta que persigue el impago total o parcial de los recursos propios de la Unión de naturaleza tributaria¹¹ de forma intencionada, el cual ha de ser perseguido penalmente por los Estados miembros. Son manifestaciones de este tipo de fraude fiscal en ámbito aduanero: una declaración de un valor inferior de la mercancía; declarar un país de origen falso del bien; una clasificación arancelaria que no se corresponda con las características cualitativas del bien; incluso una combinación de varios de los anteriores; o también la solicitud de una franquicia sin que concurren los requisitos legalmente establecidos¹².

7. De todas ellas, es relevante para el presente trabajo la incorrecta clasificación arancelaria, ya que puede tener incluso relevancia penal cuando se den los elementos del tipo penal¹³. Es sabido que el comercio internacional de mercancías está regulado por normas que no son extremadamente sencillas y que están dispersas, incluyendo aquéllas que tienen naturaleza tributaria; por lo que el tributarista ocupa una parte relevante de su tiempo en estudiar toda esa legislación, la cual suele modificarse de forma bastante acelerada¹⁴. Dado que no son numerosos los trabajos de la vertiente fiscal del Derecho Aduanero, se propone un estudio que sirva para poner de relieve los problemas actuales que se consideran más relevantes y las perspectivas de futuro.

8. Así las cosas, se comenzará analizando el arancel aduanero común y sus elementos, poniendo una especial atención en la clasificación arancelaria de la mercancía, debiendo hacer referencia a un instrumento muy relevante como es la Información Aduanera Vinculante (IAV); posteriormente, se analizará el derecho al recurso, siendo posible que hayan existido hasta tres clasificaciones distintas -la primera la realiza en obligado tributario en la declaración en aduana, la segunda puede ser resultado de una comprobación que efectúe la autoridad aduanera de un Estado miembro y la tercera podría ser la consecuencia de un recurso ante un órgano jurisdiccional nacional-, existiendo doctrina del Tribunal de

⁸ *From Shadow to Formal Economy: Levelling the Playing field in the Single Market*, Dirección General de Políticas Internas de la Unión, Parlamento Europeo, 2013, p. 40.

⁹ *Informe especial. Controles aduaneros: la armonización insuficiente es un obstáculo para los intereses financieros de la UE*, Tribunal de Cuentas Europeo, 2021, p. 14.

¹⁰ A. GONZÁLEZ LAYA ET AL., *Putting more union in the european customs. Ten proposals to make the EU Customs Union fit for a Geopolitical Europe*, Bruselas, 2022.

¹¹ Su naturaleza tributaria es pacífica en la doctrina tributaria, pudiendo destacar a C. M. LÓPEZ ESPADAFOR, “La discutible autonomía de la Unión Europea y su contemplación desde la perspectiva tributaria”, en *Quincena Fiscal*, nº 19, 2010, pp. 5 y 6; y también a F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario. 2. Parte speciale*. 12ª ed., UTET Giuridica, Milán, 2019.

¹² D. GARCÍA GUERRERO, *Régimen fiscal y cooperación en materia aduanera en la Unión Europea*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 218 a 222; además, *vid. Informe Especial. Regímenes de importación: las insuficiencias en el marco jurídico y una aplicación ineficaz afectan a los intereses financieros de la UE*. Tribunal de Cuentas Europeo, 2017.

¹³ En el caso español, el delito de defraudación contra la Hacienda de la Unión Europea se tipifica en el artículo 305.3 del Código Penal, que ha traspuesto las partes que le afectaban de la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal (J. MARTÍN QUERALT, C. LOZANO SERRANO, J. M. TEJERIZO LÓPEZ, G. CASADO OLLERO y G. ORÓN MORATAL, *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, 32ª ed., Tecnos, Madrid, 2021, pp. 726 y 727).

¹⁴ C. M. LÓPEZ ESPADAFOR, *El Derecho Financiero y Tributario como articulación jurídica de la redistribución de la riqueza*, Dykinson, Madrid, 2023, p. 19.

Justicia de la Unión Europea en materia de clasificación arancelaria; a continuación, cabría preguntarse si la Inteligencia Artificial puede ser una herramienta útil; y se finalizaría con unas breves ideas sobre el proyecto de reforma aduanera que se ha emprendido en la Unión.

II. El arancel aduanero común y la clasificación arancelaria de las mercancías

9. En primer lugar, el artículo 28.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea dispone lo siguiente: “La Unión comprenderá una unión aduanera, que abarcará la totalidad de los intercambios de mercancías y que implicará la prohibición, entre los Estados miembros, de los derechos de aduana de importación y exportación y de cualesquiera exacciones de efecto equivalente, así como la adopción de un arancel aduanero común en sus relaciones con terceros países”. El arancel aduanero común ha encontrado parte de su desarrollo normativo fundamental de la Unión a través del Reglamento (UE) núm. 952/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de octubre de 2013, por el que se establece el código aduanero de la Unión¹⁵ y del Reglamento (CEE) n° 2658/87 del Consejo, de 23 de julio de 1987, relativo a la nomenclatura arancelaria y estadística y al arancel aduanero común¹⁶.

10. Este precepto de Derecho originario de la Unión Europea muestra la diferenciación de varios conceptos: por un lado, ciertas figuras como son los derechos de aduanas de importación o de exportación, así como las exacciones de efecto equivalente; y, por otro lado, se obliga a la Unión a establecer un arancel aduanero común en el marco del tráfico internacional de mercancías con terceros Estados y territorios. De lo anterior se puede deducir que no son lo mismo los derechos de aduana y el arancel aduanero común. Dicho de otro modo, el arancel aduanero común no se trata única y exclusivamente de una alícuota o una cantidad que se impone sobre una determinada base -valor en aduana-¹⁷.

11. Se pueden definir los derechos de aduana -de importación y de exportación- como aquellos tributos que se abonan como consecuencia del paso de una mercancía de la línea del territorio aduanero de la Unión¹⁸. Si bien se sujetan a imposición las importaciones, se proclama, como norma general, el principio de libertad de las exportaciones, por lo que no están sometidas a tributación¹⁹. Por su parte, ha sido la jurisprudencia comunitaria la que ha ido perfeccionando la definición de exacciones de efecto equivalente, entendiéndose como tales a cualquier carga pecuniaria impuesta unilateralmente por una autoridad pública²⁰ que, independientemente del *nomen iuris* que se le dé y de su técnica, grave una mercancía que haya atravesado la frontera y que no constituya *stricto sensu* un derecho de aduana, sin ser requisito la existencia de un fin proteccionista por parte del Estado o territorio que sea titular de esa exacción²¹.

12. Asentados los conceptos anteriores, cabría preguntarse en qué consiste, pues, el arancel aduanero común. Podría decirse que, desde un punto de vista sustancial, es una figura compleja. Atendiendo al artículo 56.2 del Código Aduanero de la Unión, el arancel aduanero común comprendería: “a) la nomenclatura combinada de las mercancías establecida en el Reglamento (CEE) no 2658/87; b) cualquier otra nomenclatura que se base total o parcialmente en la nomenclatura combinada, o que introduzca en esta nuevas subdivisiones, y que sea establecida por un acto de la Unión de ámbito específico con el fin de aplicar medidas arancelarias en el comercio de mercancías; c) los derechos de aduana

¹⁵ En adelante, Código Aduanero de la Unión.

¹⁶ En adelante, Reglamento 2658/87.

¹⁷ Artículo 69 del Código Aduanero de la Unión.

¹⁸ M. BEGHIN, *Diritto tributario*, 3ª ed., CEDAM, Padua, 2017, p. 738.

¹⁹ A. MANGAS MARTÍN y D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2016, p. 919.

²⁰ E. GARCÍA COSO, “Tema 23. Mercado interior (I): libre circulación de mercancías”, en V. M. SÁNCHEZ (Dir.), *Derecho de la Unión Europea*, 4ª ed., Huygens, Barcelona, 2017, pp. 227 y 228.

²¹ J. J. MARTOS GARCÍA, “Las exacciones de efecto equivalente a los derechos de aduana en la Unión Europea. Análisis jurisprudencial”, en *Crónica Tributaria*, n° 144, 2012, pp. 56 a 61.

autónomos, convencionales o normales, aplicables a las mercancías cubiertas por la nomenclatura combinada; d) las medidas arancelarias preferenciales contenidas en acuerdos que haya celebrado la Unión con países o territorios situados fuera de su territorio aduanero o con grupos de esos países o territorios; e) las medidas arancelarias preferenciales que adopte unilateralmente la Unión para países o territorios situados fuera de su territorio aduanero o para grupos de esos países o territorios; f) las medidas autónomas que establezcan una reducción o una exención de los derechos de aduana por ciertas mercancías; g) las disposiciones que prevean un trato arancelario favorable para ciertas mercancías en razón de su naturaleza o de su destino final en el marco de las medidas indicadas en las letras c) a f) o h); h) otras medidas arancelarias contenidas en la normativa de la Unión en el ámbito de la agricultura, del comercio o de otros ámbitos”.

13. Por lo tanto, la nomenclatura arancelaria de una mercancía es un elemento del arancel aduanero común. Ahora bien, convendría que se determinasen los siguientes conceptos en sede de clasificación de las mercancías en la Unión Europea que pueden crear confusión entre ellos: Sistema Armonizado, Nomenclatura Combinada y arancel integrado de la Unión o TARIC.

14. Comenzando con el Sistema Armonizado, se ha de traer a colación el Convenio Internacional del Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías de la Organización Mundial de Aduanas, el cual encuentra su aplicación en la Unión Europea²². Prevé un código de seis cifras²³. A través del mismo se establece un sistema único para la designación y clasificación de las mercancías en el comercio internacional, puesto que, si cada Estado o territorio aprobase un sistema distinto, se dificultaría el tráfico internacional de mercancías, acarreando un coste extra para los operadores de este mercado²⁴. Así, se podría definir el Sistema Armonizado de designación y codificación de mercancías como aquella nomenclatura que incluye las partidas, las subpartidas, los códigos numéricos, las Notas de las secciones, capítulos y subpartidas y las Reglas generales para interpretar este sistema establecidas en el Anexo del citado Convenio. Dentro de este sistema, se distinguiría entre nomenclatura arancelaria, nomenclatura estadística y nomenclatura arancelaria y estadística combinadas: la nomenclatura arancelaria es la que establece una parte contratante del Convenio para percibir los derechos aduaneros de importación; la nomenclatura estadística es la que determina una parte del Convenio para la presentación de las estadísticas del comercio de importación y exportación; y la nomenclatura arancelaria y estadística combinadas aúna tanto la arancelaria como la estadística, siendo elaborada por una parte contratante, de cara a la declaración de las mercancías a la importación²⁵. Gracias a este Convenio se crea el Comité del Sistema Armonizado, en el que están representadas las partes adheridas a este texto internacional, que gestiona la Organización Mundial de Aduanas. De entre sus varias funciones, se pueden señalar, por una parte, la redacción de notas explicativas, criterios de clasificación y demás criterios o la formulación de recomendaciones utilizados para interpretar y aplicar el Sistema Armonizado, y, por otra parte, proporcionar información, de oficio o a instancia, o consejos sobre la clasificación de mercancías en el Sistema Armonizado²⁶.

15. Pasando a la Nomenclatura Combinada, se trata del sistema común de codificación y clasificación de mercancías de la Unión Europea que sustituyó las anteriores nomenclatura del arancel aduanero común y nomenclatura estadística Nimexe. En consecuencia, se utiliza tanto en las declaraciones en aduana de la Unión como en la realización de estadísticas comerciales²⁷. La Nomenclatura Combinada

²² Decisión 87/369/CEE del Consejo de 7 de abril de 1987 relativa a la celebración del Convenio Internacional del Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías, así como de su Protocolo de enmienda.

²³ Anexo del Convenio Internacional del Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías.

²⁴ F. VISMARA, *Corso di diritto doganale. Diritto dell'Unione europea e diritto interno*, G. Giappichelli Editore, Turín, 2018, pp. 28 y 29.

²⁵ Artículo 1 del Convenio Internacional del Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías.

²⁶ F. VISMARA, *ob. cit.*, p. 29.

²⁷ F. GARÍN ALEMANY, “Régimen jurídico español del Comercio Exterior”, en C. ESPLUGUES MOTA (Dir.), *Derecho del Comercio Internacional*, 8ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 59.

se basa en el Sistema Armonizado de la Organización Mundial de Aduanas²⁸, de forma que las seis primeras cifras son las previstas en el Sistema Armonizado, añadiéndose las subpartidas NC, que son otras dos cifras más²⁹, que son subpartidas propias de la Unión³⁰.

16. Finalizando con el arancel integrado de la Unión, también denominado TARIC, surgió porque era conveniente que los Estados miembros pudiesen crear subdivisiones estadísticas nacionales y determinadas medidas específicas de la Unión Europea no pueden tenerse en cuenta en el marco de la Nomenclatura Combinada³¹. Este arancel integrado de la Unión o TARIC se basa en la Nomenclatura Combinada que, a su vez, como ya se ha dicho, se basa en el Sistema Armonizado. La base de datos TARIC es actualizada periódicamente por la Unión Europea, siendo una herramienta imprescindible para importadores y exportadores. Por lo tanto, a las ocho cifras anteriormente mencionadas de código arancelario de la mercancía, se habría de añadir la subpartida TARIC, que son otras dos cifras más, pudiendo añadirsele otras cuatro más³².

17. Así las cosas, uno de los elementos del arancel aduanero común es tanto la Nomenclatura Combinada del Reglamento 2658/87 como otras adicionales³³. El código de la mercancía quedará con la siguiente estructura en estricto orden, de izquierda a derecha: dos números que se refieren al capítulo, dos números que se refieren a la partida, dos números que se refieren a la subpartida -que dan un total de seis, basados en el Sistema Armonizado-, dos números que se refieren a la subpartida NC, llegando a establecerse la posibilidad de que existan dos números más, que son las subpartidas TARIC, e, incluso, otros cuatro números adicionales. Téngase en cuenta que los capítulos se engloban en secciones en función de la clase de producto de que se trate³⁴. Por tanto, este código de mercancía en la Unión Europea contiene ocho dígitos obligatorios, pudiendo añadirse hasta otros 6 más; de las ocho cifras obligatorias, las seis primeras son la aplicación del llamado Sistema Armonizado, mientras que las dos últimas cifras obligatorias y también las otras seis cifras opcionales -recordemos, la suma de dos y, en el supuesto de que existiese, otros cuatro más- son resultado de una clasificación propia de la Unión con la finalidad de que la citada clasificación sea lo más precisa posible³⁵.

18. Podríamos decir que mediante la clasificación de las mercancías se otorga a un bien específico una categoría y a través del tipo de gravamen o directamente una cantidad ya determinada se conoce la cantidad de dinero que se deberá aplicar sobre el valor de las mercancías que podrían ser encuadradas en una categoría específica³⁶.

19. En cualquier caso, las notas explicativas que son elaboradas por la Organización Mundial de Aduanas, en sede del Sistema Armonizado, así como por la Comisión Europea, en relación a la Nomenclatura Combinada, no son jurídicamente vinculantes. Ahora bien, estos actos de *soft law* contribuyen de manera relevante, según jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a la interpretación del alcance de las diferentes partidas arancelarias, como se verá más adelante³⁷.

20. En suma, para la aplicación del arancel aduanero común, la clasificación arancelaria de una mercancía consiste en la asignación a ésta de la subpartida o subdivisión de la Nomenclatura Combinada. Para la aplicación de medidas que no sean arancelarias, la clasificación arancelaria consistirá en la

²⁸ Considerandos del Reglamento 2658/87.

²⁹ Artículo 3.1 del Reglamento 2658/87.

³⁰ R. FALCÓN Y TELLA y E. PULIDO GUERRA, *Derecho Fiscal Internacional*, 3ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2018, p. 358.

³¹ Considerandos del Reglamento 2658/87.

³² Apartados 2 y 3 del artículo 3 del Reglamento 2658/87.

³³ Letras a) y b) del apartado 2 del artículo 56 del Código Aduanero de la Unión.

³⁴ M. FABIO, *Manuale di diritto e pratica doganale*, VI ed., Wolters Kluwer, Milán, 2017, pp. 55 y 56.

³⁵ F. M. CARRASCO GONZÁLEZ, "Los derechos de aduana", en F. PÉREZ ROYO (Dir.), *Curso de Derecho Tributario. Parte Especial*, 11ª ed., Tecnos, Madrid, 2017, pp. 1033 y 1034.

³⁶ F. VISMARA, *ob. cit.*, p. 149.

³⁷ STJUE 12 diciembre 2013, *Hark*, C-450/12, ECLI:EU:C:2013:824, apartado 32.

asignación de la subpartida o subdivisión de la Nomenclatura Combinada o cualquier otra que haya sido adoptada por el Derecho comunitario cuya base sea, de forma total o parcial, la Nomenclatura Combinada o que establezca en esta última otras subdivisiones a la mercancía de que se trate. La consecuencia de la determinación de una subpartida o subdivisión para un bien será la aplicación de las medidas previstas para la misma³⁸.

III. La Información Aduanera Vinculante (IAV)

21. El Código Aduanero de la Unión ha implantado un verdadero procedimiento administrativo en relación al sistema de decisiones aduaneras³⁹. Con “decisión”, el citado Reglamento de la Unión Europea se refiere al acto que ha sido emanado por la autoridad aduanera relativo a la normativa aduanera a través del cual la citada autoridad se pronuncia con respecto a un caso particular produciendo efectos jurídicos para el interesado⁴⁰.

22. En particular, la Sección 3, titulada “Decisiones relativas a la aplicación de la legislación aduanera”, del Capítulo 2 del Título I del Código Aduanero de la Unión llega a distinguir hasta cuatro decisiones distintas: decisiones adoptadas previa solicitud, decisiones adoptadas sin solicitud previa, decisiones relativas a las informaciones vinculantes y decisiones relativas a las informaciones vinculantes en relación con otros elementos.

23. Centrándonos en las decisiones relativas a las informaciones vinculantes, se adoptan previamente realizando una solicitud. Su contenido podrá versar solamente sobre dos aspectos: la clasificación arancelaria -informaciones arancelarias vinculantes o decisiones IAV- o el origen -informaciones vinculantes en materia de origen o decisiones IVO-⁴¹. La autoridad aduanera no puede aceptar una solicitud relativa a informaciones vinculantes en el supuesto de existencia de otra solicitud que afecte a la misma mercancía con independencia de la aduana ni de quién sea el solicitante -si es el titular o si es otra persona que actúe por cuenta del titular-, ni en el supuesto de que no exista una conexión entre la solicitud y los fines de las decisiones IAV, ni con ninguno de los destinos que se prevé en el régimen aduanero de que se trate⁴².

24. Por lo tanto, serán de interés de cara a nuestro estudio las decisiones IAV, es decir, las informaciones arancelarias vinculantes. Estas últimas vincularán, efectivamente, en los siguientes términos para las dos partes de la relación: para una autoridad aduanera, respecto al titular de la decisión, en relación con aquellas mercancías cuyas formalidades aduaneras se realicen desde el momento en que la decisión despliegue efectos jurídicos; y, por otra parte, para el titular de la decisión, respecto de las autoridades aduaneras, desde el momento en que reciba la notificación de la decisión o se estime que la ha recibido⁴³.

25. Se exige al titular de la decisión IAV que pueda probar que el bien declarado corresponde con lo descrito en la decisión para la aplicación de esta última en el contexto de un determinado régimen aduanero⁴⁴.

26. Por lo que respecta la duración de la validez de una decisión IAV, el Código Aduanero de la Unión estipula que será de 3 años a contar desde el momento en que la decisión surtió efecto. No obs-

³⁸ Artículo 57 del Código Aduanero de la Unión.

³⁹ M. A. MARÍN RAMÍREZ, “Decisiones relativas a la aplicación de la legislación aduanera”, en J. A. SOLÉ ESTALELLA (Dir.), *El Código Aduanero de la Unión y su normativa de desarrollo*, 1ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2017, p. 2 (versión online).

⁴⁰ Apartado 39 del artículo 5 del Código Aduanero de la Unión.

⁴¹ Art. 33.1 del Código Aduanero de la Unión.

⁴² M. FABIO, *ob. cit.*, p. 72.

⁴³ F. VISMARA, *ob. cit.*, pp. 75 y 76.

⁴⁴ M. A. MARÍN RAMÍREZ, *ob. cit.*, pp. 26 y 27 (versión online).

tante, podría acortarse este plazo, cesando en su validez, si se produce alguna de las siguientes causas: o bien cuando la decisión IAV adopte un cambio de la nomenclatura, o bien cuando la Comisión adopte medidas que tengan como objeto la determinación de la clasificación arancelaria de las mercancías; en estos supuestos, los efectos tendrán lugar en el momento que se apliquen esas modificaciones o esas medidas. Ahora bien, es importante señalar que no tendrá efectos retroactivos⁴⁵.

27. Las decisiones IAV pueden ser anuladas en los supuestos de que hayan sido adoptadas teniendo en cuenta informaciones que fueren incorrectas o incompletas. No se permite la modificación de este tipo de decisiones. No obstante, sí que se prevé su revocación, pudiendo destacar el supuesto en el que el contenido de una decisión IAV contravenga la interpretación de la nomenclatura arancelaria que sea el resultado de notas explicativas en relación a la Nomenclatura Combinada y el TARIC desde el momento que se publican en el Diario Oficial de la Unión Europea, o de una sentencia del Tribunal de Justicia de esta última desde el instante de su publicación en el mencionado boletín oficial comunitario, o incluso las decisiones de clasificación, los criterios de clasificación o las modificaciones de las notas explicativas de la nomenclatura del Sistema Armonizado de designación y codificación de las mercancías, adoptado por la organización creada por el Convenio por el que se establece un Consejo de Cooperación Aduanera, con efectos a partir de la fecha de publicación de la Comunicación de la Comisión en la serie C del Diario Oficial de la Unión Europea⁴⁶.

28. Desde el punto de las garantías del obligado tributario, es menester señalar qué ocurre con su derecho a ser oído en relación a las decisiones IAV. Se trata de un derecho fundamental de la Unión Europea en tanto en cuanto se reconoce, en el artículo 41.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de ésta, que toda persona tiene el derecho a ser oída antes de la adopción de una decisión que le sea desfavorable. Ello permite, de un lado, que la autoridad aduanera que haya de decidir sobre el asunto disponga de la totalidad de elementos necesarios, y, de otro lado, que el interesado corrija un error detectado o ponga de manifiesto circunstancias personales. Para ello, el plazo en el que la persona interesada debe ser escuchada ha de ser adecuado. Los tribunales podrán valorar si la autoridad aduanera, en el momento de decidir en un sentido o en otro, tuvo en cuenta la aportación del interesado⁴⁷. A su vez, este derecho a ser oído también se integra en los artículos 47 y 48 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en materia de derecho de defensa⁴⁸. La plasmación del derecho a ser oído en la mencionada Carta es el resultado de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión, órgano jurisdiccional que ya había venido reconociendo este derecho, al que le otorgó incluso rango de principio fundamental de la Unión Europea. Pues bien, aunque el Derecho interno de un Estado miembro no prevea el derecho a ser oído, habrán de garantizarlo porque se trata de una obligación que tienen los países miembros de la Unión Europea⁴⁹.

29. Para GARCÍA HEREDIA, la aplicación del derecho a ser oído -y las consecuencias de su incumplimiento-, atendiendo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión, quedaría configurado de la siguiente forma: en primer lugar, se trata de un derecho de efecto directo, por lo que se puede invocar, de forma directa, ante los tribunales nacionales de los Estados miembros; en segundo lugar, la omisión del derecho a ser oído podría traer consigo la violación del derecho de defensa cuando un Ordenamiento jurídico interno de un Estado miembro no permita, ante la ausencia de este derecho, que el obligado tributario obtenga la suspensión de la ejecución de la decisión aduanera de que se trate hasta su eventual revocación; en tercer lugar, el Derecho de la Unión Europea no prevé el modo en que ha de garantizarse el derecho a ser oído ni las consecuencias jurídicas en caso de su vulneración, si bien sería de aplicación del principio de equivalencia -las medidas a adoptar habrán de ser equivalentes a las que hayan sido

⁴⁵ Apartado 3 del artículo 33 y apartados 1 y 3 del artículo 34 del Código Aduanero de la Unión.

⁴⁶ Apartados 4, 6 y 7 del artículo 34 del Código Aduanero de la Unión.

⁴⁷ F. VISMARA, *ob. cit.*, pp. 73 y 74.

⁴⁸ STJUE 3 julio 2014, *Kamino International Logistics y Datema Hellmann Worldwide Logistics*, C-129/13 y C-130/12, EU:C:2014:2041, apartados 28 y 29.

⁴⁹ S. ARMELLA, *Diritto doganale dell'Unione Europea*, Egea, Milán, 2017, p. 372.

previstas para la protección de las personas en supuestos de Derecho interno que puedan ser comparables- y el principio de efectividad -las medidas que se adopten no pueden conllevar, en la práctica, que sea, bien imposible, bien excesivamente difícil, el ejercicio de los derechos que se derivan del Ordenamiento jurídico de la Unión Europea; y, en cuarto lugar, en el momento en que el tribunal nacional de un Estado miembro dirima las consecuencias por la violación del derecho a ser oído, un elemento que puede ser tenido en cuenta es que la citada violación conllevará únicamente la anulación de la decisión que pone fin al procedimiento si, en el caso de inexistencia de esta irregularidad, se hubiera conseguido un resultado distinto en el citado procedimiento⁵⁰.

30. En relación a este último elemento, HERRERA MOLINA señala que el derecho a ser oído en el ámbito administrativo quedaría debilitado porque esa situación podría darse en la práctica cuando las alegaciones en un recurso posterior desvirtúen la decisión de la autoridad aduanera perjudicial para el solicitante. Así las cosas, afirma el Profesor que el derecho a ser oído, plasmado en el derecho a hacer alegaciones ante una decisión que le es desfavorable al obligado tributario, quedaría vacío de cualquier relevancia práctica⁵¹.

31. Dado que las bases del sistema de decisiones aduaneras de la Unión se establecen en el Código Aduanero de la Unión, será en éste donde podremos encontrar las referencias al derecho a ser oído en sede de decisiones IAV. Efectivamente, se ha codificado, si bien no se trata de un derecho absoluto, pudiéndose limitar en ciertas ocasiones, como puede ser la amenaza para la seguridad y protección tanto de la Unión como de sus residentes, entre otros⁵².

32. Atendiendo al artículo 22.6 del Código Aduanero de la Unión, se otorga el derecho a ser oído al solicitante cuando la autoridad aduanera vaya a adoptar una decisión que le perjudique. A tal fin, la autoridad aduanera le trasladará la fundamentación. El solicitante, teniendo en su poder esta información, podrá efectuar observaciones “dentro de un plazo establecido”, que comenzará a computar desde la fecha en que reciba o se considere que deba haber recibido esta comunicación con los motivos de la decisión que le sería desfavorable al solicitante. Si bien el referido Código no fija un plazo en concreto, éste será de 30 días⁵³, tal y como lo establece el artículo 8 del Reglamento Delegado (UE) 2015/2446 de la Comisión de 28 de julio de 2015 por el que se completa el Reglamento (UE) n° 952/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo con normas de desarrollo relativas a determinadas disposiciones del Código Aduanero de la Unión⁵⁴.

33. A continuación, en el apartado a) del segundo párrafo del artículo 22.6 del Código Aduanero de la Unión, parece que se indica que las decisiones IAV quedan excluidas del ámbito de aplicación del derecho a ser oído. Así, el citado precepto establece que “El párrafo primero no será de aplicación en cualquiera de los casos siguientes: a) cuando se refiera a una decisión prevista en el artículo 33, apartado 1; [...]”. Por su parte, el artículo 33.1 reza lo siguiente: “1. Las autoridades aduaneras adoptarán, previa

⁵⁰ A. GARCÍA HEREDIA, “La aplicación del derecho de defensa en el marco de un procedimiento de recaudación de una deuda aduanera: el derecho a ser oído antes de que se adopte una decisión desfavorable. Análisis de la STJUE de 3 de julio de 2014, asuntos C-129/13 y C-130/13 (acumulados)”, en *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, n° 381, 2014, pp. 120 y 121.

⁵¹ P. M. HERRERA MOLINA, “Respeto al “derecho de defensa” en el ámbito aduanero (Conclusiones del Abogado General Melchior Wathelet en los casos acumulados C-129/13 y C-130/13, Kamino International)”, en *ECL Leading Cases. Tributos, gasto público y la crisis del Estado de Derecho*, 2014. Disponible online: <https://ecjleadingcases.wordpress.com/2014/03/12/respeto-al-derecho-de-defensa-en-el-ambito-aduanero-conclusiones-del-abogado-general-melchior-wathelet-en-los-as-acumulados-c-12913-y-c-13013-kamino-international/>

⁵² Considerando 27 del Código Aduanero de la Unión.

⁵³ Se trata de un tema por el que ya manifestamos interés, si bien no en sede de decisiones IAV, sino del cumplimiento de este plazo en los procedimientos tributarios regulados por el Derecho interno español. En este sentido, *vid.* D. GARCÍA GUERRERO, “El trámite de audiencia en los procedimientos tributarios aduaneros: normativa interna *versus* disciplina de la Unión Europea”, en *Quincena Fiscal*, n° 19, 2022, pp. 75 a 98.

⁵⁴ En adelante, Reglamento de Ejecución del Código Aduanero de la Unión.

solicitud, decisiones relativas a informaciones arancelarias vinculantes («decisiones IAV») o decisiones relativas a informaciones vinculantes en materia de origen («decisiones IVO») [...]».

34. Aquí hemos de realizar una crítica a la redacción expuesta. No se debería consentir que, ante un derecho que está reconocido en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, fruto del reconocimiento previo por parte del Tribunal de Justicia de la citada organización internacional, y que se ha visto codificado específicamente en el ámbito aduanero en el Código Aduanero de la Unión, no exista una plasmación clara del alcance del mismo tanto para el obligado tributario como para los operadores jurídicos. Tal es así que la Unión Europea publicó un documento, que no tiene carácter vinculante, titulado *Directrices administrativas sobre el proceso de información arancelaria vinculante*⁵⁵, ante ciertas cuestiones sobre decisiones IAV que no tenían claro cómo resolver las autoridades aduaneras.

35. Como se decía, aunque, apriorísticamente, realizando una interpretación literal del apartado a) del segundo párrafo del artículo 22.6 del Código Aduanero de la Unión pareciese que se excluye el derecho a ser oído en el sector de las decisiones IAV, las Directrices propone una serie de casos en los que sí resultaría de aplicación el derecho a ser oído y otros supuestos en los que no se podría aplicar, los cuales se exponen a continuación.

36. Por un lado, el solicitante tendría derecho a ser oído en las siguientes situaciones: cuando una autoridad aduanera no emita una decisión IAV -piénsese en la hipótesis de que se hayan solicitado más de una decisión de este tipo-; cuando se anule una decisión IAV por haber ofrecido el solicitante datos erróneos o ante una información que no sea completa; cuando se revoque una decisión IAV por un error en la clasificación de la mercancía, tras una revisión interna, o consultas de la autoridad aduanera de un Estado miembro con otros Estados miembros, o ante conclusiones emitidas por el Comité del Código Aduanero, entre otros; cuando se haya publicado una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea -revocando la decisión IAV- o un Reglamento de Ejecución de la Comisión en sede de clasificación arancelaria -invalidando este tipo de decisiones-, lo cual afectaría no solamente a mercancías idénticas -a las que, como se indicará después, no se las incluirá en el ámbito de aplicación del derecho a ser oído-, sino también a mercancías similares, y es precisamente respecto a los titulares de decisiones IAV que tengan que ver con mercancías similares a los que se les ofrece el derecho a ser oídos porque estos bienes podrían ostentar tanto aspectos como características diferentes que los excluirían del campo de aplicación de la Sentencia o del Reglamento; cuando la Organización Mundial de Aduanas emita notas explicativas de la Nomenclatura Combinada, decisiones o criterios de clasificación, así como modificaciones de las notas explicativas del Sistema Armonizado, debiendo las autoridades aduaneras revocar las decisiones IAV a las que les afecten los citados cambios; y cuando se deniegue al solicitante la prórroga del periodo de utilización de una decisión IAV. En los seis supuestos anteriormente expuestos, la obligación de que se reconozca el derecho a ser oído del obligado tributario reside en que todos ellos podrían afectar negativamente a los intereses de un operador económico -el titular de la decisión-, pudiendo alegar el obligado tributario lo que estime conveniente al respecto⁵⁶.

37. VISMARA señala, basándose en el artículo 8 del Reglamento de Ejecución del Código Aduanero de la Unión, las garantías que tiene todo solicitante en relación al derecho a ser oído. Así, la comunicación que efectúe la autoridad aduanera al obligado tributario en relación a una decisión que le es desfavorable habrá de prever una referencia a la documentación y datos e información que servirán de fundamento, debiendo indicar, igualmente, el derecho de acceso a estos últimos y el plazo en el que puede ejercer este derecho que le permite efectuar cuantas observaciones estime oportunas⁵⁷.

⁵⁵ *Directrices administrativas sobre el proceso de información arancelaria vinculante*, Dirección General de Fiscalidad y Unión Aduanera, Comisión Europea, Bruselas, 21 de diciembre de 2018. Disponible online: https://taxation-customs.ec.europa.eu/system/files/2019-04/bti_guidance_es.pdf

⁵⁶ *Directrices administrativas sobre el proceso de información arancelaria vinculante*, ob. cit., pp. 45 a 47.

⁵⁷ F. VISMARA, ob. cit., p. 75.

38. Por su parte, no se aplicaría el derecho a ser oído del solicitante en los siguientes casos: primero, ante una clasificación de una mercancía por parte de una autoridad aduanera de forma distinta de la clasificación propuesta por el solicitante, situación que se entiende que se subsume, de forma estricta, en el mencionado apartado a) del segundo párrafo del artículo 22.6 del Código Aduanero de la Unión, si bien tienen el derecho al recurso, previsto *ex* artículo 22.7 del citado Reglamento comunitario; tampoco se aplicará ante la revocación que trae como causa un error administrativo o un cambio en el expediente -por ejemplo, que sean erróneos el nombre o la dirección del titular de la decisión- que no incida sobre la naturaleza esencial de una decisión IAV -como sí sería la clasificación arancelaria del bien en cuestión-; además, tal y como habíamos adelantado *supra*, cuando se publiquen sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea o reglamentos de ejecución de la Comisión en materia de clasificación arancelaria, siempre y cuando se trate de mercancías idénticas -si son similares, sí que tendría derecho el titular de la decisión IAV-, puesto que la autoridad aduanera no está adoptando una decisión que perjudica los intereses del operador económico, sino que está aplicando una resolución judicial o un acto de la Unión vinculante; otro supuesto en que no se aplica el derecho a ser oído es que desaparezca el código en ese momento de la mercancía porque haya sido modificada la nomenclatura del Sistema Armonizado, de la Nomenclatura Combinada o del arancel integrado de la Unión o TARIC; ni tampoco cuando el solicitante no proporcione a la autoridad aduanera la información que le requiera necesaria para poder adoptar la decisión IAV *ex* artículo 22.2 del Código Aduanero de la Unión, teniendo como consecuencia el rechazo de su solicitud; y, por último, también se hace referencia a una Decisión de Ejecución la Comisión Europea en la que se solicite a los Estados miembros la revocación de una decisión IAV, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 34.11 del Código Aduanero de la Unión, por lo que la autoridad aduanera no tiene capacidad para decidir si se aplica o no porque la citada Decisión es de obligado cumplimiento⁵⁸.

IV. Litigiosidad ante los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

39. Cualquier persona a la que le afecte de forma directa e individual una decisión de una autoridad aduanera relativa a la aplicación de la normativa aduanera tiene derecho a recurrir esta decisión, así como también tiene derecho a recurrir la ausencia de decisión en el plazo que habría debido emitirla la autoridad aduanera, tratándose de silencio negativo⁵⁹. El derecho al recurso queda regulado por los artículos 44 y 45 del Código Aduanero de la Unión. Sin embargo, si el recurso tiene como objeto una resolución emanada de una autoridad judicial para su revocación, anulación o modificación, los citados preceptos 44 y 45 del Código Aduanero de la Unión no le será de aplicación⁶⁰.

40. Este derecho al recurso, configurado en el sentido que se acaba de manifestar, encuentra sus pilares en el Derecho de la Unión, pero los Estados miembros habrán de servirse de su Ordenamiento jurídico interno para hacerlo efectivo. Así, todos los Estados miembros habrán de prever, como mínimo, dos fases, atendiendo al artículo 44.2 del Código Aduanero de la Unión: primero, se podrá interponer recurso ante la autoridad aduanera o ante la autoridad judicial u otro órgano que haya establecido el Estado miembro a tal fin; y, posteriormente, también se ha de poder interponer otro recurso ante un órgano superior independiente, pudiendo ser este último una autoridad judicial o un órgano especializado equivalente.

41. En el Derecho interno español, el derecho al recurso establecido *ex* artículos 44 y 45 del Código Aduanero de la Unión se reconocería a través de las dos siguientes fases: la primera fase se correspondería con el recurso de reposición ante la autoridad aduanera o con la reclamación económico-admi-

⁵⁸ *Directrices administrativas sobre el proceso de información arancelaria vinculante*, *ob. cit.*, pp. 47 y 48.

⁵⁹ P. FLORES VILLAREJO, "Cuestiones generales", en J. A SOLÉ ESTALELLA (Dir.), *El Código Aduanero de la Unión y su normativa de desarrollo*, 1ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2017, pp. 19 y 20 (versión online).

⁶⁰ Artículo 43 del Código Aduanero de la Unión.

nistrativa ante el Tribunal Económico-Administrativo Regional o Central, no pudiéndose interponer la segunda hasta que no se haya resuelto el primero; y la segunda fase correspondería con el recurso ante un órgano judicial porque es, para nuestro Ordenamiento jurídico interno, un órgano independiente⁶¹.

42. El recurso habrá de interponerse en el Estado miembro en el cual la decisión aduanera haya sido solicitada o adoptada. Además, se crea una obligación para los Estados miembros de resolver de forma rápida para confirmar o corregir la decisión aduanera⁶², convirtiéndose, en consecuencia, en un derecho a un recurso rápido⁶³.

43. Otro aspecto relevante es que, como regla general, se establece que la mera presentación del recurso no conlleva la suspensión de la decisión que se pretende atacar. No obstante, sí que se habría de suspender la decisión en dos supuestos específicos: bien porque existan razones fundadas sobre la conformidad de la decisión con respecto a la legislación aduanera, bien ante un posible daño irreparable al recurrente. No obstante, si estos dos supuestos tienen que ver con una decisión cuyo contenido es el pago de derechos de aduanas, se requerirá una garantía por parte de la persona que recurre, con la excepción de que ello tenga como consecuencia una grave dificultad económica o social de éste tras una evaluación documentada⁶⁴.

44. Volviendo al Derecho doméstico español, se puede solicitar la suspensión del acto objeto de recurso de reposición en el momento en que se garantice la cantidad de dinero exigida en este acto recurrido, no siendo necesaria en los casos de error aritmético, material o de hecho que se hubieren dado al dictar el acto. Para la reclamación económico-administrativa, por su parte, también podría solicitarse la suspensión del acto si se garantiza el importe reflejado en el acto, si bien se excepciona la necesidad de garantía en el supuesto de que cause perjuicios de difícil o imposible reparación -en sintonía con el tenor del Código Aduanero de la Unión-, así como en el supuesto de error aritmético, material o de hecho; cabe destacar que esta suspensión puede mantenerse hasta que recaiga sentencia ante un recurso ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo⁶⁵.

45. Son los tribunales nacionales los que conocerán de los recursos contra decisiones de las autoridades aduaneras. Dado que el órgano judicial de un Estado miembro debe aplicar el Derecho de la Unión Europea en materia aduanera, éste puede o debe plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión *ex* artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en función de si la resolución que vaya a emitir este tribunal nacional es susceptible -se le otorga la posibilidad de hacerlo o no- o no es susceptible -le obliga a realizarla si se le plantea- de un ulterior recurso judicial de Derecho doméstico⁶⁶.

46. Cuando un órgano judicial de un Estado miembro plantea una cuestión prejudicial en materia de clasificación arancelaria siguiendo la Nomenclatura Combinada establecida por el Reglamento 2658/87, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no puede realizar él mismo la determinación de la clasificación, sino que ha de ofrecer aquellos criterios que debe seguir el tribunal nacional para clasificar correctamente la mercancía objeto del litigio. Efectivamente, la clasificación arancelaria de un bien se lleva a cabo tras una apreciación meramente fáctica que compete al órgano judicial del Estado miembro ante un recurso en esta materia; apreciación que realizará siguiendo los criterios que le proporcione el Tribunal de Justicia de la Unión como respuesta a la cuestión prejudicial que le hubiere planteado⁶⁷.

⁶¹ P. FLORES VILLAREJO, *ob. cit.*, p. 20 (versión online).

⁶² Apartados 3 y 4 del artículo 44 del Código Aduanero de la Unión.

⁶³ F. VISMARA, *ob. cit.*, p. 317.

⁶⁴ Apartados 2 y 3 del artículo 45 del Código Aduanero de la Unión.

⁶⁵ Artículos 224 y 234 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

⁶⁶ A. MANGAS MARTÍN y D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *ob. cit.*, pp. 659 y 660.

⁶⁷ STJUE 25 mayo 2023, *Danish Fluid System Technologies*, C-368/22, ECLI:EU:C:2023:427, párrafo 30; STJUE 27 de abril 2023, *X y Inspecteur van de Belastingdienst Douane*, C-107/22, ECLI:EU:C:2023:346, apartado 17; STJUE 9 marzo 2023, *SO-*

47. En base al citado procedimiento de cooperación regulado por el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el tribunal del Estado miembro, esto es, la cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia de la Unión habrá de responder de manera útil a las preguntas formuladas para que pueda resolver el litigio el órgano judicial nacional, pudiendo incluso reformular las cuestiones planteadas por este último⁶⁸.

48. La regla número 1 para la interpretación de la Nomenclatura Combinada dispone que la clasificación arancelaria de toda mercancía queda determinada por el texto de las partidas, así como de las notas de las secciones o de los capítulos de la referida nomenclatura. Basándose, por un lado, en el principio de seguridad jurídica, y, por otro lado, para la facilitación de los controles aduaneros, el criterio decisivo, a tal fin, como regla general, es atender a las características y a las propiedades objetivas del bien, tal y como hayan sido definidas, como se ha dicho, en los términos de las referidas partidas de la Nomenclatura Combinada y de las notas de las secciones o de los capítulos⁶⁹.

49. Para poder garantizar la aplicación uniforme del arancel aduanero común, un medio muy relevante son las notas explicativas de la Nomenclatura Combinada que elabora la Comisión en la Unión Europea y las notas explicativas del Sistema Armonizado de la Organización Mundial de Aduanas. Aunque ninguna de ellas tenga carácter vinculante, como se señaló en líneas pretéritas, sirven para la interpretación de las partidas arancelarias siempre y cuando el tenor de las citadas notas explicativas sea conforme con las disposiciones que interpretan⁷⁰.

50. Otra cuestión interesante sería qué ocurre cuando se esté en presencia de un concepto cuya definición y alcance no haya sido previsto por el Ordenamiento jurídico de la Unión Europea. En este caso, se interpretará según el sentido habitual que tenga en el lenguaje corriente y siempre atendiendo el contexto de su uso y los objetivos que persigue la normativa que le da soporte⁷¹.

51. Se ha venido citando en relación a estos parámetros las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión más recientes, en particular, las últimas publicadas en el Diario Oficial de la Unión Europea de este año 2023, si bien, como se reitera en el cuerpo de estas resoluciones judiciales, se trata de jurisprudencia consolidada.

V. Inteligencia Artificial: ¿una solución en pro de los contribuyentes y de la Hacienda de la Unión Europea?

52. Una hipótesis que está siendo estudiada es el uso de Inteligencia Artificial a la hora de efectuar la clasificación arancelaria de una mercancía⁷². Su aplicación por parte de las Administracio-

MEO, C-725/21, ECLI:EU:C:2023:194, apartado 27; STJUE 9 febrero 2023, *Global Gravity*, C-788/21, ECLI:EU:C:2023:86, apartado 35; o también STJUE 9 febrero 2023, *LB GmbH (Air loungers)*, C-635/21, ECLI:EU:C:2023:85, apartado 31.

⁶⁸ STJUE 25 mayo 2023, *Danish Fluid System Technologies*, C-368/22, ECLI:EU:C:2023:427, párrafo 31, haciendo referencia a la STJUE 8 de septiembre de 2016, *Schenker*, C-409/14, EU:C:2016:643, apartado 72 y jurisprudencia citada.

⁶⁹ STJUE 25 mayo 2023, *Danish Fluid System Technologies*, C-368/22, ECLI:EU:C:2023:427, párrafo 33; STJUE 27 de abril 2023, *X y Inspecteur van de Belastingdienst Douane*, C-107/22, ECLI:EU:C:2023:346, apartado 18; STJUE 9 marzo 2023, *SO-MEO*, C-725/21, ECLI:EU:C:2023:194, apartado 28; STJUE 9 febrero 2023, *Global Gravity*, C-788/21, ECLI:EU:C:2023:86, apartado 36; o también STJUE 9 febrero 2023, *LB GmbH (Air loungers)*, C-635/21, ECLI:EU:C:2023:85, apartados 32 y 33.

⁷⁰ STJUE 25 mayo 2023, *Danish Fluid System Technologies*, C-368/22, ECLI:EU:C:2023:427, párrafo 35; STJUE 27 de abril 2023, *X y Inspecteur van de Belastingdienst Douane*, C-107/22, ECLI:EU:C:2023:346, apartado 19; STJUE 9 marzo 2023, *SO-MEO*, C-725/21, ECLI:EU:C:2023:194, apartado 29; STJUE 9 febrero 2023, *Global Gravity*, C-788/21, ECLI:EU:C:2023:86, apartado 37; o también STJUE 9 febrero 2023, *LB GmbH (Air loungers)*, C-635/21, ECLI:EU:C:2023:85, apartado 34.

⁷¹ STJUE 25 mayo 2023, *Danish Fluid System Technologies*, C-368/22, ECLI:EU:C:2023:427, párrafo 40, mencionando expresamente la STJUE 26 marzo 2020, *Pfizer Consumer Healthcare*, C-182/19, EU:C:2020:243, apartado 48 y jurisprudencia citada.

⁷² AA.VV., “Los macrodatos, el análisis de datos, la inteligencia artificial y el aprendizaje automático”, en *El papel de las tecnologías avanzadas en el comercio transfronterizo. Una perspectiva aduanera*, Organización Mundial del Comercio y Organización Mundial de Aduanas, 2022, <https://doi.org/10.30875/9789287073648>.

nes aduaneras podría, en un principio, simplificar esta tarea⁷³. Permítasenos recordar de nuevo que, aunque los recursos propios tradicionales, cuyo máximo exponente son los derechos de aduanas, sean de titularidad de la Unión, son los Estados miembros, a través de sus Administraciones, los encargados de recaudarlos. En consecuencia, van a entrar en juego las Administraciones aduaneras de los Estados miembros⁷⁴.

53. Existe un procedimiento legislativo en curso que pretende aprobar un acto de la Unión de gran relevancia: la “Ley” de Inteligencia Artificial de la Unión Europea⁷⁵ -que es, en realidad, una propuesta de Reglamento⁷⁶-. Hace pocas referencias expresas al ámbito aduanero, aunque importantes. Así, considera que el uso de la Inteligencia Artificial, en campos específicos, puede traer graves consecuencias, por lo que habrían de ser tachados ciertos sistemas de Inteligencia Artificial como de alto riesgo; no obstante, no se reputarán como tales los citados sistemas usados por una autoridad aduanera y fiscal en el seno de un procedimiento administrativo, puesto que se afirma que estos últimos no entran en la categoría de sistemas de Inteligencia Artificial usados por autoridad que aplican la legislación como finalidad la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales⁷⁷. Piénsese que si un sistema de Inteligencia Artificial se subsume en la categoría de alto riesgo se desencadenan toda una serie de garantías: datos de alta calidad, transparencia o supervisión humana, entre otros. Pues bien, dicho de otro modo, los sistemas de Inteligencia Artificial empleados por las autoridades fiscales y aduaneras en los procedimientos tributarios no serían considerados como sistemas de alto riesgo⁷⁸.

54. La Agencia Estatal de Administración Tributaria es la autoridad aduanera que lleva a cabo en España cualquier procedimiento tributario relacionado con los recursos propios tradicionales de la Unión Europea⁷⁹.

55. En su Plan Estratégico 2020-2023, la Agencia Estatal de Administración Tributaria señaló que el uso de la Inteligencia Artificial que ella mismo hace es en ámbito de información y asistencia al contribuyente, pudiendo destacar cómo proporciona información personalizada al contribuyente en el marco del Suministro Inmediato de Información (SII) para el Impuesto sobre el Valor Añadido, y es por ello que se pretende una implantación integral en sede del mencionado impuesto. Sin lugar a dudas, es plenamente consciente del potencial de estos sistemas, de ahí que quiere asentar, para los años venideros, la automatización en la tramitación de procedimientos, en las que tendrá un rol fundamental, entre otras, la Inteligencia Artificial. Como justificación, menciona cuatro ventajas: liberalización de recursos humanos para que puedan dedicarse a otras actividades con un mayor valor añadido, tratamiento unifor-

⁷³ En este sentido, *vid.* I. KAFANDO, “How can Customs better leverage emerging AI technologies for more sustainable and smarter operations?”, en *World Customs Journal*, vol. 14, nº 2, 2020, pp. 149 y 150. Disponible online: [https://worldcustomsjournal.org/Archives/Volume%2014%2C%20Number%202%20\(Oct%202020\)/1902%2001%20WCJ%20v14n2%20Kafondo.pdf?_t=1603239884](https://worldcustomsjournal.org/Archives/Volume%2014%2C%20Number%202%20(Oct%202020)/1902%2001%20WCJ%20v14n2%20Kafondo.pdf?_t=1603239884)

⁷⁴ C. M. LÓPEZ ESPADAFOR, “La cooperación internacional contra el fraude fiscal tras el Brexit ante las competencias tributarias de la Unión Europea”, en *La Ley Unión Europea*, nº 100 (especial 100), 2022, pp. 2 y 3 (versión online).

⁷⁵ Sobre su estructura y problemática, *vid.* J. CRUZ ÁNGELES, “La nueva “ley” de inteligencia artificial: una aliada necesaria para gestionar controles fronterizos, de asilo y migratorios en la Unión Europea”, en G. VESTRI (Dir.), *La disrupción tecnológica en la Administración Pública: retos y desafíos de la inteligencia artificial*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 97 a 121.

⁷⁶ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión.

⁷⁷ Considerando 38 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión.

⁷⁸ J. MARTÍN LÓPEZ, Inteligencia artificial, sesgos y no discriminación en el ámbito de la inspección tributaria, en *Crónica Tributaria*, nº 182, 2022, p. 54.

⁷⁹ Mediante el art. 103. Uno de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991 se creó la Agencia Estatal de Administración Tributaria. Tal precepto le otorga, en su apartado 2, la responsabilidad de la aplicación efectiva del sistema aduanero.

me de todos los obligados tributarios, facilitación del cumplimiento de las obligaciones de estos últimos y también lucha contra el fraude fiscal⁸⁰.

56. Con respecto a las Directrices Generales del Plan Anual de Control Tributario y Aduanero de 2023, no se menciona de forma expresa en ningún momento a los sistemas de Inteligencia Artificial. No obstante, para prevenir incumplimientos y fomentar el cumplimiento voluntario y prevenir el fraude, en materia específica aduanera, se propone que se prosiga con la coordinación con toda autoridad que esté implicada en una operación de comercio internacional de mercancías. Además, en sede de actuaciones de comprobación para el control del fraude aduanero, se establece que se va a fomentar la utilización de técnicas avanzadas de análisis de información, que complementarán y se añadirán a los que ya se han consolidado por parte de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, con la finalidad de identificar tanto los sectores como los operadores de riesgo⁸¹. Ámbitos, todos ellos, en los que se podría insertar los sistemas de Inteligencia Artificial.

VI. Reflexiones finales ante la reforma aduanera de la Unión Europea en marcha

57. No podemos finalizar este estudio sin hacer referencia a una de las reformas de gran calado que está emprendiendo la Unión Europea como es la de la unión aduanera. Unas de las conclusiones del Grupo de Sabios nombrado para asentar las bases de la mencionada reforma es que las aduanas de los distintos Estados miembros de la Unión no funcionan como una sola⁸². Se trata de dar paso al próximo nivel, llegando incluso a afirmar que sería uno de los cambios más ambiciosos que va a vivir la unión aduanera desde que fuera creada en el año 1968. En concreto, podrían sintetizarse en tres los principios fundamentales de esta reforma aduanera: primero, conseguir una unión aduanera que sea eficiente, con procedimientos aduaneros simplificados y modernos aplicados de forma uniforme en todo el territorio de la Unión; segundo, una unión aduanera geopolítica para proteger los intereses financieros de la Unión Europea y de sus Estados miembros, defender los intereses y valores comunitarios y mejorar la cooperación internacional en sede aduanera, todo ello gracias a la creación de una figura fundamental como es la Autoridad Aduanera de la Unión Europea; y una unión aduanera rápida y lista para el futuro que afronte la transición digital y ecológica de los últimos años y también los cambios en la cadena de suministro, pudiendo destacar la creación del Centro Aduanero de Datos de la Unión Europea.

58. La Comisión también tiene en cuenta la clasificación arancelaria de las mercancías para la reforma aduanera. En sede de lucha contra el fraude aduanero, ante la eliminación de la exención del pago de derechos de aduanas por la importación de una mercancía cuyo valor sea de 150 euros -esto es, tributará cualquier mercancía, como regla general, sin tener en cuenta si su valor es superior o inferior al citado *quantum*-, se pretende simplificar la clasificación y valoración para mercancías de escaso valor. Además, propone una revisión del Convenio Internacional del Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías de la Organización Mundial de Aduanas para que la transición ecológica también afecte al Sistema Armonizado, que es la base, como ya se ha visto, de la Nomenclatura Combinada de la Unión Europea; entre las medidas, se podría destacar la creación de listas de productos medioambientales e incluso que se modifique la misma estructura del Sistema Armonizado. Las propuestas de revisión del citado Convenio facilitarían a los Estados y territorios la posibilidad de calibrar derechos de aduanas en pro de una política ecológica⁸³.

⁸⁰ *Plan Estratégico de la Agencia Tributaria 2020-2023*, Agencia Estatal de Administración Tributaria, Madrid, 28 de enero de 2020, pp. 16, 40, 73 y 76. Disponible online: https://www.agenciatributaria.es/static_files/AEAT/Contenidos_Comunes/La_Agencia_Tributaria/Planificacion/PlanEstrategico2020_2023/PlanEstrategico2020.pdf

⁸¹ Resolución de 6 de febrero de 2023, de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por la que se aprueban las directrices generales del Plan Anual de Control Tributario y Aduanero de 2023.

⁸² A. GONZÁLEZ LAYA ET AL., *Putting more union in the european customs. Ten proposals to make the EUCustoms Union fit for a Geopolitical Europe*, ob. cit.

⁸³ *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo. Reforma*

59. En este paquete importante de reforma aduanera se puede señalar el proyecto de un nuevo Código Aduanero de la Unión⁸⁴, que vendría a sustituir al actual vigente. En él, la Autoridad Aduanera de la Unión Europea estaría también relacionada con la clasificación arancelaria de las mercancías. Podría ayudar en la elaboración de una interpretación común sobre determinados casos de clasificación arancelaria que sean complejos. No supondría, en ningún caso, una usurpación de las funciones que el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea le atribuye a la Comisión de creación y adopción de las modificaciones anuales del Reglamento 2658/87, en relación a la Nomenclatura Combinada, así que esta institución comunitaria continuaría, naturalmente, emanando decisiones sobre clasificación arancelaria. Simplemente, la Autoridad Aduanera de la Unión allanaría el camino de la Comisión. Y los Estados miembros, por su parte, emitirían las decisiones IAV.

60. Efectivamente, uno de los problemas a los que se enfrentan los contribuyentes europeos es a la posibilidad de que existan diferentes decisiones IAV en distintos Estados miembros que se contradigan entre ellas. Aquí también entraría la Autoridad Aduanera de la Unión Europea, ejerciendo una labor de supervisión de las decisiones IAV y su aplicación por parte de las autoridades aduaneras de los Estados miembros. Así, la Autoridad Aduanera de la Unión debería garantizar el análisis, el seguimiento y la comunicación con la Comisión en materia de decisiones IAV.

61. Se descartó una opción que favorecería en demasía el tan importante principio de seguridad jurídica como es que la Autoridad Aduanera de la Unión Europea pudiese emitir, directamente, las decisiones IAV de forma centralizada. De esta forma, se garantizaba una unidad de criterio, si bien hubiese sido necesario, en esta hipótesis desechada, establecer un sistema de recursos contra las decisiones emitidas por la citada autoridad comunitaria⁸⁵.

62. Con respecto a la Inteligencia Artificial, sería interesante que se abordase un debate entre las instituciones de la Unión Europea y las Administraciones aduaneras de todos los Estados miembros, en los que se pusiesen sobre la mesa los posibles riesgos del uso de este tipo de sistemas en ámbito aduanero y, en particular, en relación a la clasificación arancelaria de las mercancías. Todo ello en el marco de la reforma aduanera, con la nueva normativa que estará en vigor en los próximos años, y teniendo en cuenta la creación de la ya mencionada varias veces Autoridad Aduanera de la Unión Europea y también del Centro Aduanero de Datos de la Unión Europea, que podría favorecer la protección y gestión de los datos obtenidos. Además, la adquisición e implantación de sistemas de Inteligencia Artificial podría tener como fuente de financiación dos programas aduaneros de la Unión: el Programa Aduana para la cooperación en el ámbito aduanero, que tiene como uno de sus objetivos el desarrollo de las capacidades administrativa e informática, incluidas las competencias humanas y la formación, así como el desarrollo y la explotación de los sistemas electrónicos europeos, por lo que podría ser perfectamente subvencionable cualquier acción a tal efecto⁸⁶; con respecto al Programa de la Unión de Lucha contra el Fraude, se prevé como acción subvencionable el suministro de herramientas informáticas para el refuerzo de la cooperación transnacional y pluridisciplinar y la cooperación con la Comisión⁸⁷. Aunque se podría encuadrar la adquisición de sistemas de este tipo y la formación del personal de las Administraciones aduaneras de los Estados miembros en otras acciones subvencionables, se ha querido dejar de manifiesto

aduanera: impulsar la unión aduanera a un nuevo nivel, Comisión Europea, Bruselas, 17 de mayo de 2023, pp. 4 a 6 y 14 a 16.

⁸⁴ *Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council establishing the Union Customs Code and the European Union Customs Authority, and repealing Regulation (EU) n° 952/2013*, Bruselas, 2023.

⁸⁵ *Commission Staff Working Document Impact Assessment Report. Accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the Union Customs Code and the European Union Customs Authority, and repealing Regulation (EU) n° 952/2013*, Bruselas, 17 de mayo de 2023.

⁸⁶ Letra c) del apartado 2 del artículo 3 del Reglamento (UE) 2021/444 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de marzo de 2021 por el que se establece el programa Aduana para la cooperación en el ámbito aduanero y se deroga el Reglamento (UE) n° 1294/2013.

⁸⁷ Letra a) apartado 2 artículo 9 del Reglamento (UE) 2021/785 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2021, por el que se establece el Programa de la Unión de Lucha contra el Fraude y por el que se deroga el Reglamento (UE) n° 250/2014.

que, incluso con los programas aduaneros en vigor en la actualidad, la financiación de estas actuaciones podría conseguirse, en principio, dado que es un tema fundamental de cara al desarrollo de cualquier propuesta. Como mínimo, se podría encauzar por esta vía.

63. La Unión Europea se está preparando para el futuro, si bien corre el riesgo de que, cuando se apliquen de forma definitiva todos los actos y medidas de la reforma aduanera, se esté en presencia de otro escenario distinto al actual, por lo que la Unión ha de intentar que estos cambios necesarios no queden desfasados, dado el lapso de tiempo que se ha previsto para su entrada en vigor en su conjunto. La posición es clara: profundizar en integración en la Unión Europea⁸⁸, de ahí que se hable de avanzar al siguiente nivel en sede aduanera.

64. Ello conllevará una mejor defensa de los intereses financieros de la Unión porque, en la actualidad, los controles los ejercen las autoridades aduaneras de los Estados miembros, sabiendo aquellas personas que pretenden defraudar derechos de aduanas -y otros tributos implicados en el comercio exterior, como pueden ser el Impuesto sobre el Valor Añadido a la importación y/o Impuestos Especiales a la importación- cuáles son aquellos Estados miembros en los que les resulta “más fácil” realizar actividades fraudulentas, como puede ser determinar una clasificación arancelaria de la mercancía que se pretende importar al territorio aduanero de la Unión que no es la que le correspondería, puesto que trae aparejada una tributación menor. La creación de la Autoridad Aduanera de la Unión Europea también favorecerá el control de riesgos.

65. Todo lo anterior garantizando, como no podría ser de otro modo, al mismo tiempo, los derechos de los contribuyentes europeos, como el derecho a ser oído, el derecho a una buena Administración, el derecho de defensa o el derecho al recurso.

⁸⁸ LÓPEZ ESPADAFOR recuerda que la crisis atravesada por la economía europea y por la economía mundial hicieron ver la importancia de afrontar ciertas problemáticas desde la unidad. En particular, la integración económica real no se dará de forma efectiva sin una política monetaria y una política fiscal (C. M. LÓPEZ ESPADAFOR, “Los principios de justicia tributaria en la Unión Europea ante los postulados del Estado social”, en C. M. LÓPEZ ESPADAFOR (Dir.), *Los nuevos retos de la fiscalidad de la Unión Europea*, UJA Editorial, Jaén, 2023, p. 16).

Hacia una Unión Europea “de” las personas.
Sobre la propuesta de la Comisión Europea sobre la protección
de adultos vulnerables en situaciones transfronterizas

Towards an European Union for persons. The European
Commission proposal for a regulation on the protection
of vulnerable adults in cross-border cases

MARÍA GONZÁLEZ MARIMÓN

*Profesora Ayudante Doctora en Derecho Internacional privado
Universitat de València*

Recibido: 30.06.2023 / Aceptado: 24.07.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.8064

Resumen: El presente artículo analiza la Propuesta de la Comisión Europea de un Reglamento sobre la protección de los adultos vulnerables en situaciones transfronterizas. En la actualidad, en la Unión Europea encontramos un panorama de fragmentación y diversidad normativa en relación con la protección de adultos vulnerables, tanto en las normas sustantivas como en las normas de Derecho Internacional privado. Con una ambiciosa apuesta de combinar un nuevo Reglamento con el ya existente Convenio de La Haya del 2000 sobre protección internacional de adultos vulnerables, el legislador de la UE pretende hacer frente a la actual inseguridad jurídica a la que se ven abocados los adultos vulnerables en situaciones transfronterizas, ofreciendo una armonización que redunde en adecuada protección de sus derechos fundamentales en el seno de la Unión.

Palabras clave: adultos vulnerables en situaciones transfronterizas, Convenio de La Haya del 2000, Propuesta Comisión Europea, Unión Europea.

Abstract: This article analyses the European Commission’s Proposal for a Regulation on the protection of vulnerable adults in cross-border situations. Nowadays, in the European Union we find a panorama of fragmentation and regulatory diversity in relation to the protection of vulnerable adults, both in substantive rules and in the rules of Private international law. With an ambitious proposal to combine a new Regulation with the already existing 2000 Hague Convention on the International Protection of Vulnerable Adults, the EU legislator aims to address the current legal uncertainty faced by vulnerable adults in cross-border situations by providing harmonised rules that will result in an adequate protection of their fundamental rights within the Union.

Keywords: vulnerable adults in transnational situations, 2000 Hague Convention, European Commission Proposal, European Union.

*Este trabajo se ha desarrollado mientras se realizaba una estancia de investigación en el Max Planck Institute for Comparative and International Private Law de Hamburgo. Para realizar esta estancia se ha obtenido la beca concedida por la Generalitat Valenciana, Conselleria de Innovación, Universidades, Ciencia y Sociedad Digital, en el marco del programa CIBEST 2022 (Subvenciones para estancias de personal investigador doctor en centros de investigación radicados fuera de la Comunitat Valenciana); así como la beca concedida por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades para estancias de movilidad en el extranjero “José Castillejo para jóvenes doctores 2019”.

Sumario: I. Una sociedad envejecida en busca de protección de los adultos vulnerables necesitados de protección como uno de los grandes desafíos para Europa...también en situaciones transfronterizas. II. la situación de los adultos vulnerables en situaciones transfronterizas en la UE: un mismo problema y un panorama normativo diverso. 1. El Convenio sobre los derechos de las personas con discapacidad como reflejo del cambio de paradigma en la materia. 2. El Convenio de La Haya del 2000 sobre la protección internacional de adultos. 3. Una respuesta normativa nacional caracterizada por la divergencia en materia de protección de adultos vulnerables. A) La legislación sustantiva de los estados miembros en materia de protección de adultos vulnerables. B) Las diferencias en las normas estatales de derecho internacional privado que regulan la protección de los adultos vulnerables. 4. El caso español: los avances en la protección de los adultos vulnerables. III. La Propuesta de Reglamento sobre la protección de adultos vulnerables en situaciones transfronterizas. 1. La opción legislativa plural elegida por la Comisión: la complementariedad del Convenio de La Haya del 2000 y el Reglamento de la UE. A) La creación de una nueva categoría jurídica: la calificación de las normas sobre protección de adultos como materia ajena al Derecho de familia. B) Una elección justificada por las limitaciones del Convenio de La Haya del 2000. 2. Una apuesta ambiciosa con interesantes novedades. A) El ámbito de aplicación de la Propuesta de Reglamento. B) La admisión de la elección de foro en materia de protección de adultos vulnerables. C) La remisión ¿total? de la Propuesta de Reglamento a las normas de conflicto del Convenio de La Haya del 2000. D) La libre circulación de resoluciones y documentos públicos en la UE en materia de protección de adultos vulnerables. E) El nuevo certificado europeo de representación como gran protagonista de la Propuesta. F) La modernización de las normas de protección de adultos vulnerables en situaciones transfronterizas a través del fomento de la cooperación y la comunicación entre las autoridades implicadas. IV. ¿Una propuesta que marca el cambio a seguir?

I. Una sociedad envejecida en busca de protección de los adultos vulnerables necesitados de protección como uno de los grandes desafíos para Europa...también en situaciones transfronterizas

1. El incesante incremento de los adultos vulnerables en las sociedades contemporáneas es una realidad presente y futura¹. Este aumento es una consecuencia directa de los importantes cambios demográficos y sociales acontecidos en los países desarrollados, que encuentran como máximos exponentes el gran reto del envejecimiento progresivo de la población y la prolongación de la esperanza de vida²; el desarrollo de enfermedades ligadas a la edad, como la demencia o el Alzheimer³; o la constatación de la mayor presencia de personas con discapacidad de todas las edades⁴. Y, en consecuencia, el potencial incremento de personas susceptibles de encontrarse en situaciones de vulnerabilidad en algún momento de su trayectoria vital, debido a un deterioro de sus facultades⁵.

¹ Se prevé que una quinta parte de la población de la UE tenga algún tipo de discapacidad de aquí a 2050. CONSEJO DE LA UE: “Conclusiones sobre la protección de los adultos vulnerables en el conjunto de la Unión Europea”, Bruselas, 27.5.2021, DO C 330 I/2, de 17.8.2021, p. 7.

² Algunos datos del envejecimiento de la población y el incremento de la esperanza de vida en la UE: “*The projected life expectancy in the EU is supposed to increase in the future by approximately five years by 2050 and expected to reach 90.82 by 2100. The number of dependent people will double by 2050, affecting mainly Germany and Italy, but also countries of Central and Eastern Europe. Additionally, the proportion of people older than 65 with some form of disability is projected to increase by 77% by 2050*”. COMISIÓN EUROPEA: “Commission Staff Working Document. Impact Assessment Report”, SWD(2023) 155 final, Bruselas, 31.5.2023. Disponible en: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12965-Civil-judicial-cooperation-EU-wide-protection-for-vulnerable-adults_en. última consulta el 5.6.2023, p. 20.

³ J. VON HEIN: “Adults, Protection of”, en AA.VV. (EDS.): *Encyclopedia of Private International Law. Volume I*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2017, pp. 21-28.

⁴ En relación con este punto la Comisión cita las siguientes fuentes: *World Health Organisation factsheet on disability from 2 December 2022* (disponible en <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/disability-and-health#:~:text=An%20estimated%201.3%20billion%20people%20-%20or%2016%25%20of%20the%20global,diseases%20and%20people%20living%20longer.>) y el 2011 *World Report on Disability* (Disponible en <https://www.who.int/publications/i/item/9789241564182>). Vid. COMISIÓN EUROPEA: “Commission Staff Working Document. Impact Assessment Report”, *cit.* p. 1.

⁵ COMISIÓN EUROPEA: A: “Commission Staff Working Document. Executive Summary of the Impact Assessment Report”, Bruselas, 31.5.2023, SWD(2023) 156 final. Disponible en: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12965-Civil-judicial-cooperation-EU-wide-protection-for-vulnerable-adults_en. última consulta el 5.6.2023, p. 2.

2. En este contexto, se habla crecientemente de “adultos vulnerables”, concepto genérico que engloba a aquellas personas mayores de 18 años que no están en condiciones de velar por sus intereses financieros o personales, debido a una disminución o insuficiencia de sus facultades personales⁶. Para evidenciar la amplitud de la noción cabe citar textualmente la elocuente frase de H. Fulchiron al señalar que “nosotros somos todos adultos vulnerables. Al menos potencialmente”⁷. Vulnerabilidad que es susceptible de ser originada por varios factores como, por ejemplo, impedimentos mentales o físicos que afectan a su capacidad de tomar decisiones, o de evaluar sus implicaciones⁸. Consecuentemente, se puede afirmar que una parte importante de estas personas necesitadas de una especial protección legal en situaciones transfronterizas son las personas con discapacidad⁹. No obstante, es importante precisar que no todas las personas con una discapacidad son adultos vulnerables.

3. Estas personas, requieren de una protección legal en ciertas situaciones¹⁰, ya que pueden ser dependientes al llevar a cabo acciones o decisiones relativas a su salud y bienes, y/o a su propiedad. Por tanto, si no se organizan con antelación -fundamentalmente, a través de poderes de representación-, su protección implica la adopción de medidas de protección por parte de un órgano jurisdiccional o una autoridad administrativa, que les proporcionen el apoyo necesario para ejercer su capacidad legal¹¹. Evitando, con ello, los significativos riesgos a los que se enfrentan estas personas, como la influencia indebida o la negligencia¹².

4. La concienciación sobre la necesidad de ofrecer una respuesta jurídica adecuada a este colectivo no se limita a las situaciones internas, sino que, necesariamente, este reto se enmarca en la sociedad global e interconectada en la que vivimos. En efecto, el incremento de los adultos vulnerables supone una correlativa mayor presencia de situaciones transfronterizas en las que son susceptibles de verse involucrados, especialmente, en el seno del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea (en adelante UE), auspiciado por la libertad de movimiento de sus ciudadanos¹³.

⁶ Traducción libre, tomada del texto: “Vulnerable adults are people above 18 who are not in a position to protect their financial or personal interests because of an impairment or insufficiency of their personal faculties”. Vid. COMISIÓN EUROPEA: “Commission Staff Working Document. Executive Summary...”, *cit.*, p. 2. La Comisión toma como referencia, a su vez, la definición contenida en el artículo 1 del Convenio de La Haya del 2000.

⁷ H. FULCHIRON: “Acerca de la vulnerabilidad y de las personas vulnerables”, en U. BASSET. *et. al.* (Dirs.): *Tratado de la vulnerabilidad*, La Ley, Buenos Aires, 2017, p. 9.

⁸ Vid. “Glosary” en COMISIÓN EUROPEA: “Commission Staff Working Document. Impact Assessment Report”, *cit.*

⁹ Traducción libre. El original en inglés se refiere a: “persons with disabilities”. El texto de la Comisión hace acto seguido referencia a la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con discapacidad, y, por tanto, se ha optado por la terminología de este instrumento. Vid. COMISIÓN EUROPEA: “Commission Staff Working Document. Impact Assessment Report”, *cit.* p. 1.

¹⁰ El glosario del Documento de Impacto de la Comisión desarrolla la definición precisando lo siguiente: *En la práctica, hay varias situaciones que desencadenan la necesidad de protección legal, en particular: a) discapacidad cognitiva; b) discapacidad física que impida al adulto expresar su opinión; c) enfermedad física temporal que impide al adulto expresar su opinión y d) enfermedad mental temporal que requiere que el adulto sea sometido a una medida de protección (fase de crisis en una enfermedad psiquiátrica como la esquizofrenia o la paranoia)*. Traducción libre, texto original en inglés. “Glosary” en COMISIÓN EUROPEA: “Commission Staff Working Document. Impact Assessment Report”, *cit.*

¹¹ Algunos ejemplos que da la Comisión son: la firma de contratos de alquiler, la apertura de cuentas bancarias o el consentimiento de tratamientos médicos. Vid. COMISIÓN EUROPEA: “Commission Staff Working Document. Impact Assessment Report”, *cit.* p. 1.

¹² Vid. COMISIÓN EUROPEA: “Commission Staff Working Document. Impact Assessment Report”, *cit.* p. 1.

¹³ La Comisión Europea estima la siguiente cantidad de adultos vulnerables en la UE: “*The calculations based on different assumptions and the methodology detailed in Annex 4 resulted in two sets of estimates of the number of vulnerable adults in the EU: The first one is based on the number of protection measures taken by an authority in the EU, based on which there are approximately 5.1 million vulnerable adults (1.4% of the EU population). This estimate does not include the high number of adults protected by powers of representation and thus in reality underestimates the number of protected adults by some margin. The second estimate, based on the criteria of health complications, accounts for approximately 27.4 million of adults in a situation of vulnerability and in an assumed need of legal support (7.5% of the EU population)*”. (Vid. COMISIÓN EUROPEA: “Commission Staff Working Document. Impact Assessment Report”, *cit.* p. 13). Por su parte, la Comisión reconoce que no hay estadísticas adecuadas sobre el número de adultos vulnerables involucrados en situaciones transfronterizas pero, a pensar de ello, realiza una estimación: “*In the absence of data reflecting the actual number of cross-border cases, applying the methodology described in*

5. En efecto, en el contexto de la creciente movilidad transfronteriza de personas, ciertas personas abandonan su Estado de origen en búsqueda de trabajo, y posteriormente, deciden no regresar tras su jubilación, sino pasar el resto de sus días en el lugar en el que han establecido su residencia habitual. A lo anterior habría que añadir el número creciente de personas que deciden cambiar de hogar, precisamente, una vez han alcanzado la edad de jubilación, fenómeno también llamado gerontomigración o movilidad transfronteriza de personas mayores¹⁴. Estos procesos migratorios en este estadio vital podrían justificarse por diversas razones: por un lado, algunas personas mayores se trasladan buscando evitar impuestos elevados en sus Estados y la consecuente carga sobre sus herederos; otros podrían intentar evadir otras restricciones de las legislaciones sucesorias nacionales, por ejemplo la legítima; otros simplemente quieren pasar el resto de sus días en los climas más suaves del Mediterráneo; o buscar los menores costes de vida de algunas zonas del este de Europa¹⁵.

6. En estas situaciones transfronterizas, los adultos vulnerables deben hacer frente a problemas particulares. Por ejemplo, estas personas tendrán que gestionar sus activos, así como sus bienes muebles o inmuebles localizados en otro Estado¹⁶; o someterse a cuidados médicos, programados o urgentes; o cambiar su residencia a otro Estado miembro por diversos motivos¹⁷.

7. El escenario jurídico para dar respuesta a dichas situaciones es complejo, encontrando en ocasiones normas contradictorias entre los Estados sobre el órgano jurisdiccional competente, la ley aplicable, o cómo otorgar efectos a ciertos documentos, como, por ejemplo, los poderes de representación emitidos en el extranjero. A estos clásicos problemas de Derecho internacional privado (en adelante DIPr), cabe sumarle los problemas relativos al día a día del proceso, como pueden ser las barreras del lenguaje; la excesiva cantidad de documentación; la falta de cooperación con las autoridades de otros Estados miembros; la falta de información sobre las legislaciones de otros Estados miembros, o la falta de información y de formación de los profesionales¹⁸. Todo ello lleva a situaciones en las que los adultos vulnerables, sus familias y sus representantes experimentan una inseguridad jurídica sobre las normas que se deben aplicar a su caso, o el resultado de los procedimientos y los trámites formales que deben seguir en una situación concreta¹⁹.

8. Esta situación de inseguridad jurídica tiene el potencial riesgo de limitar los derechos fundamentales de los adultos vulnerables. Entre otros, el derecho a la autonomía, el acceso a la justicia, el derecho de propiedad, o la libertad de movimiento. Por estos motivos, frente al olvido de este colectivo, en la actualidad se reivindica la necesidad urgente de mejorar su protección en contextos transfronterizos, como una cuestión ligada al respeto de sus derechos humanos²⁰.

Annex 4 (based on EU population and mobility statistics), the number of vulnerable adults living abroad in the EU and potentially experiencing problems in cross-border context due to legal uncertainties can be estimated between ca. 144 649 (lower estimate calculated from the number of protection measures) and 780 169 (higher estimate calculated based on the reported health complications)". (Vid. COMISIÓN EUROPEA: "Commission Staff Working Document. Impact Assessment Report", cit. p. 14).

¹⁴ Terminología empleada por M. ECHEZARRETA FERRER (DIR.): *El Lugar Europeo de Retiro. Indicadores de excelencia para administrar la gerontomigración de ciudadanos de la Unión Europea en municipios españoles*, Comares, Granada, 2005; M. ECHEZARRETA FERRER: "La gerontomigración: una propuesta de investigación global para abordar el fenómeno complejo de la movilidad transfronteriza de personas mayores. Dimensión jurídica de las relaciones transfronterizas derivadas de la gerontomigración", en *Revista Española de Derecho Internacional*, v. 70, n.º 2, 2018, pp. 223-229.

¹⁵ J. VON HEIN: "Adults, Protection of", cit., pp. 21 y ss.

¹⁶ Así, por ejemplo, cuando sea necesario cerrar o abrir una cuenta bancaria, transferir fondos, vender una propiedad, mudarse, aceptar una sucesión. COMISIÓN EUROPEA: "Commission Staff Working Document. Impact Assessment Report", cit. p. 6.

¹⁷ COMISIÓN EUROPEA: "Commission Staff Working Document. Executive Summary...", cit., p. 2.

¹⁸ *Ibid.*, pp. 2 y 4.

¹⁹ COMISIÓN EUROPEA: "Commission Staff Working Document Subsidiarity Grid Accompanying the Document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council", SWD(2023) 154 final, Bruselas, 31.5.2023. Disponible en: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12965-Civil-judicial-cooperation-EU-wide-protection-for-vulnerable-adults_en. última consulta el 5.6.2023, p. 3.

²⁰ P. DIAGO DIAGO: "La nueva regulación de la protección de adultos en España en situaciones transfronterizas e internas", *Diario La Ley*, n.º 9779, 2021, p. 7; I. ANTÓN JUÁREZ: "Viejos problemas y nuevas soluciones en torno a la protección interna-

9. Esta reivindicación viene de la mano del proceso de especificación de los Derechos humanos, que se ha ido extendiendo en todas las ramas del ordenamiento jurídico, entre ellas, también el Derecho Internacional privado²¹. En efecto, en este contexto, se asume la conclusión de que la finalidad de protección de la persona no debe limitarse a las normas internas, sino que también es necesario hacerla extensiva a las normas de DIPr²². Llegando a hablar, incluso, de una “función protectora colectiva de DIPr.”²³, la cual impulse la defensa de determinados intereses vulnerables que vayan más allá del individuo, y que se centren en el resultado más que en la norma en sí²⁴.

10. En efecto, es imprescindible que las normas de DIPr incluyan el cambio de paradigma en la protección de los adultos vulnerables, y que protagoniza la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y Protocolo Facultativo, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006²⁵ (en adelante, Convenio sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad o CDPD). Y, en concreto, se debe asegurar que los derechos contenidos en dicho instrumento sean también adecuadamente tutelados en situaciones transfronterizas, de forma particular, el derecho a la autonomía, el acceso a la justicia o el derecho a la propiedad.

11. Precisamente la protección de los derechos fundamentales de los adultos vulnerables es uno de los motivos centrales por los que el legislador de la UE se ha decidido actuar²⁶. Y, el pasado 31 de mayo de 2023, se publicó la “Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de medidas y la cooperación en asuntos relacionados con la protección de los adultos”, elaborada por la Comisión Europea (en adelante Propuesta de Reglamento sobre la protección de adultos)²⁷. En ella, la Comisión identifica los problemas a los que se enfrentan los adultos vulnerables en situaciones transfronterizas debido, principalmente, a las profundas divergencias en las legislaciones de los Estados miembros de la UE, tanto respecto a las normas sustantivas como a las normas de Derecho Internacional privado. Y, sobre la base del ya existen-

cional del adulto: el certificado europeo de poderes de representación”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIX, 2019-2020, p. 247; EUROPEAN ASSOCIATION OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW: “Position paper in response to the European Commission’s public consultation on an EU-wide protection for vulnerable adults”, 2022. Disponible en: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12965-Civil-judicial-cooperation-EU-wide-protection-for-vulnerable-adults_en, última consulta 7.6.2023, p. 11; EUROPEAN LAW INSTITUTE: “The Protection of Adults in International Situations. Report of the European Law Institute”, 2020. Disponible en: https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Protection_of_Adults_in_International_Situations.pdf, última consulta 7.6.2023, p. 8.

²¹ Sobre la conexión entre los derechos humanos y el Derecho Internacional privado, vid., entre otros, J.J. FAWCETT, M. NI SHÚILLEABHÁIN, Y S. SHAH: *Human Rights and Private International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2016; R. BARATTA: “Derechos fundamentales y Derecho internacional privado de familia”, *Anuario español de Derecho Internacional privado*, t. XVI, 2016, pp. 103-126; S. VRELLS: “Quelques réflexions sur l’influence des droits fondamentaux en droit international privé”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, n.º 1, 2017, pp. 47-64; H. STALFORD: “EU Family Law: a human rights perspective”, en AA.VV.: *International Family Law for the European Union*, Oxford, Intersentia, 2007, pp. 101- 128; P. FRANZINA: “The Place of Human Rights in Private International Law of the Union in Family Matters”, en E. BERGAMINI Y C. RAGNI (EDS.): *Fundamental Rights and Best Interests of the Child in Transnational Families*, Cambridge – Antwerp – Chicago, Intersentia, 2019, pp. 141-156.

²² P. DIAGO DIAGO: “La nueva regulación ...”, *cit.*, p. 5; M. HERRANZ BALLESTEROS: *El interés del menor en los Convenios de La Haya de Derecho Internacional Privado*, Lex Nova, Valladolid, 2004, p. 39.

²³ R. ESPINOSA CALABUIG: “Derecho Internacional privado europeo y protección de grupos vulnerables”, en *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 54, 2021, p. 2.

²⁴ *Ibidem*. En el mismo sentido, reivindican una mayor atención del DIPr a los problemas de la sociedad internacional, como los ODS, R. MICHAELS, V. RUIZ ABOU-NIGM, Y H.VAN LOON: “Introduction: The Private Side of Transforming our World : UN Sustainable Development Goals 2030 and the Role of Private International Law”, en R. MICHAELS, V. RUIZ ABOU-NIGM, Y H.VAN LOON (EDS.): *The Private Side of Transforming our World : UN Sustainable Development Goals 2030 and the Role of Private International Law*, Intersentia, Cambridge- Antwerp- Chicago, 2021, pp. 1-27.

²⁵ BOE n.º 96, de 21.4.2008.

²⁶ Vid. COMISIÓN EUROPEA: “Commission Staff Working Document. Impact Assessment Report”, *cit.* p. 1.

²⁷ COMISIÓN EUROPEA: “Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of measures and cooperation in matters relating to the protection of adults”, COM(2023) 280 final, 2023/0169 (COD), 31.5.2023. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52023PC0280>, última consulta el 5.6.2023.

te Convenio de La Haya sobre protección internacional de adultos, de 13 de enero de 2000²⁸ (en adelante Convenio de La Haya del 2000), ofrecer un marco jurídico garantista que solucione los problemas de los adultos vulnerables en situaciones transfronterizas.

12. Antes de presentar con mayor detalle la Propuesta de Reglamento de la Comisión (III), se contextualizará la misma mediante una aproximación al marco jurídico actual existente en torno a la protección de adultos vulnerables en la UE, así como en España (II).

II. La situación de los adultos vulnerables en situaciones transfronterizas en la UE: un mismo problema y un panorama normativo diverso

13. En el marco del progresivo avance del DIPr de familia en la UE, hasta el momento la capacidad legal de las personas, y en concreto, las medidas de protección para adultos vulnerables se han excluido del ámbito de aplicación de los distintos instrumentos adoptados por la UE. Por tanto, en la UE actualmente converge un abanico de distintas normas de Derecho internacional privado nacionales en la materia. Situación que es susceptible de generar discrepancias que suponen que los adultos vulnerables y sus representantes deben enfrentarse a múltiples barreras en situaciones transfronterizas²⁹.

14. Este escenario es susceptible de afectar a la capacidad jurídica de los adultos vulnerables, quienes se enfrentan a retos y dificultades para proteger sus derechos, defender sus intereses o acceder a la justicia, tanto en situaciones nacionales como transfronterizas. Las dificultades mencionadas se incrementan en situaciones transfronterizas, por ejemplo, debido a obstáculos adicionales como la lengua, la representación o el acceso al sistema judicial y a los servicios públicos en general³⁰.

15. Por tanto, antes de analizar la Propuesta de Reglamento, es imprescindible contextualizar el marco jurídico existente en relación con la protección internacional de adultos en la UE. Para ello, en el ámbito internacional se partirá del Convenio de Naciones Unidas de 2006 sobre los Derechos de las personas con discapacidad (1); para continuar con el Convenio de La Haya del 2000 (2). Seguidamente, se expondrá el diverso panorama de legislaciones nacionales de los Estados miembros sobre la protección de adultos (3), terminando con un breve apunte sobre los avances del sistema español en la materia (4).

1. El Convenio sobre los derechos de las personas con discapacidad como reflejo del cambio de paradigma en la materia

16. Una parte importante de las personas adultas necesitadas de una especial protección legal para gestionar sus intereses personales y financieros en situaciones transfronterizas son las personas con discapacidad³¹. Por ello, cuando hablamos de protección de adultos vulnerables, el instrumento de partida debe ser la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y Protocolo Facultativo, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006³² (en adelante, Convenio sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad o CDPD), el cual define a las personas con discapacidad en su artículo 1 *in fine* como “aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo

²⁸ Sobre este Convenio vid., por todos, A. BORRÁS: “Una nueva etapa en la protección internacional de adultos”, *Geriatría (Revista Electrónica de Geriatria)*, v. 2, n.º 1, 2000; P. LAGARDE: “La convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes”, *Revue Critique de Droit International privé*, n.º 2, 2000.

²⁹ Vid. COMISIÓN EUROPEA: “Commission Staff Working Document. Impact Assessment Report”, *cit.* p. 1.

³⁰ CONSEJO DE LA UE: “Conclusiones sobre la protección de los adultos...”, *cit.*, p. 8.

³¹ Aunque ya se ha anticipado en el apartado I que no todas las personas con una discapacidad son adultos vulnerables. Vid. COMISIÓN EUROPEA: “Commission Staff Working Document. Impact Assessment Report”, *cit.* p. 1.

³² BOE n.º 96, de 21.4.2008.

plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

17. Uno de los principales avances de este instrumento ha sido la reflexión y el replanteamiento de la autonomía, la toma de decisiones y la capacidad legal tanto de las personas con discapacidad. Este cambio de paradigma se simboliza de forma evidente en el artículo 12 del CDPD, el cual tiene por objetivo devolver la voz, la elección y el control de las personas con discapacidad sobre sus propias vidas, con el apoyo necesitado y solicitado. Así, dicho precepto precisa que las personas con discapacidad *“tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás [personas] en todos los aspectos de la vida”*. De forma paralela, una línea similar de ideas se está desarrollando en relación con los derechos de las personas mayores. De forma que cualquier tratado futuro sobre este colectivo se basará, previsiblemente, en las nociones de dignidad y autonomía³³.

18. En efecto, el nuevo enfoque en relación con la protección de adultos se ha centrado en una preferencia por la toma de decisiones “asistida” del adulto -por ejemplo, con la intervención de un curador- frente a la tradicional toma de decisiones “sustitutiva”; así como por la introducción de poderes de representación “preventivos”, esto es, especialmente diseñados para organizar las cuestiones patrimoniales y financieras y el bienestar personal del otorgante en caso de una eventual futura incapacidad³⁴.

19. Además de la Convención, a nivel regional la protección de los derechos de los adultos vulnerables también se encuentra en una fuente de Derecho originario de la UE, como es la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea³⁵ (en adelante CDFUE). En concreto, sus artículos 25 y 26 de la CDFUE, recogen, respectivamente, el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural, y el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad.

20. En este marco, se debe asegurar que los derechos contenidos en los citados instrumentos de derechos humanos sean también adecuadamente tutelados en situaciones transfronterizas, de forma particular, el derecho a la autonomía, el acceso a la justicia o el derecho a la propiedad³⁶. Así, por ejemplo, una adecuada regulación de los poderes de representación sería un paso hacia un mayor reconocimiento del derecho a la autodeterminación en situaciones transfronterizas³⁷.

21. Las normas de Derecho internacional privado también deben evolucionar para integrar este cambio de paradigma a las cada vez más frecuentes situaciones transfronterizas en las que potencialmente es susceptible de verse involucrado un adulto vulnerable. De hecho, la existencia de un régimen adecuado de normas en materia de DIPr en relación con los adultos vulnerables es imprescindible para garantizar sus derechos humanos³⁸. P. Franzina así lo manifiesta, además en un doble sentido. Por un lado, la disponibilidad de un conjunto adecuado de normas de Derecho internacional privado es imprescindible para garantizar la protección efectiva de los adultos vulnerables, al reducir el riesgo de fragmentación y la falta de continuidad espacial de la protección. Y, por otro, el diseño de dichas normas

³³ ONU: “Joint statement by the Special Rapporteur on the rights of persons with disabilities, Gerard Quinn, and the Independent Expert on the enjoyment of all human rights by older persons, Claudia Mahler”, 8.7.2021. Disponible en https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=https%3A%2F%2Fwww.ohchr.org%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2FJoint_Statement_on_Hague.docx&wdOrigin=BROWSELINK, última consulta el 5.6.2023, p. 1.

³⁴ P. FRANZINA: “La protección internacional de adultos vulnerables: un llamamiento a la acción a nivel de la U.E”, *Anuario Español de Derecho Internacional privado*, t. XVI, 2016, p. 130.

³⁵ DO C 326/391, de 26.10.2012.

³⁶ COMISIÓN EUROPEA: “Commission Staff Working Document. Impact Assessment Report”, *cit.* p. 1.

³⁷ *Ibid.*, p. 2.

³⁸ Coinciden en la importancia de unas normas adecuadas e uniformes de DIPr en la materia para el respeto de los derechos fundamentales de los adultos vulnerables, EUROPEAN ASSOCIATION OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW: “Position paper...”, *cit.*, p. 2.

de Derecho internacional privado debe asegurar el respeto de los derechos humanos de dichos adultos vulnerables, incluyendo su derecho de auto-determinación, incluso en casos internacionales³⁹.

1. El Convenio de la Haya del 2000 sobre la protección internacional de adultos

22. En relación con la protección de adultos vulnerables en situaciones transfronterizas, el instrumento más relevante es el conocido Convenio de La Haya del 2000 sobre protección internacional de adultos, elaborado en el marco la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional privado. Este instrumento aborda los tres sectores del DIPr, es decir, competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de medidas de protección de los adultos vulnerables. A lo anterior hay que añadir la creación de un sistema de cooperación entre las autoridades centrales de los Estados contratantes.

23. En concreto, este instrumento tiene por objeto “*la protección de los adultos que, por una disminución o insuficiencia de sus facultades personales, no están en condiciones de velar por sus intereses*”⁴⁰. La necesidad de protección se determina de forma fáctica, esto es, no es un requisito que la persona haya sido declarada incapaz⁴¹. Con carácter general, el Convenio está pensado para la adopción de medidas de protección debido a alguna deficiencia mental, aunque igualmente, alguna discapacidad física también puede justificar su aplicación⁴².

24. Mientras que tradicionalmente las legislaciones nacionales optaban por el criterio de la nacionalidad para la resolución de estos casos⁴³, siguiendo la tendencia de los Convenios de La Haya, al igual que posteriormente ha sido el caso de los instrumentos de DIPr de la UE, el Convenio de La Haya del 2000 opta por la residencia habitual como criterio general, tanto en competencia judicial internacional como en ley aplicable.

25. Además, este Convenio tiende a ser más flexible y evitar formas paternalistas de tutela que no necesariamente presuponen la incapacidad jurídica de la persona, sino que apuesta por otras formas más adaptables de protección, que se centran más bien en aspectos específicos relativos a la vulnerabilidad de la persona⁴⁴. En esta línea, el Convenio refleja este cambio de paradigma al enfatizar la consideración primordial de la dignidad y la autonomía de la persona adulta⁴⁵. Así, por ejemplo, se permite

³⁹ Concluyendo que: “la protección conferida a adultos vulnerables no puede ser considerada completa y satisfactoria mientras no se cubra la dimensión internacional de la misma, y mientras no incluya realmente disposiciones dirigidas a garantizar la efectividad de dicha protección cuando un elemento transfronterizo está presente”. P. FRANZINA: “La protección internacional de adultos...”, *cit.*, pp. 137-138.

⁴⁰ Vid. art. 1.1 del Convenio de La Haya del 2000. Para un análisis detallado de la definición vid., por todos, A. MUÑOZ FERNÁNDEZ: *La protección del adulto en Derecho internacional privado*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 39 y ss.

⁴¹ El informe del Prof. Lagarde establece claramente que no se emplearon términos jurídicos como “incapaz” de forma deliberada, ya que tienen diferentes acepciones en cada legislación. Por tanto, se estimó más oportuno atenerse a una descripción objetiva del “adulto que necesita protección”. P. LAGARDE: “Convenio sobre protección de adultos. Informe explicativo”, HCCH, 2017. Disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/1509ab33-c2fe-4532-981c-7aa4dad9ba45.pdf>, última consulta el 6.6.2023, párr. 9-10.

⁴² El art. 3 del Convenio de La Haya del 2000 enumera las medidas de protección susceptibles de ser adoptadas, mediante un listado no exhaustivo: “a) la determinación de la incapacidad y el establecimiento de un régimen de protección; b) la colocación del adulto bajo la protección de una autoridad judicial o administrativa; c) la tutela, la curatela y otras instituciones análogas; d) la designación y funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes del adulto, de representarlo o de asistirlo; e) la colocación del adulto en un centro u otro lugar en el que pueda prestársele protección; f) la administración, conservación o disposición de los bienes del adulto; g) la autorización de una intervención puntual para la protección de la persona o de los bienes del adulto”.

⁴³ El criterio de la nacionalidad para la resolución de estos casos presenta algunos problemas, entre otros, procedimientos más lentos, costes más altos, fricciones entre las normas procesales y materiales sobre protección de adultos, y, en general, un alto grado de inseguridad jurídica. Vid., en este sentido, J. VON HEIN: “Adults, Protection of”, *cit.*, p. 22.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ Vid. Preámbulo del Convenio de La Haya del 2000.

la elección de la ley aplicable al poder de representación que una persona otorga cuando aún está en el pleno ejercicio de sus facultades mentales⁴⁶.

26. A pesar de la evidente importancia en la materia del Convenio de La Haya del 2000, este texto ha sido ratificado tan solo por 11 Estados miembros de la UE: Alemania, Austria, Bélgica, Chipre, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Letonia, Malta y Portugal y República Checa. Por su parte, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Malta, los Países Bajos y Polonia han firmado el Convenio (sin ratificarlo), lo que indica el compromiso político de convertirse en Partes Contratantes del Convenio. Además, la Convención tiene tres Estados terceros a la Unión que son parte: Mónaco, Suiza, y Reino Unido (Escocia)⁴⁷.

27. La primera cuestión que salta a la vista es el escaso éxito del Convenio de La Haya del 2000, el cual aún no ha sido ratificado por todos los Estados miembros de la UE, a pesar de las constantes recomendaciones lanzadas desde las instituciones de la UE sobre la conveniencia de ratificar este instrumento. De hecho, en los documentos de trabajo de la Propuesta de Reglamento, la Comisión describe varios posibles motivos que pueden explicar la baja ratificación del Convenio por parte de los Estados miembros. De entre ellas, la más importante sería la baja prioridad política que ostentaría dicha ratificación para los legisladores nacionales, en comparación con otras iniciativas⁴⁸.

28. Cabe ahora precisar un punto esencial, como es la interacción entre el Convenio sobre los Derechos de las personas con discapacidad y el Convenio de La Haya del 2000. En efecto, a pesar de que se trata de dos instrumentos con origen y ámbito diferenciados – básicamente, el primero cubre los Derechos y obligaciones sustantivas en virtud del Derecho internacional, mientras que el segundo se ocupa de cuestiones jurisdiccionales y procesales de los sistemas jurídicos nacionales⁴⁹, existen posibles puntos de intersección entre los dos instrumentos⁵⁰.

29. Si se realiza un análisis literal de ambos convenios internacionales, se puede afirmar que son compatibles entre sí. La base jurídica la podemos encontrar, por un lado, en el artículo 49.1 del Convenio de La Haya del 2000, el cual establece que su ratificación no afecta a cualquier otro instrumento internacional del que los Estados contratantes sean partes. De forma similar, el artículo 4.4 del CDPD dispone que dicho Convenio no inhibe la adopción de cualquier otra disposición, nacional o internacional, que sea susceptible de facilitar en mayor medida los derechos de las personas con discapacidad.

30. Ahora bien, desde las instancias de Naciones Unidas se ha insistido en que es imprescindible que el Convenio de La Haya del 2000 se interprete y aplique de conformidad con el cambio de paradigma protagonizado por el Convenio sobre los Derechos de las personas con discapacidad que, como es sabido, fue elaborado en 2006 y, por tanto, es posterior al texto de la Conferencia de La Haya⁵¹.

⁴⁶ Vid. art. 15 del Convenio de La Haya del 2000.

⁴⁷ Para ver el Estado actual de ratificaciones del Convenio de La Haya del 2000: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=71>

⁴⁸ COMISIÓN EUROPEA: “Commission Staff Working Document. Impact Assessment Report”, *cit.*, p. 3.

⁴⁹ Respecto a los colectivos que cubren, el Convenio de La Haya del 2000 se diseñó específicamente con la intención de cubrir tanto a las personas con discapacidad como a las personas mayores. Por tanto, El Convenio de La Haya del 2000 cubre a una amplia tipología de individuos, muchos de los cuales también entrarán en el ámbito de aplicación del CDPD, no obstante, la superposición entre los dos ámbitos de aplicación no es total. En este sentido vid. S. ROLLAND Y A. RUCK KEENE: “Interpreting the 2000 Hague Convention on the International Protection of Adults Consistently with the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, 3.6.2021. Disponible en https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwIU0ODQ26z_AhWmRvEDHYrODrYQFnoECBMQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.ohchr.org%2FDocuments%2FIssues%2FDisability%2FHague-CRPD_Study.docx&usq=A0vVaw3hQLPAJ5XJAmIft0zcN3z4, última consulta el 5.6.2023), p. 9; y ONU: “Joint statement...”, *cit.*, p. 2.

⁵⁰ En este sentido S. ROLLAND Y A. RUCK KEENE: “Interpreting the 2000 Hague Convention...”, *cit.*, p. 9.

⁵¹ En el marco de Naciones Unidas, el relator especial de los derechos de las personas con discapacidad y el experto independiente sobre el disfrute de los derechos humanos de las personas mayores emitieron una declaración conjunta sobre la coherencia del Derecho internacional que afecta a los dos colectivos (ONU: “Joint statement...”, *cit.*). Declaración que, a su vez, se basó en un estudio realizado sobre este extremo (S. ROLLAND Y A. RUCK KEENE: “Interpreting the 2000 Hague Convention...”, *cit.*).

No obstante, cabe afirmar que es perfectamente posible adaptar el texto convencional de La Haya a las exigencias y a la revolución contenida en el Convenio de Naciones Unidas⁵², y en concreto, a la garantía de aportar la máxima flexibilidad en relación con las nociones de autonomía, capacidad legal y toma de decisiones con apoyo⁵³.

31. Ahondando en este punto, se insiste en la idea de que la ratificación del Convenio de La Haya del 2000 en ningún caso puede servir de excusa para los Estados de perpetuar las tradicionales formas de “tutela”, sino que deben paulatinamente converger hacia los sistemas de toma de decisiones autónoma a los que el Convenio de Naciones Unidas obliga⁵⁴. Por tanto, desde esta perspectiva, el Convenio de La Haya del 2000 debe reinterpretarse de forma que sirva para complementar al CDPD armonizando el conflicto de leyes entre los distintos sistemas nacionales⁵⁵.

32. La línea argumentativa expuesta debe ser el punto de partida en la nueva regulación de la UE. Solo desde esta perspectiva pueden las instituciones de la UE basarse en el texto convencional⁵⁶. De hecho, el Comité de expertos del Convenio de los Derechos de las personas con discapacidad recomendó a la UE en 2015 la necesidad de garantizar la protección de las personas con discapacidad involucradas en situaciones transfronterizas, en relación con la libertad de desplazamiento garantizada por el artículo 18 de la Convención⁵⁷.

3. Una respuesta normativa nacional caracterizada por la divergencia en materia de protección de adultos vulnerables

33. Uno de los puntos centrales que justifican la actuación por parte de las instituciones de la UE es la importante divergencia en los sistemas de protección de los adultos vulnerables previstos en

⁵² Así se ha manifestado de forma expresa desde la ONU: “*As well documented in the Study, although the Hague Convention mentions guardianship as a ‘protective measure,’ it does not lock that into place. Indeed, the definition of ‘protection’ is open-ended in the Hague Convention (Article 3). That means that the conflicts provisions in the Hague convention can be (and ought to be) progressively re-purposed accordingly, as States transition away from guardianship regimes and migrate toward assisted decision making regimes (as they are obliged to under the CRPD).*”

Because the definition of ‘protection’ is open ended in the Hague Convention, this means there is plenty of space for it to be re-focused on protective measures that provide supports to enable a person to voice their own wishes and preferences. That is to say, henceforward, that ‘protection’ should primarily be understood to mean protecting the integrity of systems to support the decision-making processes of individuals and not to ‘protect’ them by taking their voice away.” Vid. ONU: “Joint statement...”, *cit.*, p. 2.

⁵³ *Ibid.*, p. 1.

⁵⁴ “*States that join the Hague Convention should be clear that their primary obligation is to phase out guardianship (under the CRPD), and should not fall back on the Hague Convention as an excuse or pretext to preserve it. To make this plain, and especially to ensure the Hague Convention can play a positive role in the future (with respect to conflicts between different supported decision-making regimes), the Hague Conference should make it abundantly clear to new Parties that ratification does not imply acceptance of guardianship”.* *Ibid.*, p. 3.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 2.

⁵⁶ De hecho, la Comisión, en el informe de evaluación e impacto, resalta la compatibilidad entre ambos instrumentos manifestada en el ámbito de Naciones Unidas. E, igualmente, advierte la necesidad de interpretar el Convenio de La Haya del 2000 de conformidad con los estándares de derechos humanos recogidos en el Convenio sobre los Derechos de las personas con discapacidad. Y, en concreto, recuerda el carácter flexible de la interpretación de los conceptos recogidos en el Convenio de La Haya, algunos de los cuales no tienen cabida desde la nueva óptica incorporada por el CDPD, como por ejemplo la referencia a la tutela. Vid. COMISIÓN EUROPEA: “Commission Staff Working Document. Impact Assessment Report”, *cit.* p. 3.

⁵⁷ CDPD: “Observaciones finales sobre el informe inicial de la Unión Europea”, Periodo de Sesiones n. 14, CRPD/C/EU/CO/1, 2.10.2015. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/812354?ln=es>, última consulta el 5.6.2023, párr. 48 y 49:

“48. *Al Comité le preocupan los obstáculos que encuentran las personas con discapacidad y las personas con familiares que tienen discapacidad al mudarse o desplazarse para trabajar en otro Estado miembro de la Unión Europea, independientemente de la duración de la estancia.*

49. *El Comité recomienda que la Unión Europea adopte medidas inmediatas para garantizar que todas las personas con discapacidad y sus familias puedan disfrutar de su derecho a la libertad de desplazamiento en igualdad de condiciones con los demás, incluso con respecto a la transferibilidad de las prestaciones de seguridad social, de manera coordinada entre sus Estados miembros”.*

los Estados miembros. Esta afirmación cabe realizarla tanto del plano interno como de las situaciones transfronterizas, así como desde el punto de vista sustantivo y de las normas de Derecho internacional privado propiamente dichas⁵⁸.

A) La legislación sustantiva de los Estados miembros en materia de protección de adultos vulnerables

34. En efecto, desde el punto de vista sustantivo, la legislación de los Estados miembros en materia de protección de adultos vulnerables es extremadamente diversa⁵⁹.

35. Para evidenciar la divergencia existente entre modelos de regulación material de la protección de adultos vulnerables, cabe presentar la clasificación entre tres modelos realizada por la doctrina⁶⁰: a) el *modelo tradicional*, en el que la protección de las personas “incapaces” supone su restricción total o parcial de la capacidad de obrar, acompañado habitualmente de un tutor o representante legal; b) el *modelo tradicional funcionalmente modificado*, en el que se flexibiliza la respuesta gracias a la configuración de una gran variedad de medidas basadas en los principios de proporcionalidad y necesidad, otorgándole gran importancia a la asistencia de la persona; c) y el *modelo progresivo*, centrado en la voluntad del adulto, y en el que los mecanismos de protección se simplifican para ofrecer una respuesta flexible y adaptada a las necesidades del caso, destacando la posibilidad de adoptar medidas de protección sin necesidad de una previa declaración de incapacitación.

36. Básicamente, se distingue entre aquellos Estados en los que las personas adultas pueden ser incapacitadas judicialmente si concurren ciertas causas previstas en la ley, y tras ese momento otra persona la sustituye en la toma de decisiones de todos o algunos actos jurídicos. Y aquellos Estados en las que las personas no pueden ser incapacitadas, se les considera “discapacitadas” y se les acompaña con medidas de apoyo⁶¹.

37. Igualmente, de forma genérica la doctrina distingue entre dos tipos de medidas: medidas *ex ante* y medidas *ex post*⁶². Por un lado, las medidas *ex ante* facilitan la instauración del cambio de paradigma en la protección de adultos hacia un modelo centrado en la autonomía de la persona. Según el país, estas medidas pueden ser adoptadas por el notario, o incluso en algunos sistemas, se pueden otorgar poderes preventivos de forma privada⁶³. Por otro, las medidas *ex post*, consisten principalmente, en la modificación de la capacidad de la persona, acompañada del nombramiento de un tutor, un curador, un guardador de hecho o una figura similar⁶⁴.

⁵⁸ Para un estudio comparado sobre las distintas legislaciones en materia de protección de adultos vulnerables vid., por todos, R. FRIMSTON, ET. AL.: *The International Protection of Adults*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 179 y ss.

⁵⁹ El estudio realizado por la Comisión Europea en 2021 concluye que las medidas de protección previstas en la legislación de cada Estado miembro divergen de forma considerable. En profundidad sobre esta cuestión vid. COMISIÓN EUROPEA ET. AL.: “Study on the cross-border legal protection of vulnerable adults in the EU”, *Dirección General de Justicia y Consumidores*, 2021. Disponible en: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/facf667c-99d6-11ec-83e1-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF/source-253031377>, última consulta 6.6.2023, pp. 29 y ss.

⁶⁰ Vid. R. CARO GÁNDARA: “La protección de adultos discapaces en Derecho comparado. Sistemas más representativos”, en M. ECHEZARRETA FERRER (Dir.): *El lugar europeo de retiro. Indicadores de excelencia para administrar la gerontoinmigración de ciudadanos de la Unión Europea en municipios españoles*, Granada, Comares, 2005, pp. 303 y ss. Igualmente vid. I. ANTÓN JUÁREZ: “Viejos problemas...”, *cit.*, pp. 250 y 251; S. ADROHER BIOSCA: “La protección de adultos en el Derecho internacional privado español: novedades y retos”, *Revista Española de Derecho internacional*, v. LXXI, n.º 1, 2019, pp. 166-167.

⁶¹ España, desde la entrada en vigor de la Ley 8/2021, se integra en el segundo modelo y, por tanto, en nuestro sistema ya nadie puede ser incapacitado. Vid. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ: “Persona Física”, en A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ: *Tratado de derecho internacional privado*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 1299.

⁶² I. ANTÓN JUÁREZ: “Viejos problemas...”, *cit.*, p. 253; S. ADROHER BIOSCA: “La protección de adultos...”, *cit.*, pp. 173 y ss.

⁶³ En detalle sobre los mandatos privados vid. I. ANTÓN JUÁREZ: “Viejos problemas...”, *cit.*, p. 270.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 253.

38. Consecuentemente, dependiendo de la legislación nacional del Estado miembro en el que se encuentre el adulto vulnerable, las principales medidas existentes para su protección consistirán en la aprobación de medidas de protección por un Juez o por una decisión administrativa; o de medidas que cuenten con el respaldo de una parte tercera que el adulto vulnerable haya designado previamente – a través de un poder de representación⁶⁵- para manejar sus intereses⁶⁶. Así, mientras que las legislaciones de todos los Estados miembros prevén la posibilidad de adopción de medidas de protección para los adultos vulnerables, no todas admiten la posibilidad de emplear poderes de representación en caso de incapacidad⁶⁷.

39. Por último, cabe destacar que este tipo de procesos normalmente se desarrollan como procesos de jurisdicción voluntaria, puesto que no hay parte contraria. Solo en el caso de que haya una oposición se transformarán en procesos contenciosos⁶⁸.

B) Las diferencias en las normas estatales de Derecho Internacional privado que regulan la protección de los adultos vulnerables

40. Como se ha anticipado, la divergencia normativa entre Estados miembros de la UE en relación con la protección de adultos vulnerables no solo alcanza a la legislación sustantiva en la materia, sino que se extiende se encuentran diferencias en las normas de Derecho Internacional privado que hacen frente a esta problemática.

41. En efecto, no todos los Estados miembros de la UE han ratificado el Convenio de La Haya de 2000. Y, por tanto, entre los que no lo han hecho, se encuentran divergencias entre los Estados miembros que lo han ratificado y los que no. De esta manera, P. Franzina identifica tres tipos de grupos de Estados en función de su normativa de Derecho internacional privado en materia de protección de adultos vulnerables⁶⁹: a) en primer lugar, los Estados que sí han ratificado el Convenio de La Haya del 2000; b) en segundo lugar, aquellos Estados que no han ratificado el Convenio de La Haya del 2000, pero que, sin embargo, contienen normas nacionales similares a las del texto convencional; c) y, por último, encontramos al tercer grupo de Estados que no han ratificado el Convenio de La Haya ni sus soluciones nacionales van en la línea del mismo. La consecuencia de este panorama es la divergencia en todos los sectores del Derecho Internacional privado:

42. En primer lugar, la divergencia en las normas de competencia judicial internacional conlleva la dificultad para los adultos vulnerables o sus representantes de saber qué órgano jurisdiccional será competente para conocer de su caso. En efecto, en aquellos casos en los que el Convenio de La Haya del 2000 no es de aplicación, las legislaciones nacionales de los Estados miembros contienen diferentes criterios de competencia, como la nacionalidad de la persona que debe protegerse, su residencia habitual, su domicilio, o, en algunos casos una combinación de estos elementos⁷⁰. Por consiguiente, dos órganos jurisdiccionales de Estados miembros diferentes pueden ser competentes para

⁶⁵ En general sobre el régimen jurídico en el DIPr español de los poderes de representación vid. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ: “Poderes autorizados por notarios extranjeros y compraventa de inmuebles situados en España”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 12, n.º 1, 2020, pp. 9-13.

⁶⁶ COMISIÓN EUROPEA: “Commission Staff Working Document. Executive Summary...”, *cit.*, p. 2.

⁶⁷ COMISIÓN EUROPEA: “Commission Staff Working Document. Impact Assessment Report”, *cit.* p. 4.

⁶⁸ I. ANTÓN JUÁREZ: “Viejos problemas...”, *cit.*, p. 253.

⁶⁹ Vid., P. FRANZINA: “La protección internacional de adultos...”, *cit.*, pp. 131-132. Le sigue, igualmente, I. ANTÓN JUÁREZ: “Viejos problemas...”, *cit.*, p. 250.

⁷⁰ Por ejemplo, cinco Estados miembros que no son parte en el Convenio consideran que sus órganos jurisdiccionales son competentes si el adulto en cuestión tiene su residencia habitual en su Estado miembro, dos Estados miembros si el adulto es nacional de su Estado. Los demás Estados miembros combinan estos dos criterios de conexión. Vid. COMISIÓN EUROPEA: “Commission Staff Working Document. Impact Assessment Report”, *cit.* p. 4.

el mismo asunto, por ejemplo, por razón de nacionalidad en el Estado A y por razón de residencia habitual en el Estado B⁷¹.

43. En relación con el sector del Derecho aplicable, los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros emplean varios factores de conexión (nacionalidad, residencia habitual, ubicación de los bienes, ley de la autoridad competente) aplicables para resolver los casos transfronterizos relativos a la protección de los adultos y, por lo tanto, designan diferentes leyes aplicables en el mismo caso transfronterizo. Esto genera incertidumbre en cuanto al régimen jurídico aplicable al objeto del asunto y puede dar lugar a cuestiones prácticas⁷². Si a lo anterior le sumamos la ya referida divergencia de las normas nacionales sobre medidas de protección y poderes de representación, la determinación de la ley aplicable es problemática y difícilmente predecible en la práctica⁷³. Adicionalmente, la divergencia entre normas de conflicto puede conllevar el no reconocimiento de los poderes de representación, ya que al tratarse de documentos privados su existencia, validez y efectos se determinan por las normas de conflicto nacionales⁷⁴.

44. En tercer lugar, cada Estado tiene procedimientos específicos para el reconocimiento y ejecución de estas medidas, así como diferentes órganos jurisdiccionales o autoridades competentes para la resolución de estos casos, sin que esta información esté disponible para su consulta por parte de operadores jurídicos de otros Estados miembros⁷⁵. Tampoco es posible que las autoridades de un Estado miembro accedan a la información sobre las medidas de protección o los poderes de representación emitidos en otro Estado miembro en relación con una persona vulnerable⁷⁶. La existencia de normas de eficacia extraterritorial de resoluciones judiciales complejas y divergentes incrementa la inseguridad jurídica de los adultos vulnerables, sus representantes, y de los operadores jurídicos en general, ya que no se predice adecuadamente si una medida de protección dictada en un Estado miembro tendrá efectos en otro. Igualmente, la complejidad de estas normas también tiene un impacto directo sobre la duración y el coste de los procedimientos⁷⁷.

A mayor abundamiento, la Comisión detecta un relevante problema relativo a la existencia de procedimientos de ejecución innecesarios y complejos. Y ello porque esta materia es un asunto no contencioso⁷⁸, que rara vez implica la ejecución de una decisión judicial⁷⁹. Sin embargo, en muchas ocasiones, se siguen solicitando procedimientos de *exequátur* innecesarios, que son una condición previa para la ejecución⁸⁰.

⁷¹ Vid. anexo 10 del COMISIÓN EUROPEA: “Commission Staff Working Document. Impact Assessment Report”, *cit.* Para un estudio comparado en profundidad de las normas de competencia judicial internacional de los Estados miembros en la materia tratada vid. COMISIÓN EUROPEA *et. al.*: “Study on the cross-border legal protection of vulnerable adults in the EU”, *cit.*, pp. 89 y ss.

⁷² COMISIÓN EUROPEA: “Commission Staff Working Document. Impact Assessment Report”, *cit.*, p. 15.

⁷³ Alertan sobre el carácter problemático de la determinación de la ley aplicable en estos casos: EUROPEAN ASSOCIATION OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW: “Position paper...”, *cit.*, p. 10.

⁷⁴ COMISIÓN EUROPEA: “Commission Staff Working Document. Impact Assessment Report”, *cit.*, p. 16.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 4.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 5.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 16.

⁷⁸ El informe de impacto de la Comisión incluye en su glosario una definición de materia no contenciosa: “*Legal matter(s) that do(es) not involve a dispute, a conflict or a litigation between two or more parties, but where courts may still be required to issue a decision, in order to achieve the protection of a single (vulnerable) party (protection of children or adults), and/or the protection of overriding social interests (adoption, nationality)*”. COMISIÓN EUROPEA: “Commission Staff Working Document. Impact Assessment Report”, *cit.*

⁷⁹ Tal y como explica el informe de impacto de la Comisión, “*la mayoría de las decisiones judiciales consisten en establecer una medida de protección (por ejemplo, la designación de un representante y restricciones a la capacidad jurídica o al apoyo en algunas actividades) y autorizar al adulto o al representante a realizar ciertos tipos de acciones (vender una propiedad o invertir los fondos en una póliza de seguro de vida). Esas decisiones solo necesitan ser reconocidas (es decir, para que se les dé un efecto legal en otro país), por lo tanto, la ejecución forzosa casi nunca es necesaria*”. (Traducción libre). COMISIÓN EUROPEA: “Commission Staff Working Document. Impact Assessment Report”, *cit.* p. 17.

⁸⁰ COMISIÓN EUROPEA: “Commission Staff Working Document. Impact Assessment Report”, *cit.* pp. 17 y 18.

45. Por último, además de la diversidad de las normas de Derecho internacional privado, la Comisión Europea identifica toda una serie de aspectos legales adicionales susceptibles de afectar de forma particular a los adultos vulnerables involucrados en situaciones transfronterizas⁸¹.

4. El caso español: Los avances en la protección de los adultos vulnerables

46. En el caso español, el primer hecho que resulta sorprendente, y que es clara manifestación del déficit de regulación en la materia, es la no ratificación por parte de España del Convenio de La Haya sobre protección de adultos, a pesar de que es sabido que nuestro país también se enfrenta de forma evidente a los retos del aumento de la esperanza de vida y del envejecimiento de la población, así como la movilidad hacia nuestro país de personas extranjeras en edad de jubilación⁸². Deficiencia de nuestro sistema que numerosos autores han denunciado⁸³. En este sentido, siguiendo a Diago Diago, el argumento utilizado hasta el momento para no ratificar el Convenio de La Haya del 2000 ya no sería válido, puesto que se hacía referencia a la necesidad previa de actualizar del ordenamiento jurídico español, reforma que vio la luz en 2021⁸⁴. Otro argumento que se apunta es la potencial incompatibilidad del Convenio de La Haya del 2000 con el Convenio sobre los derechos de las personas con discapacidad, incompatibilidad que, como ya se ha apuntado en este trabajo, ha sido expresamente descartada desde Naciones Unidas⁸⁵.

47. Por tanto, para la resolución de estos casos se aplica la normativa interna. A pesar de dicha ausencia, lo cierto es que hay indicadores positivos de la creciente preocupación del legislador español por los adultos vulnerables, como la reciente promulgación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (en adelante Ley 8/2021)⁸⁶. Su objetivo fundamental es adecuar nuestra legislación al Convenio sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁸⁷, gracias a un cambio significativo cambio de terminología y enfoque⁸⁸, y que es continuadora de las reformas iniciadas con la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁸⁹, entre otras⁹⁰.

⁸¹ Como, por ejemplo, el acceso a asistencia jurídica gratuita en otros Estados miembros. Vid. COMISIÓN EUROPEA: “Commission Staff Working Document. Impact Assessment Report”, *cit.* p. 4.

⁸² Al respecto vid. M. ECHEZARRETA FERRER (DIR.): *El Lugar Europeo de Retiro...*, *cit.*

⁸³ Vid., en este sentido, P. DIAGO DIAGO: “La nueva regulación...”, *cit.*, p. 7; M.C. CHÉLIZ INGLÉS: “Medidas de protección a los mayores de edad discapacitados, en un entorno internacional”, *Diario LaLey*, n.º 9541, 2019, p. 3.

⁸⁴ P. DIAGO DIAGO: “La nueva regulación...”, *cit.*, p. 7.

⁸⁵ En este línea I. ANTÓN JUÁREZ: “Viejos problemas...”, *cit.*, p. 250.

⁸⁶ BOE n.º 132, de 3.6.2021. En profundidad sobre esta reforma vid. P. DIAGO DIAGO: “La nueva regulación...”, *cit.*, pp. 9 y ss.

⁸⁷ Ley 8/2021, Preámbulo: “La presente reforma de la legislación civil y procesal pretende dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, tratado internacional que en su artículo 12 proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y obliga a los Estados Partes a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. El propósito de la convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, así como promover el respeto de su dignidad inherente”.

⁸⁸ A título de ejemplo, los términos “incapaz” o “incapacitación” se sustituyen por otras referencias, también la expresión de la LJV de “personas cuya capacidad está modificada judicialmente” se sustituye ahora por “persona con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica” (art. 7.20 Ley 8/2021).

⁸⁹ BOE n.º 184, de 2.8.2011.

⁹⁰ También cabría citar, sin ánimo de exhaustividad, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, BOE n.º 289, de 3.12.2013; o la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, BOE n.º 158, de 3.7.2015.

La reforma viene a reflejar en el sistema español el cambio de enfoque en el respeto de los derechos de las personas con discapacidad, basado en el fomento de la autonomía de la voluntad de la persona y el respeto de sus deseos y preferencias, configurando un sistema de medidas de apoyo⁹¹. Consecuentemente, España, desde la entrada en vigor de la Ley 8/2021, se integra en el modelo basado en la configuración de medidas de apoyo a las personas con discapacidad, de forma que en nuestro sistema ya nadie puede ser incapacitado⁹².

48. Este cambio de modelo, y de paradigma, también se ha reflejado en la configuración de las normas de Derecho Internacional privado⁹³. Entre otras cuestiones, la nueva legislación reforma los artículos 9.6 del Código Civil, relativo a la ley aplicable a las medidas de apoyo para personas con discapacidad, empleando el criterio de conexión de la residencia habitual; y el 10.8 del mismo texto legal, el cual versa sobre la excepción del interés nacional. Una de las modificaciones a destacar es la sustitución del supuesto de hecho de la norma de conflicto, así, la expresión incorporada en la reforma de 2015 “*la protección de las personas mayores de edad*”⁹⁴ es sustituida por la ya referida expresión “*las medidas de apoyo para personas con discapacidad*”⁹⁵. Según un sector de la doctrina estas modificaciones no lograrían alcanzar los objetivos mínimos de una regulación avanzada de protección de adultos, tanto para situaciones internas como transfronterizas⁹⁶. No obstante, lo cierto es que esta iniciativa es un claro reflejo del creciente interés del legislador por abordar este fenómeno en auge.

49. La competencia judicial internacional se regula en la LOPJ, y concretamente, en el foro especial en relación con la capacidad de las personas y las medidas de protección de las personas mayores de edad o de sus bienes del artículo 22 *quáter* b) del citado texto legal, basado en la residencia habitual. Esta regla viene complementada por el foro para adoptar “*medidas provisionales o de aseguramiento respecto de personas o bienes que se hallen en territorio español y deban cumplirse en España*” previsto en el artículo 22 *sexies* de la LOPJ.

50. Por su parte, para el reconocimiento en España de una medida de apoyo o de una incapacitación o de una medida de protección de una persona con discapacidad⁹⁷, tendremos que acudir a las reglas generales del modelo español de DIPr y, por tanto, en defecto de convenios internacionales, acudir a los artículos 41 a 61 de la Ley 29/2015⁹⁸, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil⁹⁹.

⁹¹ En profundidad sobre la reforma y el cambio de paradigma en ella recogido vid., por todos, C. PARRA RODRÍGUEZ: “El cambio de paradigma de la discapacidad: el modelo inclusivo en las relaciones transfronterizas”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XXI, 2021, pp. 65-88; R. LÓPEZ JIMÉNEZ: “La adopción de medidas de apoyo a personas con discapacidad: la jurisdicción voluntaria y el procedimiento contencioso”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 14, n.º 2, 2022, pp. 580-604.

⁹² A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ: “Persona Física”, *cit.*, p. 1299.

⁹³ Sobre el sistema anterior vid., por todos, A. MUÑOZ FERNÁNDEZ: *La protección del adulto ...*, *cit.*, pp. 209 y ss.

⁹⁴ Ley 26/2015, de 28.7, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, BOE n.º 180, de 29.7.2015.

⁹⁵ A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ: “Persona Física”, *cit.*, p. 1301.

⁹⁶ Fundamentalmente, expone dos motivos: por un lado, porque la nueva regulación no introduce reformas en la dimensión judicial; y, por otro, tampoco modifica el artículo 10.11 del Código Civil, relativo a la ley aplicable a la representación legal y a la voluntaria, P. DIAGO DIAGO: “La nueva regulación...”, *cit.*, pp. 2 y 3. Esplugues Mota e Iglesias Buhigues también destacan la escasa calidad técnica de la nueva regulación. C. ESPLUGUES MOTA: “Lección 12ª. Capacidad y régimen de incapacidades”, en C. ESPLUGUES MOTA, G. PALAO MORENO y J.L. IGLESIAS BUHIGUES: *Derecho Internacional Privado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 16ª ed., 2022, pp. 429 y ss. Igualmente, se critica el hecho de que nuestras normas de DIPr tras la reforma de 2021 hacen exclusivamente referencia a las “medidas de apoyo de las personas con discapacidad” y, en consecuencia, se desconoce la profunda diversidad de las legislaciones del resto de países, muchas de las cuales siguen optando por sistemas de “incapacitación”, en esta línea A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ: “Persona Física”, *cit.*, pp. 1301 y 1305.

⁹⁷ Ya que, a pesar de que nuestro modelo actual sea el de “apoyos”, otros modelos foráneos continúan basándose en la incapacitación de la persona.

⁹⁸ BOE n.º 182, de 31.7.2015.

⁹⁹ A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ: “Persona Física”, *cit.*, pp. 1305 y 1306.

III. La Propuesta de Reglamento sobre la protección de adultos vulnerables en situaciones transfronterizas

51. Con el panorama de fragmentación y diversidad normativa descrito en relación con la protección de adultos vulnerables, no es sorprendente que la Comisión Europea detecte importantes problemas en la garantía de sus derechos fundamentales cuando se vean involucrados en situaciones transfronterizas. En concreto, los principales problemas detectados por la Comisión Europea son los siguientes: a) la falta de seguridad jurídica¹⁰⁰; b) la excesiva duración y coste de los procedimientos; c) y el no reconocimiento de las resoluciones judiciales ni la aceptación de los poderes de representación¹⁰¹.

52. Adicionalmente, la Comisión identifica las siguientes consecuencias negativas derivadas de los problemas identificados: a) riesgo para la salud física y mental derivado de la excesiva duración y coste de los procedimientos, y el consecuente potencial retraso en los tratamientos médicos; b) potenciales barreras en el derecho de acceso a la justicia; c) riesgo de desposesión o dificultad de gestión de sus bienes en el extranjero, así como potencial pérdida financiera, ya que la falta de seguridad jurídica es susceptible de generar reticencias en terceros, llevándoles a evitar entrar en un negocio jurídico con adultos vulnerables; d) los derechos a la autodeterminación y autonomía de los adultos vulnerables pueden no ser respetados, por ejemplo, debido al no reconocimiento de sus poderes de representación en otros Estados miembros; e) barreras en la libertad de movimiento; f) por último, se hace referencia también al incremento de la carga de trabajo para las autoridades competentes¹⁰².

53. Ante dichos problemas, el objetivo general de la propuesta de la Comisión es proteger los derechos, incluyendo los derechos fundamentales, de los adultos vulnerables. Para ello, la Comisión ha establecido los siguientes objetivos secundarios: a) incrementar la seguridad jurídica del público general y de las autoridades involucradas; b) facilitar el reconocimiento transfronterizo de las medidas de protección y de los poderes de representación; c) conseguir procedimientos más rápidos y menos costosos¹⁰³.

1. La opción legislativa plural elegida por la Comisión: La complementariedad del Convenio de la Haya del 2000 y el Reglamento de la UE

54. De las distintas opciones de política legislativa con las que contaba la Comisión¹⁰⁴, el grupo de trabajo de la misma ha optado por una combinación. Por un lado, la configuración de un conjunto de normas comunes en la materia, a través de la obligación dirigida a los Estados miembros de ratificar el Convenio de La Haya del 2000, y que, por tanto, también serán comunes con otros Estados terceros que hayan ratificado el Convenio; y por otro, en la propuesta de un Reglamento de la UE que refuerce la cooperación entre los Estados miembros en estas situaciones, a través de la configuración de un conjunto

¹⁰⁰ Descripción de la manifestación de la seguridad jurídica en la protección de los adultos vulnerables en situaciones transfronterizas: “*In cross-border situations, the principle of legal certainty implies that adults themselves, but also their relatives and representatives should be assured that their rights and protection granted in one EU Member State will be recognised and guaranteed in all other Member States, and should know under which law their case will be considered and by which authority. Legal certainty also entails for competent authorities of Member States to know which foreign body to communicate with, to ensure that their nationals are protected abroad, and to be able to have a reliable and quick access to foreign law when necessary*”. Vid. COMISIÓN EUROPEA: “Commission Staff Working Document. Impact Assessment Report”, *cit.*, p. 8.

¹⁰¹ *Ibid.*, pp. 7 y ss.

¹⁰² *Ibid.*, pp. 10 y ss.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 2.

¹⁰⁴ Las distintas opciones de política legislativa planteadas por la Comisión son las siguientes: 1) Escenario de referencia – no legislar; 2) Decisión del Consejo por la que se obliga a los Estados miembros a adherirse al Convenio de La Haya del 2000 en un plazo determinado; 3) Reglamento de la UE sobre la protección de los adultos; 4) Una combinación de opciones 2 y 3 (una decisión del Consejo y un Reglamento de la UE). COMISIÓN EUROPEA: “Commission Staff Working Document. Executive Summary...”, *cit.*, p. 26.

de normas que permitan una cooperación más estrecha, moderna¹⁰⁵. En concreto, ello se traduce en dos propuestas de reglamentación: la obligación dirigida a todos los Estados miembros de ratificar el Convenio de La Haya del 2000, y adicionalmente, la propuesta de Reglamento en la materia¹⁰⁶.

A) La creación de una nueva categoría jurídica: la calificación de las normas sobre protección de adultos como materia ajena al Derecho de familia

55. En relación con la base jurídica de la Propuesta, cabe destacar que las normas comunes de Derecho internacional privado sobre protección de adultos vulnerables son consideradas por la Comisión Europea como una materia de cooperación judicial en materia civil dentro del ámbito de aplicación del artículo 81.2 del TFUE, ya que no consideran esta materia dentro del campo del Derecho de familia, y, por tanto, del artículo 81.3 del TFUE¹⁰⁷.

56. Para justificar esta decisión, la Comisión Europea se refiere a la interpretación autónoma del término “Derecho de familia”, y la interpretación más bien estricta que ha seguido hasta el momento el legislador de la UE en relación con este concepto, como bien ejemplifica el hecho de que en su día no se considerara tampoco la materia sucesoria como una materia de Derecho de familia a efectos de la aplicación del artículo 81.3 del TFUE¹⁰⁸.

B) Una elección justificada por las limitaciones del Convenio de La Haya del 2000

57. La Comisión justifica esta opción afirmando que es la que mejor garantiza una solución a los problemas, ya referidos, a los que se enfrentan los adultos vulnerables involucrados en situaciones transfronterizas. En particular, estas normas asegurarán la continuidad del apoyo de los adultos vulnerables en todos los sentidos. Destacando su impacto positivo en la protección de sus derechos fundamentales en situaciones transfronterizas, así como en otras cuestiones legales antes referidas, como la inseguridad jurídica, el coste y duración de los procedimientos¹⁰⁹, y el no reconocimiento de las medidas de protección y los poderes de representación emitidos en el extranjero¹¹⁰.

58. El objetivo es, tomar como base las normas de Derecho internacional privado establecidas en el Convenio de La Haya del 2000 y optimizarlas y modernizarlas a través de la Propuesta de Reglamento que solo se aplicará, por tanto, entre Estados miembros de la UE y completará las lagunas y las necesidades futuras de la protección de los adultos en situaciones transfronterizas¹¹¹.

59. La opción escogida por el legislador de la UE no resulta sorprendente, ya que la doctrina ya había recomendado esta opción¹¹². En palabras de P. Franzina: “la mejor forma de mejorar la protección

¹⁰⁵ COMISIÓN EUROPEA: “Commission Staff Working Document. Executive Summary...”, *cit.*, p. 3.

¹⁰⁶ Esta opción coincide con la opinión mayoritaria de los informes presentados en la Consulta Pública lanzada durante el proceso de elaboración de la Propuesta. En este sentido vid. EUROPEAN ASSOCIATION OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW: “Position paper...”, *cit.*, p. 3; EUROPEAN LAW INSTITUTE *et. al.*: “European Commission’s Public Consultation on the ‘Initiative on the Cross-Border Protection of Vulnerable Adults. Response of the European Law Institute”, 2022. Disponible en: https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Response_Protection_of_Adults.pdf, última consulta 7.6.2023, p. 19.

¹⁰⁷ Vid., en este sentido, COMISIÓN EUROPEA: “Commission Staff Working Document. Executive Summary...”, *cit.*, p. 113.

¹⁰⁸ A la misma conclusión se llega en EUROPEAN ASSOCIATION OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW: “Position paper...”, *cit.*, p. 3.

¹⁰⁹ El dato estimado que maneja la Comisión sobre la reducción del coste de los procedimientos para los adultos vulnerables y sus representantes es de 2.6 billones de euros. Vid. COMISIÓN EUROPEA: “Regulatory Scrutiny Board Opinion. Cross-border protection of vulnerable adults”, {COM(2023) 280-281} {SWD(2023) 155-156}, Bruselas, 20.1.2023. Disponible en: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12965-Civil-judicial-cooperation-EU-wide-protection-for-vulnerable-adults_en, última consulta el 5.6.2023.

¹¹⁰ COMISIÓN EUROPEA: “Commission Staff Working Document. Executive Summary...”, *cit.*, p. 3.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 4.

¹¹² Vid., en este sentido P. FRANZINA: “La protección internacional de adultos...”, *cit.*, pp. 139 y ss.; EUROPEAN LAW INSTITUTE:

internacional de adultos vulnerables en Europa consistiría, probablemente, en tratar el problema desde una perspectiva regional -y- universal coordinada”¹¹³.

60. Cabe ahora preguntarse por qué el legislador de la UE no se ha limitado a obligar a los Estados miembros de la UE a ratificar el Convenio de La Haya del 2000. En relación con este punto, en los documentos de trabajo de la Comisión se refleja el importante esfuerzo realizado por justificar la opción elegida. En este sentido, se señala que el instrumento convencional tan solo contiene normas esenciales de Derecho internacional privado que tienen el objetivo de aplicarse de forma global. Y, ello implica, según los documentos de trabajo, que: a) no se regulan suficientemente todos los aspectos de las situaciones transfronterizas en las que se ven involucrados los adultos vulnerables; b) y estas normas no alcanzan el potencial que tiene el Área de Libertad, Seguridad y Justicia de la UE, ni del principio de confianza mutua entre administraciones de justicia de los Estados miembros de la UE, que pueden ofrecer una cooperación más estrecha. Adicionalmente, las normas convencionales no contienen los avances que sí contienen otras normas del área de cooperación civil de la UE necesarias en el siglo XXI como, por ejemplo, la comunicación digital¹¹⁴.

61. Por último, se hace referencia al hecho de que el Convenio de La Haya del 2000 contiene normas que necesitan de un consenso internacional, diseñadas para aplicarse entre Estados con distintos sistemas legales de protección de los adultos vulnerables. Y que, por tanto, no han alcanzado el avanzado nivel de cooperación judicial y confianza mutua con el que cuentan los Estados miembros de la UE. En relación con este punto, se hace mención a la importante labor del TJUE en aras de garantizar una aplicación uniforme de estas normas, con un mismo estándar de protección de derechos fundamentales¹¹⁵.

2. Una apuesta ambiciosa con interesantes novedades

62. La Propuesta es una apuesta ambiciosa por ofrecer una protección integral de los problemas a los que se pueden enfrentar un adulto vulnerable en una situación transfronteriza. Esta finalidad se refleja claramente en la cantidad de materias recogidas en la Propuesta. Así, de ver la luz, el Reglamento no solo cubriría los sectores clásicos de DIPr, sino que también aborda una serie de materias para facilitar la cooperación y comunicación transfronteriza entre Estados miembros.

63. Así, la Propuesta de Reglamento incluye las siguientes materias¹¹⁶: a) la competencia judicial internacional sobre las medidas destinadas a la protección de adultos (medidas de protección); b) la ley aplicable a las medidas de protección y a los poderes de representación otorgados por un adulto que deben ejercerse cuando dicho adulto no está en condiciones de proteger sus intereses (poderes de

“The Protection of Adults...”, *cit.*, pp. 21-22; COMISIÓN EUROPEA *et. al.*: “Study on the cross-border legal protection of vulnerable adults in the EU”, *cit.*, p. 153 y ss.; EUROPEAN ASSOCIATION OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW: “Position paper...”, *cit.*, p. 3; EUROPEAN LAW INSTITUTE *et. al.*: “European Commission’s...”, *cit.*, pp. 28 y ss.

¹¹³ P. FRANZINA: “La protección internacional de adultos...”, *cit.*, p. 143. En la misma línea, la EAPIL habla de establecer un régimen básico de carácter universal (el Convenio de La Haya), acompañado de un régimen especial que lo mejore en el ámbito regional. EUROPEAN ASSOCIATION OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW: “Position paper...”, *cit.*, p. 8.

¹¹⁴ En concreto, se citan los siguientes ejemplos: “*These include for instance provisions establishing basis for digital communication, rules on the circulation of authentic instruments among Member States; binding rules concerning the choice of jurisdiction made by an adult; rules on the provision of legal aid; rules establishing a uniform certificate available in all languages and in all contracting Parties that would prove one’s representative powers abroad with a high level of legal certainty; or rules on the provision of information to competent authorities that a particular adult is under a protection measure in another Member State or has granted powers of representation to someone in another Member State. In addition, the Convention does not provide mechanisms for close cooperation among competent authorities that are commonplace for other Union’s acquis in the civil justice area, such as the exchanges of information and regular bilateral meetings in the context of the European Judicial network in civil and commercial matters etc.*”. COMISIÓN EUROPEA: “Commission Staff Working Document. Executive Summary...”, *cit.*, p. 4.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 4.

¹¹⁶ COMISIÓN EUROPEA: “Commission Staff Working Document Subsidiarity Grid...”, *cit.*, p. 1.

representación); c) el reconocimiento y la ejecución en un Estado miembro de las medidas de protección adoptadas en otro Estado miembro; d) la aceptación en un Estado miembro de documentos públicos con fuerza ejecutiva expedidos o registrados por las autoridades competentes de otro Estado miembro; e) la cooperación transfronteriza de las autoridades competentes y las autoridades centrales y su comunicación, también a través de medios digitales; f) la comunicación digital entre autoridades competentes y personas físicas y jurídicas; f) formularios que simplifiquen los procedimientos y tratos transfronterizos, incluidas las normas sobre la creación de un certificado de representación europeo que utilizará el representante de un adulto para invocar sus poderes en el extranjero; g) y la interconexión de los registros de protección en los que se registre información sobre las medidas de protección adoptadas y los poderes de representación registrados o confirmados en un Estado miembro.

A) El ámbito de aplicación de la Propuesta de Reglamento

64. El Capítulo I de la Propuesta de Reglamento delimita el ámbito de aplicación material del mismo a las materias civiles relativas a la protección de los adultos, estableciendo una lista no exhaustiva de las materias cubiertas por el Reglamento y una lista exhaustiva de las materias excluidas del mismo¹¹⁷. Por su parte, las definiciones de los términos utilizados en el Reglamento están previstas en el artículo 3 del texto objeto de estudio.

65. Cabe concluir que el ámbito de aplicación material de la Propuesta de Reglamento es muy similar al del Convenio de La Haya del 2000¹¹⁸, aunque se pueden detectar pequeñas diferencias como el hecho de que la Propuesta habla de “*materias*” a las que se aplicará el Reglamento¹¹⁹, mientras que el texto convencional utiliza el término más restringido de “*medidas*”¹²⁰. Esto podría permitir la inclusión de algunas cuestiones que no estén directamente cubiertas por el texto convencional como, por ejemplo, los poderes de representación *ex lege*¹²¹, es decir, aquellos poderes que son directamente otorgados por la ley a ciertos familiares en algunos sistemas jurídicos, sin necesidad de intervención de una autoridad, y cuya regulación se ha identificado como uno de los retos pendientes de la protección de adultos en situaciones transfronterizas¹²².

66. Respecto al ámbito de aplicación espacial de la Propuesta de Reglamento, el artículo 59 del citado texto contiene normas precisas sobre la relación entre el futuro texto reglamentario y el Convenio de La Haya del 2000. El criterio general que desencadena la aplicación de la Propuesta de Reglamento es la residencia habitual del adulto vulnerable en el territorio de un Estado miembro de la UE¹²³. Sin embargo, existen algunas excepciones a esta regla general para garantizar una coordinación fluida con los Estados contratantes del Convenio de La Haya del 2000 que no sean Estados miembros de la UE¹²⁴.

67. El ámbito de aplicación personal de la Propuesta de Reglamento se define en su artículo 3.1, que establece que, a efectos del mismo, se entenderá por adulto toda persona que haya cumplido

¹¹⁷ Vid. art. 2 de la Propuesta de Reglamento.

¹¹⁸ En relación con este punto, el estudio realizado por la ELI recomienda que se deje claro que existe un ámbito de aplicación coincidente entre el texto institucional y el convencional. Vid. EUROPEAN LAW INSTITUTE: “The Protection of Adults...”, *cit.*, p. 33.

¹¹⁹ Vid. art. 2.2 de la Propuesta de Reglamento.

¹²⁰ Vid. art. 3 del Convenio de La Haya del 2000.

¹²¹ En este sentido vid. J. VON HEIN: “Towards an EU Regulation on the International Protection of Adult”, publicado en ConflictsofLaws.net, 5.6.2023. Disponible en <https://conflictoflaws.net/2023/towards-an-eu-regulation-on-the-international-protection-of-adults/>, última consulta 14.6.2023.

¹²² En relación con esta problemática vid. EUROPEAN ASSOCIATION OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW: “Position paper...”, *cit.*, p. 12-15; EUROPEAN LAW INSTITUTE *et. al.*: “European Commission’s...”, *cit.*, p. 17; EUROPEAN LAW INSTITUTE: “The Protection of Adults...”, *cit.*, p. 47.

¹²³ Vid. art. 59.1 de la Propuesta de Reglamento.

¹²⁴ Vid. art. 59.1 b) y 2 de la Propuesta de Reglamento.

18 años. Aunque el Reglamento es en gran medida una respuesta a los problemas creados por el envejecimiento de la población, hay que tener en cuenta que su ámbito de aplicación no se limita a las personas de edad avanzada, sino que abarca a todos los adultos mayores de 18 años, y, si la condición excepcional del artículo 2.2 de la Propuesta se cumple, incluso a personas más jóvenes¹²⁵.

B) La admisión de la elección de foro en materia de protección de adultos vulnerables.

68. La primera característica a destacar en relación con el sector de la competencia judicial internacional es la referencia directa que realiza la Propuesta de Reglamento a las normas de competencia previstas en el Capítulo II del Convenio de La Haya del 2000¹²⁶. En consecuencia, la regla general para la determinación de la competencia judicial en materia de protección de adultos vulnerables continuará siendo la residencia habitual del adulto, tal y como prevé el artículo 5.1 del Convenio de La Haya del 2000¹²⁷.

69. Esta regla vendrá complementada por el resto de foros previstos en el texto convencional. Principalmente, el Convenio recoge una competencia concurrente, aunque subsidiaria, a favor de las autoridades del Estado de nacionalidad del adulto (artículo 7 del Convenio). Igualmente, el texto convencional prevé un cierto número de competencias complementarias subordinadas al consentimiento de las autoridades del Estado de la residencia habitual (artículo 8 del Convenio). Y, de forma paralela, se admite la competencia de las autoridades del Estado en el que se encuentren situados los bienes del adulto para la adopción de las medidas de protección relativas a estos bienes (artículo 9 del Convenio) así como del Estado en cuyo territorio se encuentre el adulto o bienes que le pertenezcan para adoptar medidas de urgencia o medidas de protección de la persona de carácter temporal o territorial limitado (artículos 10 y 11 del texto convencional).

70. Ahora bien, a pesar de la citada remisión, el legislador de la UE ha introducido una modificación trascendental respecto al sistema de competencia diseñado en el marco de la Conferencia de La Haya. En efecto, la Comisión propone la introducción de la autonomía de la voluntad en el sector de la competencia judicial internacional¹²⁸.

71. Recordemos que el Convenio de La Haya del 2000 no permite una prórroga directa de la competencia, quizá porque se temía que se pudiera abusar de una libertad incontrolada de prorrogar la competencia en favor de las autoridades de otro Estado en detrimento del adulto interesado¹²⁹. Así, el artículo 8.2 d) del texto convencional simplemente otorga a las autoridades de un Estado Contratante, que tengan competencia en virtud del artículo 5 o 6 del Convenio, la posibilidad de solicitar a las autoridades de cuyo Estado “*el adulto haya escogido por escrito para que adopte medidas relativas a su protección*”. En el Informe Explicativo del Prof. Lagarde, se explicita como el reconocimiento de la autonomía

¹²⁵ J. VON HEIN: “Towards an EU Regulation...”, *cit.*

¹²⁶ Vid. Capítulo II de la Propuesta de Reglamento.

¹²⁷ Art. 5.1 del Convenio de La Haya del 2000: “*Las autoridades, tanto judiciales como administrativas, del Estado contratante de residencia habitual del adulto serán competentes para adoptar las medidas de protección de la persona o los bienes del adulto*”.

¹²⁸ Considerando 20 de la Propuesta de Reglamento: “*It is appropriate to supplement the system of international jurisdiction established by the HCCH 2000 Protection of Adults Convention to give due weight to the choice of jurisdiction made by adults in the Union. To better protect the right to autonomy of the adults, the choice of jurisdiction made by adults when making arrangements for their future representation should be respected without the need for additional proceedings in particular for the approval by the authorities of the Member States of the habitual residence of the adults. Nevertheless, taking into consideration that the personal or financial circumstances of an adult may evolve between the time when the choice of jurisdiction is made and the time when the adult is in need of protection, the courts chosen should have the possibility to assess whether the choice made by the adult is still in the interests of that adult at the time they are seised. This assessment should be made primarily with regard to the views of that adult, and the significance of the changes in his or her living conditions and assets since the time when the choice of jurisdiction was made*”.

¹²⁹ En este sentido, J. VON HEIN: “Towards an EU Regulation...”, *cit.*

de la voluntad de los adultos vulnerables viene acompañado de la necesidad de controlarla para asegurar su protección. En sus palabras “este recurso a la autonomía de la voluntad responde a la voluntad de reconocer y alentar la necesidad de autonomía de las personas incapacitadas. No obstante, como hay que tener igualmente en cuenta la especial vulnerabilidad de estas personas frente a las influencias externas a las que puedan estar sometidas, se decidió enmarcar esta autonomía situándola bajo el control de las autoridades de la residencia habitual del adulto”¹³⁰.

72. Contrariamente a este enfoque restrictivo, los artículos 6 y 7 de la Propuesta de Reglamento establecen un criterio de competencia adicional y no exclusivo aplicable en la UE cuando un adulto haya elegido el órgano jurisdiccional de un Estado miembro. Para ello, el artículo 6.1 del citado texto establece que las autoridades de un Estado miembro, distinto del Estado miembro en el que el adulto tenga su residencia habitual, serán competentes cuando se cumplan las tres condiciones siguientes de forma cumulativa: a) que el adulto haya elegido a las autoridades de dicho Estado miembro, cuando todavía estaba en condiciones de proteger sus intereses; b) que el ejercicio de la jurisdicción redunde en interés del adulto; c) que las autoridades de un Estado miembro competentes en virtud de los artículos 5 a 8 del Convenio de La Haya del 2000 no hayan ejercido su competencia. A continuación, los párrafos 2 y 3 del art. 6 de la Propuesta de reglamento contienen los requisitos formales, así como de la integración de la elección del tribunal por parte del adulto en el marco del Convenio de La Haya del 2000.

73. Esta introducción limitada del principio de la autonomía de la voluntad en el sector de la competencia judicial internacional debe ser acogida positivamente¹³¹. En efecto, este foro va en línea con la defensa de los derechos humanos de los adultos vulnerables y de las personas con discapacidad, de forma que se fomente su autonomía y sus preferencias¹³². De esta manera, también el adulto vulnerable involucrado en una situación transfronteriza en la UE podrá ejercer tal derecho. Adicionalmente, este foro se considera como un buen complemento a la disposición sobre elección de ley sobre poderes de representación del artículo 15 del Convenio de La Haya del 2000¹³³.

C) La remisión ¿total? de la Propuesta de Reglamento a las normas de conflicto del Convenio de La Haya del 2000

74. En el Capítulo III de la Propuesta de Reglamento se establecen las normas sobre el sector del Derecho aplicable con una referencia directa al Capítulo III del Convenio de La Haya del 2000¹³⁴. El Considerando 23 de la Propuesta clarifica que la referencia a dicho Capítulo debe ser completa, incluyendo las normas del artículo 16 del texto convencional relativas a la modificación o extinción de los poderes de representación. De esta manera, es evidente la vocación del legislador de la UE de asegurar una aplicación congruente del Reglamento.

75. En consecuencia, se sigue la regla general del artículo 13.1 del Convenio de La Haya del 2000 por el cual las autoridades competentes en virtud del texto convencional aplicarán su propia ley. De forma que el alcance espacial de las normas de competencia convencionales también determina indirectamente el alcance de sus normas de conflicto. En relación con este punto, se plantea la duda

¹³⁰ P. LAGARDE: “Convenio sobre protección...”, *cit.*, párr. 71.

¹³¹ De las tres opciones planteadas por la EAPIL, consideran esta opción como la de mayor alcance. Las otras dos consisten en a) otorgar competencia a los tribunales del Estado miembro de la elección de ley realizada por el adulto para regir los poderes de representación; c) incluir la elección del adulto condicionada en el marco de un foro de transferencia de la competencia. EUROPEAN ASSOCIATION OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW: “Position paper...”, *cit.*, p. 11. Igualmente propone la inclusión de un foro electivo la EUROPEAN LAW INSTITUTE: “The Protection of Adults...”, *cit.*, p. 34.

¹³² También en esta línea EUROPEAN ASSOCIATION OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW: “Position paper...”, *cit.*, p. 11.

¹³³ J. VON HEIN: “Towards an EU Regulation...”, *cit.*

¹³⁴ En concreto, tal remisión viene prevista en el art. 8 de la Propuesta.

sobre qué ocurrirá cuando los órganos jurisdiccionales de la UE sean competentes por una norma no prevista en el Convenio – fundamentalmente el nuevo foro relativo a la elección del órgano jurisdiccional de los artículos 6 y 7 de la Propuesta de Reglamento-. Y, en concreto, si el paralelismo pretendido solo funciona si se puede establecer al menos una jurisdicción hipotética en virtud de las normas del Convenio respectivo, o si basta con que esa jurisdicción se establezca de acuerdo con una disposición que solo se encuentra en el Reglamento respectivo¹³⁵. Duda que ya ha sido planteada en relación con otros instrumentos como el Reglamento Bruselas II bis y el Convenio de La Haya de 1996, y que fue clarificada por el legislador de la UE en un Considerando del nuevo Reglamento Bruselas II ter¹³⁶. Quizá en esta ocasión el legislador de la UE también debería recoger esta matización en un Considerando.

76. Por tanto, las futuras normas de conflicto del régimen de la UE no actualizarán ni modernizarán el sistema de La Haya. Así, por ejemplo, materias como la ley aplicable a los poderes de representación *ex lege* continuarán sin normas de conflicto específicas que garanticen una adecuada seguridad jurídica¹³⁷. En efecto, el distinto tratamiento de esta figura en los sistemas nacionales y la ausencia en muchas ocasiones de una norma de conflicto específica para determinar su ley aplicable, se ha identificado como una de las problemáticas fundamentales en la protección de adultos involucrados en situaciones transfronterizas. Sobre todo, en casos de intervenciones médicas urgentes, en las que los familiares e incluso los profesionales médicos se ven abocados a una gran inseguridad jurídica en un momento en el que se requiere una intervención médica inmediata. Por todo ello, el legislador de la UE debería reconsiderar su postura e incluir alguna norma de conflicto en la materia, como se ha recomendado desde distintos foros¹³⁸. Por ejemplo, introduciendo una norma de conflicto basada en la autonomía de la voluntad por la que se pueda elegir la ley de la residencia habitual del adulto para regir los poderes de representación *ex lege*¹³⁹.

D) La libre circulación de resoluciones y documentos públicos en la UE en materia de protección de adultos vulnerables

77. Una de las principales novedades de la Propuesta es el establecimiento de unas normas de reconocimiento y ejecución de resoluciones propias para la UE, en línea con las existentes en otros instrumentos de la Unión, intentando así alinear la respuesta aportada en este ámbito con la existente en otros sectores.

78. En primer lugar, la Sección 1 del Capítulo IV de la Propuesta de Reglamento prevé el reconocimiento automático de las medidas adoptadas por las autoridades de los Estados miembros¹⁴⁰, en aras del principio de reconocimiento mutuo, basado igualmente en el principio de confianza mutua en la UE. El reconocimiento automático se acompaña de una serie de motivos de denegación del recono-

¹³⁵ J. VON HEIN: “Towards an EU Regulation...”, *cit.*

¹³⁶ Considerando 92 del Reglamento Bruselas II ter: “La legislación aplicable en materia de responsabilidad parental debe determinarse de conformidad con las disposiciones del capítulo III del Convenio de La Haya de 1996. Al aplicar dicho Convenio en un procedimiento ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro en el que se aplique el presente Reglamento, la referencia que se hace en el artículo 15, apartado 1, de dicho Convenio a «las disposiciones del capítulo II» de dicho Convenio debe entenderse como una referencia a «las disposiciones del presente Reglamento»”.

¹³⁷ J. VON HEIN: “Towards an EU Regulation...”, *cit.*

¹³⁸ En relación con esta problemática vid. EUROPEAN ASSOCIATION OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW: “Position paper...”, *cit.*, p. 12-15; EUROPEAN LAW INSTITUTE *et. al.*: “European Commission’s...”, *cit.*, p. 17.

¹³⁹ En el marco del procedimiento de consultas, la ELI propone la inclusión de una norma de conflicto en los siguientes términos: “it would seem appropriate to adopt a choice-of-law rule inspired by that provided for in Article 15 of the Hague Convention. The choice-of-law rule concerning *ex lege* powers of representation could state as follows: “*Ex lege* powers of representation are governed by the law of the (Member) State in which the concerned adult has their habitual residence at the time when the powers are exercised”. EUROPEAN LAW INSTITUTE *et. al.*: “European Commission’s...”, *cit.*, p. 18.

¹⁴⁰ Vid. Art. 9 de la Propuesta.

cimiento que tienen por objeto¹⁴¹, en particular, salvaguardar los derechos fundamentales de los adultos en situaciones transfronterizas¹⁴².

79. Siguiendo con la ejecución, la Sección 2 del Capítulo IV de la Propuesta de Reglamento suprime el *exequatur* para las medidas adoptadas por las autoridades de un Estado miembro¹⁴³. Lo anterior viene complementado mediante la armonización mínima de ciertas normas procesales aplicables al invocar, impugnar o solicitar el reconocimiento, o al solicitar la ejecución de una medida ante las autoridades de un Estado miembro, previstas en la Sección 3 del referido Capítulo. Por tanto, el legislador de la UE ha optado por proponer el nivel máximo de integración en este sector, siguiendo los pasos realizados en otros Reglamentos en materia de DIPr¹⁴⁴.

80. Por último, la Propuesta de Reglamento también se ocupa del régimen de eficacia extraterritorial relativo a los documentos públicos con fuerza ejecutiva, esenciales para la materia tratada¹⁴⁵. Así, el artículo 17 de la Propuesta de Reglamento establece que un documento auténtico dictado en un Estado miembro deberá tener los mismos efectos probatorios que en el Estado miembro de origen en cualquier otro Estado miembro, siempre que no sea manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido. Esto incluye tanto el contenido como los hechos contenidos en ellos. Además, los documentos públicos con fuerza ejecutiva también ostentan la misma presunción de autenticidad y fuerza ejecutiva que en su Estado miembro de origen¹⁴⁶.

E) El nuevo certificado europeo de representación como gran protagonista de la Propuesta

81. Sin duda una de las principales novedades introducidas por la Propuesta de la Comisión constituye la creación de un certificado europeo de representación¹⁴⁷, el cual permitirá a los representantes de los adultos mostrar fácil y eficazmente sus poderes en otro Estado miembro¹⁴⁸. Por tanto, este certificado europeo sustituiría el certificado previsto en el artículo 38 del Convenio de La Haya del 2000. Por el contrario, este documento no sustituye a otros certificados utilizados en determinados Estados miembros.

82. Las certificaciones acompañarán a cualquier medida de protección o documento público con fuerza ejecutiva para su reconocimiento, ejecución o aceptación por las autoridades competentes de otros Estados miembros. Sin embargo, el certificado deberá utilizarse como documento independiente para mostrar los poderes del representante, en particular cuando necesite tratar con actores no judiciales en nombre o en apoyo del adulto¹⁴⁹.

¹⁴¹ Art. 10 de la Propuesta: “*The recognition of a measure taken in another Member State may be refused in the following cases: (a) if the measure was taken, except in a case of urgency, in the context of a judicial or administrative proceedings, without the adult having been provided the opportunity to be heard;*

(b) if such recognition is manifestly contrary to public policy of the Member State in which recognition is sought;

(c) if the measure is incompatible with a later measure taken in a third country which would have had jurisdiction under Article 5 or Article 6, where this later measure fulfils the requirements for recognition in the requested Member State;

(d) if the procedure provided in Article 14 has not been complied with”.

¹⁴² En relación con los motivos de denegación al reconocimiento, la ELI recomienda suprimir la aplicación en la UE del motivo previsto en el art. 22.2.a) del Convenio de La Haya del 2000, ya que no está en línea con el principio de confianza mutua. Vid., en este sentido, EUROPEAN LAW INSTITUTE: “The Protection of Adults...”, *cit.*, p. 37.

¹⁴³ Vid. art. 11 de la Propuesta de Reglamento.

¹⁴⁴ Con ello, el legislador de la UE sigue la última recomendación de la ELI, quien en un primer momento tan solo recomendaba la unificación del procedimiento de *exequatur*, pero posteriormente modificó su criterio recomendando su eliminación. Vid., en este sentido, EUROPEAN LAW INSTITUTE *et. al.*: “European Commission’s...”, *cit.*, p. 18.

¹⁴⁵ El Capítulo V del texto presentado por la Comisión establece las normas sobre la aceptación de documentos públicos con fuerza ejecutiva en un Estado miembro que han sido emitidos por las autoridades competentes de otro Estado miembro, facilitando así su circulación en el territorio de la Unión.

¹⁴⁶ Vid. COMISIÓN EUROPEA: “Proposal for a Regulation...”, *cit.*, p. 10.

¹⁴⁷ Desarrollado en el Capítulo VII de la Propuesta de Reglamento.

¹⁴⁸ Vid. COMISIÓN EUROPEA: “Proposal for a Regulation...”, *cit.*, p. 10.

¹⁴⁹ *Ibidem.*

83. Los Estados miembros han de designar una autoridad para expedir el certificado. Esta autoridad debe tener suficiente conocimiento del caso al que se refiere el certificado y acceso a la información pertinente para expedir rápidamente el certificado previa solicitud.

84. La instauración de un certificado a nivel europeo es una de las grandes reivindicaciones de la doctrina¹⁵⁰. Así, por ejemplo, Antón Juárez ya había propuesto la creación de un certificado europeo sobre los poderes de representación, en la línea del certificado sucesorio europeo¹⁵¹. Y, en este sentido, se puede afirmar que el certificado propuesto por la Comisión cumple con las características que la autora considera que debería tener el nuevo certificado europeo de representación¹⁵²: a) complementario respecto a otras figuras del Derecho nacional; b) no constitutivo; c) con un uso acotado; d) naturaleza distinta a la de una resolución judicial, transacción judicial o documento público; e) formalista; f) debe contener una presunción de veracidad.

85. Por todo ello, se debe concluir destacando el carácter positivo de este certificado, ya que este nuevo sistema va en línea con los sistemas de protección del adulto modernos, centrados en potenciar la autonomía de la voluntad de la persona vulnerable.

F) La modernización de las normas de protección de adultos vulnerables en situaciones transfronterizas a través del fomento de la cooperación y la comunicación entre las autoridades implicadas

86. Aparte de los logros expuestos en los sectores clásicos de DIPr, la Propuesta presentada por la Comisión Europea recoge la clara vocación de instaurar en la UE un sistema moderno, sobre todo en comparación con el régimen establecido en el Convenio de La Haya del 2000. Con esta finalidad, el Reglamento contiene normas sobre cuestiones procedimentales y técnicas, como la cooperación entre las autoridades competentes¹⁵³, el establecimiento y la interconexión de registros de protección¹⁵⁴, la comunicación digital¹⁵⁵, y la protección de datos¹⁵⁶.

87. La Sección 1 del Capítulo VI de la Propuesta de Reglamento, relativa a la cooperación, establece autoridades centrales para ayudar en el funcionamiento del Reglamento y mejorar la protección de los adultos en los casos transfronterizos que entran en el ámbito de aplicación del Reglamento. Así, la Propuesta establece procedimientos específicos para: a) la localización de un adulto o de una persona que pueda prestarle apoyo; b) la obtención del consentimiento de la Autoridad Central antes de que un adulto sea trasladado a otro Estado miembro; y c) el nombramiento de una autoridad pública o a una persona que actúe en nombre o bajo la supervisión de una autoridad pública como representante del adulto en el extranjero¹⁵⁷.

¹⁵⁰ I. ANTÓN JUÁREZ: “Viejos problemas...”, *cit.*, p. 263; P. FRANZINA: “La protección internacional de adultos...”, *cit.*, p. 138.

¹⁵¹ Sobre el certificado sucesorio europeo vid, por todos, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ: “Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 6, n.º 1, 2014, pp. 5-44; I. ANTÓN JUÁREZ: “La prueba de la condición de heredero en la Unión Europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 10, n.º 2, 2018, pp. 179-210; M. REQUEJO ISIDRO: “El certificado sucesorio (o de heredero) europeo: propuestas de regulación”, *Diario La Ley*, n.º 7185, 2009; C. ACÁRRAGA MONZONÍS: “El nuevo Reglamento de sucesiones. Aspectos escogidos”, en J. ALCAIDE-FERNÁNDEZ, Y E. W. PETIT DE GABRIEL (eds. lit.): *España y la Unión Europea en el orden internacional: XXVI Jornadas ordinarias de la Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales. Universidad de Sevilla, 15 y 16 de octubre de 2015*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 573-580; J.L. IGLESIAS BUHIGUES, (DIR.), G. PALAO MORENO, (DIR.) Y C. ACÁRRAGA MONZONÍS: *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

¹⁵² I. ANTÓN JUÁREZ: “Viejos problemas...”, *cit.*, pp. 271 y ss.

¹⁵³ Capítulo VI de la Propuesta de Reglamento.

¹⁵⁴ Capítulo VIII de la Propuesta de Reglamento.

¹⁵⁵ Capítulo IX de la Propuesta de Reglamento.

¹⁵⁶ Capítulo X de la Propuesta de Reglamento.

¹⁵⁷ COMISIÓN EUROPEA: “Proposal for a Regulation...”, *cit.*, p. 10.

88. A continuación, la Sección 2 del Capítulo VI de la Propuesta establece normas para la cooperación directa y la comunicación entre las autoridades, si es necesario a través de las autoridades centrales, para ayudar en la aplicación de una medida o en casos de peligro grave¹⁵⁸.

89. Como expresión de la protección de los derechos fundamentales de los adultos vulnerables en situaciones transfronterizas, también son de particular importancia las normas sobre el derecho a la asistencia jurídica gratuita. Esto garantiza el acceso del solicitante a la justicia en los procedimientos sobre el reconocimiento o no reconocimiento de una medida, o a la notificación o traslado de un documento en otro Estado miembro¹⁵⁹.

90. Como materialización de la vocación de legislador de la UE de facilitar la labor de las autoridades implicadas y asegurar la continuidad de la protección de los adultos vulnerables en los distintos Estados miembros de la UE, el Capítulo VIII de la Propuesta de Reglamento se esfuerza por mejorar el suministro de información sobre la protección de un adulto a las autoridades competentes de la UE. Esto garantiza que las medidas adoptadas en otro Estado miembro o los poderes de representación otorgados por el adulto en otro Estado miembro se respeten en toda la UE. Para asegurar este acceso a la información, el legislador de la UE propone obligar a los Estados miembros a crear uno o varios registros de las medidas adoptadas por sus autoridades¹⁶⁰. E incluso, cuando el Derecho nacional prevea poderes de representación ratificados por una autoridad competente, los Estados miembros deben crear un registro de dichos poderes de representación ratificados¹⁶¹.

91. Por último, el Capítulo IX de la Propuesta de Reglamento prevé el uso obligatorio de la comunicación digital entre autoridades competentes o autoridades centrales, y el uso opcional de la comunicación digital entre personas físicas y autoridades competentes.

IV. ¿Una propuesta que marca el cambio a seguir?

92. En el presente trabajo se ha identificado la protección y promoción de los derechos de los adultos vulnerables como uno de los grandes desafíos de las sociedades posmodernas. Igualmente, como característica inherente del mundo global e interconectado en el que vivimos, se ha constatado que tal proyección debe alcanzar no solo a las situaciones internas sino también a las cada vez más frecuentes situaciones transfronterizas.

93. Este reto debe aproximarse poniendo como centro de gravedad al adulto vulnerable y su autonomía, siguiendo el cambio de paradigma protagonizado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

94. La actual divergencia en las normas materiales y de DIPr en los Estados miembros de la UE, y la consecuente inseguridad jurídica existente, genera problemas con una lógica propia que solo pueden ser resueltos a través de una respuesta común desde los distintos Estados miembros. En este marco, la intervención de la Unión debe ser bienvenida, pues demuestra su creciente preocupación por la protección de los derechos humanos en el marco del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la UE. De aprobarse, el nuevo Reglamento sobre protección de adultos será un paso más en el camino hacia Unión Europea por y para las personas, centrada en el respeto y promoción de sus derechos humanos.

¹⁵⁸ El artículo 27 de la Propuesta de Reglamento garantiza la comunicación directa entre las autoridades judiciales y administrativas.

¹⁵⁹ COMISIÓN EUROPEA: “Proposal for a Regulation...”, *cit.*, p. 10.

¹⁶⁰ Esta es una de las recomendaciones de la EUROPEAN LAW INSTITUTE *et. al.*: “European Commission’s...”, *cit.*, p. 14.

¹⁶¹ Los Estados miembros también deben garantizar que dichos registros, así como cualquier otro registro existente de poderes de representación creado en virtud del Derecho nacional, estén conectados entre sí a través de un sistema de interconexión desarrollado por la Comisión. COMISIÓN EUROPEA: “Proposal for a Regulation...”, *cit.*, p. 10.

95. La opción dual elegida por la Comisión, consistente en la construcción de un modelo institucional sobre la base del ya existente modelo universal recogido por el Convenio de La Haya del 2000 parece la más adecuada. Con ello, se refleja la realidad actual, en la que la movilidad de las personas supera a las fronteras de la Unión. Ahora bien, sería deseable que la ratificación de terceros Estados se promoció para maximizar la utilidad del texto convencional.

96. Igualmente son bienvenidas las propuestas que regirán solo entre Estados miembros de la UE, destacando como grandes protagonistas el nuevo foro electivo y el certificado europeo de representación. Dos medidas que permitirán encauzar de forma más adecuada la autonomía de los adultos vulnerables involucrados en situaciones transfronterizas. Todo ello acompañado de las medidas de cooperación, comunicación y digitalización que facilitarán la adecuada respuesta por parte de las autoridades involucradas.

97. A pesar de la valoración global positiva de la Propuesta, algunos retos continuarán pendientes. Fundamentalmente, la ya intrínseca complejidad del Derecho Internacional privado de la UE, en la que se deberá combinar una vez más la aplicación de dos instrumentos de origen y ámbito diferenciados. Igualmente, en relación con la materia tratada, el legislador de la UE debería reconsiderar su postura sobre los poderes de representación *ex lege*, ofreciendo una respuesta concreta a esta problemática.

La adaptación de la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio, en materia de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos a la cuarta revolución industrial

The adjustment of the product liability Directive 85/374/EEC of 25 July to the fourth industrial revolution

PALOMA GONZÁLEZ BELUCHE

*Investigadora predoctoral FPI de Derecho Civil
Universidad Carlos III de Madrid*

ORCID ID: 0000-0002-9769-3565

Recibido: 12.04.2023 / Aceptado: 10.05.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.8065

Resumen: La responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos se unificó a nivel europeo con la promulgación de la Directiva 85/374/CEE. Esta normativa ha facilitado, hasta la fecha, un marco legal estable en el que los usuarios y consumidores han sido suficientemente protegidos, a la vez que ha procurado una razonable seguridad jurídica para incentivar la innovación. A día de hoy, sin embargo, el progreso y las nuevas tecnologías emergentes la han convertido en obsoleta, lo que exige inexcusablemente su actualización para que pueda seguir respondiendo de forma adecuada y suficiente a las reclamaciones por daños causados por productos defectuosos.

El objeto del presente trabajo es el análisis de este nuevo contexto y de las respuestas que la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos*, publicada por la Comisión Europea el 28 de septiembre de 2022, ofrece a los problemas nacidos en esta cuarta revolución industrial.

Palabras clave: responsabilidad civil, producto defectuoso, nuevas tecnologías, inteligencia artificial, cuarta revolución industrial.

Abstract: Liability for defective products was unified at European level with the enactment of Directive 85/374/EEC. This legislation has provided thus far a stable legal framework in which users and consumers have been sufficiently protected and at the same time reasonable legal certainty to encourage innovation. At present, however, progress and new emerging technologies have rendered it obsolete. Its updating is essential so that it can continue to respond adequately and sufficiently to claims for damages caused by defective products.

The purpose of this paper is to analyze this new context and the answers that the *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on product liability*, published by the European Commission on 28 September 2022, gives to the problems arising from this fourth industrial revolution.

Keywords: civil liability, defective product, new technologies, artificial intelligence, fourth industrial revolution.

*Trabajo realizado en el marco del Proyecto de I+D+i PID2020-115352GB-I00, sobre “Daños en el entorno digital. nuevos desafíos en torno a su reparación”, financiado por AEI/10.13039/501100011033.

Sumario: I. Introducción. 1. La Directiva 85/374/CEE en el contexto actual. 2. La inexorable actualización de la Directiva. II. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. 1. La noción de producto y de componente. 2. El concepto de defecto. 3. Los sujetos responsables. 4. La prueba. 5. Los daños indemnizables. 6. Las causas de exoneración. 7. La duración del régimen y la prescripción. III. Conclusiones.

I. Introducción

1. La Directiva 85/374/CEE en el contexto actual

1. ¿Quién es responsable si un vehículo autónomo atropella a un peatón? ¿Qué respuesta nos ofrecería el ordenamiento jurídico si un paciente sufre daños al fallar la prótesis personalizada que le han implantado fabricada con una impresora 3D? ¿Quién responde por los daños causados a documentos, datos y archivos si el software de un ordenador falla? ¿Y por los de un sistema de riego para cultivos automatizado que, a consecuencia de su falta de seguridad, sufre un ciberataque y estropea la cosecha?

2. En el momento actual novedosas tecnologías inteligentes – tales como el “IoT”¹, la inteligencia artificial², la impresión 3D³, entre otras – están siendo introducidas en múltiples sectores de la industria y permiten desarrollar nuevos productos y servicios con un mayor valor añadido. Sin embargo, el marco legislativo vigente no alcanza a resolver todos los problemas que pueden surgir en esta nueva era digital.

3. A día de hoy, los Estados miembros de la Unión Europea ofrecen una respuesta sustancialmente común y estandarizada en materia de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, ya que su marco jurídico -que se concreta, fundamentalmente, en la responsabilidad objetiva del fabricante- está armonizado; la UE, hace 37 años, unificó el mercado común con la adopción de la Directiva 85/374/CEE para evitar distorsiones en la competencia⁴ y proteger correctamente a todos los perjudicados⁵.

¹ También denominado “Internet de las cosas”, hace referencia a aquellos objetos físicos *conectados* -a través de sensores, software y otras tecnologías- que realizan intercambios de datos con otros dispositivos y sistemas por internet.

² Este término incluye a aquellas máquinas o sistemas que imitan funciones propias de la mente humana, esto es, que potencialmente pueden desarrollar conductas a partir del aprendizaje y del razonamiento. La última publicación europea que se pronuncia sobre este concepto, lo define (modificando la redacción anterior propuesta) en los siguientes términos: “*sistema concebido para funcionar con elementos de autonomía que, a partir de datos e información generados por máquinas o por seres humanos, infiere la manera de alcanzar una serie de objetivos, utilizando para ello estrategias de aprendizaje automático o estrategias basadas en la lógica y el conocimiento, y produce información de salida generada por el sistema, como contenidos (sistemas de inteligencia artificial generativa), predicciones, recomendaciones o decisiones, que influyen en los entornos con los que interactúa*”. Redacción propuesta para el art. 3 (1) del Reglamento, según el GRUPO TELECOM DEL CONSEJO EUROPEO, Orientación general, sobre la propuesta de Reglamento por el que se establecen normas armonizadas en el ámbito de la inteligencia artificial (Reglamento de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión, de 25 de noviembre de 2022, Expediente interinstitucional: 2021/0106(COD). Disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/es/meetings/tte/2022/12/06/> (Consultado el 1 de febrero de 2023), p.71.

³ Esta tecnología permite a partir de modelos digitales, que se reproducen mediante la superposición de capas de material, crear objetos tridimensionales. La COMISIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS DEL PARLAMENTO EUROPEO afirma que se trata, en realidad, de “*un término genérico que abarca diversos tipos de tecnologías que permiten, a partir de un archivo digital y mediante el uso de una impresora 3D, fabricar objetos físicos a partir de materiales diversos*” en: Impresión tridimensional, un reto en el ámbito de los derechos de propiedad Intelectual y de la responsabilidad civil, 26 junio 2018, PE618.019v03-00; Disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0223_ES.pdf\(n\)](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0223_ES.pdf(n)), (Consultado el 10 de octubre de 2022), p.10.

⁴ No se trata de una Directiva de mínimos, los Estados miembros sólo pueden alejarse de lo señalado por la Directiva 85/374/CEE en lo expresamente previsto (STJUE 25 abril 2002, C-183/2000, Caso González Sánchez, 2002). Vid. M.J. SANTOS MORÓN, “Responsabilidad por productos defectuosos”, en A. Soler Presas y P. Del Olmo (Coord.), Practicum daños, Navarra, Thomson Reuters, 2019.

⁵ El legislador europeo siguió los pasos que EEUU marcó como país pionero en superar la exigencia de que existiera una relación contractual entre perjudicado y causante del daño -al constatar que resultaban insuficientes para la protección de las víctimas- y acudir a la responsabilidad civil extracontractual -en la que, gradualmente, se dejó de lado la culpa hasta establecer el principio de responsabilidad objetiva del fabricante-. J. MARCO MOLINA, *La responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos. Fundamentos y aplicación*, Barcelona, Atelier, 2007, pp. 19-42.

4. En términos generales, el productor⁶ – a quien se considera como el sujeto mejor situado para prevenir los defectos en sus productos⁷ y con una mayor capacidad para asumir, y distribuir, los costes⁸ – responde objetivamente (Cdo. 2 y art. 1 Directiva) por los daños causados en la vida y salud o en la propiedad de los perjudicados (Cdo. 9 y art. 9 Directiva)⁹ por aquellos productos¹⁰ defectuosos que introduzca en el mercado, esto es, por aquellos que, una vez han sido “*puestos en circulación*”, no ofrezcan la seguridad “*que legítimamente cabe esperar*”¹¹. Si bien, siempre que el dañado acredite el daño, el defecto y la relación causal entre ambos (Cdo. 4 Directiva y art. 139 TRLC) y que no concurra ninguna de las causas de exoneración previstas en la normativa, que libere al responsable de indemnizar los daños causados (Art. 6.2 y 7 Directiva y art. 140 TRLC).

5. Así las cosas, en el entorno europeo, al aplicar la normativa de productos defectuosos, los tribunales han ofrecido respuestas similares. Han responsabilizado al fabricante en supuestos como los siguientes¹²: frente a un perjudicado que padeció un efecto secundario nocivo -del que no se le informó- como consecuencia del uso de un medicamento¹³ o frente a otro que sufrió lesiones físicas tras la rotura de la horquilla delantera de su bicicleta de montaña mientras realizaba un ascenso en

⁶ Según los arts. 3 de la Directiva 85/374/CEE, 5 y 138 del Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, RDL 1/2008, (en adelante, TRLC), se incluye en esta noción al fabricante del producto y al importador de productos no comunitarios (para evitar que los ciudadanos europeos puedan resultar perjudicados si en el país de origen del producto el régimen de responsabilidad del productor es menos favorable). Además, existen otra serie de sujetos englobados bajo este término que pueden ser considerados responsables: el fabricante de cada uno de los componentes y el que se publicite como tal -esto es, el fabricante “aparente”-. Asimismo, será subsidiariamente responsable el suministrador cuando no identifique oportunamente fabricante; acerca de esta obligación, vid: J. SOLÉ I FELIU, “Responsabilidad del suministrador y daños causados por productos defectuosos. comentario a la STS de 21 de enero de 2020 (RJ 2020/646)”, Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil, n° 114, 2020, pp. 345-374. R. DE ANGEL YÁGUEZ, “La responsabilidad civil de los suministradores”, Estudios de Deusto, n° 2, 52, 2013, pp. 11-68.

⁷ Con claridad, la STS 21 enero 2020, RJ 2020/646, [Ponente: PARRA LUCÁN] refleja que: “*se trata de una opción de política legislativa justificada (...) son los fabricantes quienes están en mejores condiciones para evitar y prevenir el carácter defectuoso de sus productos*”. Autores europeos subrayan también estas razones preventivas, que pretenden evitar la propagación o dispersión del daño. V. PIRE, “Les limites de la responsabilité du fournisseur au sens de la Directive 85/374/CEE relative à la responsabilité du fait des produits défectueux (a propos de l’arrêt prononcé le 10 janvier 2006 par la C.J.C.E., O’byrne)”, Revue européenne de droit de la consommation, n°4, 2005, pp. 347-351. Con precisión -añaden otros autores- aquellos que se benefician económicamente de la comercialización del producto, deben asumir la responsabilidad por el riesgo causado. Y. MARKOVITS, *La directive C.E.E. du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux*, J. GHESTIN (dir.), Paris, LGDJ, 1990, p. 153.

⁸ De manera que -se afirma- los fabricantes actúan como una “*clearing house*” (cámara de compensación) por la totalidad de los daños causados por sus productos, en tanto pueden trasladar estos costes a sus consumidores, quienes se benefician de sus productos. B. A. KOCH / H. KOZIOL, “Comparative conclusions”, en B. A. KOCH, y H. KOZIOL (Coord.), *Unification of tort law: Strict liability*, The Hague, Kluwer Law International, 2002, p. 413. PARRA LUCÁN aclara que “*se consideró preferible que no se multiplicaran los seguros de responsabilidad entre los distintos miembros de la cadena de elaboración y distribución de los productos cuando, en definitiva, es el fabricante quien está en mejores condiciones de absorber el daño a través de los precios y de su repercusión en el seguro que concierte*” en *La protección del consumidor frente a los daños*, Madrid, Reus, 2011, p. 147.

⁹ Como veremos, no todos los daños causados por un producto defectuoso pueden ser indemnizados al amparo de la Directiva 85/374/CEE, sino que sólo lo serán aquellos comprendidos en los intereses protegidos: la vida y salud y la propiedad del consumidor.

¹⁰ De acuerdo con el art. 2 de la Directiva, esta noción es amplia; incluye a “*cualquier bien mueble*”, incluso a aquellos que se incorporan a un inmueble y, además, incorpora expresamente en este concepto a la electricidad. En el mismo sentido, aunque también incluye de forma expresa el gas, el art. 136 TRLC.

¹¹ La lectura del art. 6 de la Directiva 85/374/CEE permite apreciar que la de “defecto” es una noción flexible, que, además, se evalúa atendiendo a las circunstancias del caso concreto (especialmente, su presentación, su uso razonable y el momento de su puesta en circulación). Por ello, se acude a criterios objetivos para valorar su existencia: a las expectativas del consumidor medio –tratando de otorgar un significado libre de perspectivas subjetivas de sujetos concretos al concepto de “*legítima expectativa de seguridad*” – o a la relación de riesgo-utilidad – que, simplificándola, evalúa la defectuosidad en función de “*si una persona razonable concluye que el peligro derivado del uso o consumo del producto es mayor que su utilidad*”-. J. SOLÉ I FELIU, *El concepto de defecto del producto en la responsabilidad civil del fabricante*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pp.104; 132-133.

¹² Profundiza sobre esta cuestión en derecho comparado: D. WUYTS, “The Product Liability Directive - More than two decades of defective products in Europe”, *Journal of European Tort Law*, n° 1-5, 2014, pp.1-34.

¹³ El tribunal francés responsabilizó al fabricante de un medicamento por los daños cutáneos sufridos por un paciente, que no se encontraban oportunamente advertidos. Cour de Cassation (1^{er} Civ), 6 octubre 2011, n°10-21709, 2011.

una carretera de difícil acceso¹⁴; también en el caso de un menor que sufrió daños en un ojo debido a la falta de seguridad del aparato dental que llevaba¹⁵ y en el de bebés que desarrollaron caries en sus dientes de leche por ingerir un producto preparado para lactantes¹⁶, así como frente a una persona que perdió parte de la visión de un ojo por el estallido de una botella de gaseosa que cogió de la estantería del supermercado¹⁷. Y, si bien la anterior ha sido la respuesta común de los Estados miembros cuando un producto defectuoso ha causado daños y éstos ha sido reclamados al amparo de la Directiva 85/374/CEE¹⁸, no era ésta la única alternativa para las víctimas: dado que este instrumento no impide la aplicación de otras normas de responsabilidad contractual o extracontractual previstas en los ordenamientos nacionales (Cdo.13 y art.13 Directiva), los perjudicados también hubieran podido acudir a ellas¹⁹ para reclamar los daños sufridos²⁰.

6. Ahora bien, el escenario que sirvió como punto de partida a la Directiva 85/374/CEE – caracterizado, a pesar de que ya se hablaba de “una época de creciente tecnicismo” (Cdo. 2), por productos tangibles puestos en circulación en un momento concreto y determinado, habitualmente por su fabricante y no sujetos a posteriores modificaciones²¹–, ha sufrido una vertiginosa evolución a lo largo de cuatro décadas. Por más que en 1985 era impensable la fabricación de objetos que fueran capaces de actualizarse o de recopilar información de su entorno para mejorar su rendimiento, inimaginable la construcción de coches de conducción autónoma cuyo software tomara decisiones al volante, inconcebible el desarrollo de impresoras que fabricaran objetos tridimensionales personalizados a partir de simples diseños o de robots que operasen en lugar de las manos del médico, a día de hoy, y cada vez más, resultan ser productos cotidianos.

¹⁴ El tribunal consideró que la bicicleta, publicitada como “de montaña”, debía haberse construido con otros materiales para haber podido cumplir con el uso para el que estaba anunciada y prevista. Tribunale di Monza, 20 julio 1993, *Tentori Umberto vs. Ditta Rossin s.n.c.*, 1993.

¹⁵ En este caso, el menor llevaba un aparato dental y sufrió una lesión en el ojo al quitárselo sin desprender primero el elástico que lo acompañaba. El razonamiento del tribunal para determinar la defectuosidad del producto y, en consecuencia, la responsabilidad del fabricante, fue el siguiente: dado que los aparatos dentales están destinados principalmente a los niños pequeños, la posibilidad de que tales hechos ocurrieran debió preverse por el fabricante, dado que éstos no tienen la misma capacidad que los adultos para evaluar los peligros inherentes a tales productos. Arrêt Cour de Cassation de Belgique, 26 septiembre 2003, n° Rôle: C020362F (ECLI:BE:CASS:2003:ARR.20030926.5), 2003.

¹⁶ En este asunto, la Corte Suprema Alemana determinó la responsabilidad del fabricante por la violación de su deber de información por no advertir suficientemente a los padres de los riesgos ligados al consumo del producto en cuestión. Bundesgerichtshof, 12 noviembre 1991, (“Kindertee I”), BGHZ 116, 60, 67, 69.

¹⁷ En este caso, un cliente de un supermercado cogió de un estante una botella de cristal que contenía gaseosa, para depositarla en la cesta y comprarla, no obstante, ésta estalló en el momento de depositarla causándole diferentes lesiones. El fabricante “La Casera” fue condenado responsable. STS 21 febrero 2003 (RJ 2003/2133).

¹⁸ Profundiza sobre este tema: M. CANNARSA, *La responsabilità del fait des produits défectueux: étude comparative*, Lille, Atelier national de reproduction des thèses, 2004. En particular, sobre las bases del ordenamiento italiano: G. PONZANELLI, “La responsabilità per prodotti e servizi difettosi: Il modello italiano”, en Ponzanelli, G. (coord.), *La responsabilità civile: Tredici variazioni sul tema*, Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2002, pp. 349 a 360.

¹⁹ Salvo que esas otras normas de responsabilidad extracontractual tengan el mismo fundamento que las previstas en la Directiva 85/374/CEE. En la STJUE 25 abril 2002, C-183/2000 (Caso González Sánchez), el TJUE subrayó que el contenido del art. 13 de la Directiva 85/374/CEE debía interpretarse en el siguiente sentido: “los derechos que los perjudicados por los daños causados por productos defectuosos tuvieren reconocidos conforme a la legislación de un Estado miembro, en virtud de un régimen general de responsabilidad que tenga el mismo fundamento que el establecido por esta Directiva, pueden verse limitados o restringidos como consecuencia de la adaptación del ordenamiento jurídico interno de dicho Estado a lo dispuesto en la mencionada Directiva”.

²⁰ Según WUYTS señala, el número de reclamaciones basadas en las normativas nacionales era comparativamente alto frente a aquellas con base en la Directiva 85/374/CEE. Aunque los motivos sean difíciles de precisar, el hecho de que la Directiva (art. 13) no limite la aplicación de otras normas de responsabilidad o, precisamente, la necesidad de acudir a ellas para poder alcanzar una indemnización íntegra del daño son factores de notable influencia. No obstante, afirma que, con el transcurso del tiempo, cada vez un mayor número de reclamaciones se plantearon con base en la Directiva. D. WUYTS, “The product liability directive...”, cit., p.2. Sobre la evolución de las reclamaciones por productos tras la implementación de la Directiva en Italia: E. RAJNERI, “Interaction between the European Directive on product liability and the former liability regime in Italy”, *Global Jurist*, n° 1-4, 3, 2004.

²¹ Así lo indica C. GÓMEZ LIGÜERRE, “La Propuesta de Directiva sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos”, *InDret*, n° 4, 2022, p.1.

7. Aunque no existen evidencias de que estos productos deban considerarse menos seguros que los tradicionales – y, de hecho, es previsible que sean sometidos a estrictos parámetros de seguridad en la normativa administrativa venidera²²–, igual que en el caso de cualquier otro producto o tecnología, su uso, sin duda, conlleva riesgos que, de materializarse, causarán daños y ello preocupa a las instituciones europeas.

8. A principios del 2017, el Parlamento Europeo puso de manifiesto la insuficiencia del marco jurídico existente en materia de productos defectuosos frente a la nueva realidad tecnológica²³ y, antes de que acabara el año, los presidentes de la Comisión, el Parlamento y el Consejo acordaron, como prioridad legislativa, alcanzar un elevado nivel de protección respecto de los datos, los derechos digitales y los estándares éticos que permitiera capturar los beneficios y evitar los riesgos en el ámbito de la inteligencia artificial y la robótica²⁴. Apenas unos meses más tarde, en abril de 2018, la Comisión Europea abordó esta materia e hizo público un primer documento de trabajo²⁵ donde recalcó que tanto la decisión de las empresas de invertir en estas tecnologías, como su uso por parte de los usuarios, influirían profundamente en su desarrollo; concluyendo que ambas decisiones estarían marcadas por la existencia de un marco legal claro que garantizase una solución a esos potenciales daños, que distribuyera correctamente los riesgos y que fuera claro y estable; en definitiva, que aportase seguridad jurídica. Con este loable objetivo, la Comisión constituyó un Grupo de Expertos en responsabilidad y nuevas tecnologías²⁶ y el fruto de su trabajo quedó compilado en el “*EGNLT Report*”²⁷.

9. Dicho *report* refleja que las novedosas tecnologías de carácter digital y los productos derivados de ellas cuentan con singulares características²⁸. Así, es notoria su complejidad, al ser productos y tecnologías dependientes de múltiples factores y sujetos, tanto en su fabricación como en su operatividad. Precisamente por ello, su funcionamiento no es siempre evidente y puede resultar complicado identificar el elemento que ha fallado, lo que nos lleva a destacar su opacidad. Tampoco debe pasarse por alto su carácter abierto, al estar sujetos a la instalación de otros sistemas o actualizaciones para funcionar, así como su dependencia de datos que recopilan, generan y analizan. Y no menos importante resulta su autonomía²⁹, ya que estos productos y tecnologías cuentan con capacidad de autoaprendizaje, lo que –entre otros factores– provoca su impredecibilidad. Por último, aunque sin ánimo de exhaustividad, no se ignora que, en parte ocasionada por la caracterización mencionada, también es manifiesta su vulnerabilidad frente a ciberataques. De todas estas señaladas singularidades no parece difícil inferir las

²² P. JOURDAIN, “La responsabilité du fait des produits défectueux”, en G. VINEY, S. CARVAL, P. JOURDAIN y J. GHESTIN (Coord.), *Les régimes spéciaux et l’assurance de responsabilité*, Issy-les-Moulineaux Cedex, LGDJ, 2017, p.13.

²³ PARLAMENTO EUROPEO, Resolución de 16 de febrero de 2017, con Recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL)). Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_ES.pdf, (Consultado el 15 de septiembre de 2022).

²⁴ Joint declaration of PRESIDENTS OF THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL AND THE EUROPEAN COMMISSION on the EU’s legislative priorities for 2018-19. Disponible en https://ec.europa.eu/info/publications/joint-declaration-eus-legislative-priorities-2018_en, (Consultado el 6 octubre de 2022), p.2

²⁵ COMISIÓN EUROPEA, Commission Staff Working Document Liability for emerging digital technologies accompanying Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Artificial intelligence for Europe, 25 abril 2018, COM(2018) 237 final, Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018SC0137&from=en>, p. 2.

²⁶ En marzo de 2018, la Comisión Europea formó el Grupo de expertos en responsabilidad y nuevas tecnologías, para que operasen en dos ramas: por un lado, la revisión de la Directiva de Productos y, por otro, la de Nuevas Tecnologías. Disponible en: <http://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?do=groupDetail.groupDetail&groupID=3592>, (Consultado el 4 octubre de 2022).

²⁷ EXPERT GROUP ON LIABILITY AND NEW TECHNOLOGIES (COMISIÓN EUROPEA), “Liability for artificial intelligence and other emerging digital technologies”, 2019, Disponible en: <https://data.europa.eu/doi/10.2838/573689>.

²⁸ Estas características quedan recogidas en la primera conclusión del EGNLT Report: “*Key finding 1: complexity, opacity, openness, autonomy, predictability, data-drivenness and vulnerability*”, pp. 32-34.

²⁹ CHESTERMAN hace hincapié en que la autonomía no es una “cualidad misteriosa” ligada al sistema de Inteligencia artificial, sino que más bien se trata de una serie de cuestiones sobre si se está transfiriendo a una máquina la autoridad humana para tomar decisiones, cómo y con qué garantías. S. CHESTERMAN, “Artificial intelligence and the problem of autonomy”, *Notre Dame Journal on Emerging Technologies*, NUS Law Working Paper, n° 2019/016, 1, 2020, pp. 210-250.

muchas dificultades con las que un perjudicado puede encontrarse para detectar el defecto en un producto que le cause daños, acreditar la relación de causalidad entre el defecto y el daño o identificar al sujeto responsable de los mismos.

10. Así las cosas, si bien las reglas vigentes siguen ofreciendo una protección básica a los perjudicados³⁰, el disruptivo desarrollo tecnológico puede propiciar situaciones que la normativa actual no alcance a resolver y, consecuentemente, desigualdades entre las víctimas de productos tradicionales frente a los de nuevas tecnologías³¹, o contextos en los que se produzca una incorrecta distribución de riesgos que, a la postre, provoque una falta de inversión en ellas resultando en un límite a la innovación. Por todo ello, el Grupo de Expertos en nuevas tecnologías de la Comisión no dudó en afirmar que la rectificación de esta situación requiere adecuar los regímenes jurídicos de responsabilidad, tanto europeo como nacionales³².

2. La inexorable actualización de la Directiva

11. Lo cierto es que no resulta evidente cómo llevar a cabo esta adaptación dada la variedad de tecnologías y nuevos productos que existen y, en particular, se plantea una singular problemática en el supuesto de la Inteligencia Artificial (en adelante, “IA”). En el caso de esta última, desde los primeros cuestionamientos, se ha planteado si una reforma de la actual Directiva 85/374 de 25 de julio de 1985 (modificada por la Directiva 1999/34) en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos sería suficiente para resolver los problemas que surgen en torno a la reparación de los causados por este tipo de sistemas o si, por el contrario, sería necesario un régimen especial.

12. Precisamente, con la intención de aportar una respuesta, el Parlamento Europeo emitió la Resolución de 20 de octubre de 2020, *con recomendaciones destinadas a la Comisión Europea sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de IA*³³ acompañada de una *Propuesta de Reglamento para regular la responsabilidad civil por el funcionamiento de estos sistemas*³⁴. En dicha Resolución, el Parlamento reivindicó que la armonización del mercado único digital era necesaria y debía ser plena. A tal efecto, subrayó la imperiosa necesidad de, por un lado, actualizar la Directiva de productos para adaptarla a todas las novedosas tecnologías digitales³⁵ (y no sólo a la IA³⁶) y poder seguir aplicándola

³⁰ La COMISIÓN EUROPEA afirmó, sobre la Directiva 85/374/CEE, que desde su adopción había acompañado numerosas evoluciones tecnológicas garantizando seguridad jurídica para todas las partes implicadas. COMISIÓN EUROPEA, Commission Staff Working Document Liability for emerging digital technologies..., cit., p.17. Además, junto con esta Directiva se encuentran los regímenes de responsabilidad de los Estados miembros que garantizan al menos una protección básica de las víctimas cuyos daños son causados por el funcionamiento de nuevas tecnologías, como afirmara el GRUPO DE EXPERTOS DE LA COMISIÓN EUROPEA en el EGNLT Report, pp. 3 y 17.

³¹ Así lo afirma el GRUPO DE EXPERTOS DE NUEVAS TECNOLOGÍAS, que subraya que las características específicas de estas tecnologías y sus aplicaciones pueden hacer más difícil ofrecer a estas víctimas una reclamación de indemnización. EGNLT Report, p. 5.

³² EGNLT Report, p.5.

³³ PARLAMENTO EUROPEO, Resolución de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial que recoge una Propuesta de Reglamento relativo a la responsabilidad civil por el funcionamiento de sistemas de inteligencia artificial (2020/2014(INL)). Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276_ES.html#title1.

³⁴ No confunda el lector la Resolución de 20 de octubre de 2020 que incluía la Propuesta de Reglamento que acaba de citarse con la que, posteriormente, fue publicada el 21 de abril de 2021: PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO EUROPEO, Propuesta de Reglamento por el que se establecen normas armonizadas en materia de Inteligencia artificial (LEY DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión (Bruselas), COM (2021) 206 Final. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021PC0206&from=ES>.

³⁵ En la Resolución -con recomendaciones a la Comisión sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de IA- puede leerse que “(...) la Directiva sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos ha demostrado ser durante más de treinta años un medio eficaz para obtener una indemnización por un daño causado por un producto defectuoso, pero que, no obstante, debe revisarse para adaptarla al mundo digital”. PARLAMENTO EUROPEO, Resolución de 20 octubre 2020..., cit., p. 7.

³⁶ WENEDORST coincide en que, independientemente de la Inteligencia artificial, la Directiva 85/374/CEE de responsabili-

a las reclamaciones de responsabilidad frente al productor y, por otra parte, considerando el relevante papel que otros sujetos -que usan, se benefician, influyen o controlan el sistema de IA- pueden potencialmente tener en la producción de daños³⁷, sugirió la adopción de un nuevo régimen especial que permitiera plantear reclamaciones frente a los que denominó “operadores” de estos sistemas³⁸. En estas novedosas reglas especiales para la IA, formuladas como una Propuesta de reglamento, se distinguían dos potenciales responsables³⁹: el operador inicial (“*back-end operator*”), que era, según el art.3 e), aquel sujeto encargado de definir las características de la tecnología, de proveer datos y de prestar un servicio de apoyo final esencial para la operatividad del sistema (v.gr. el fabricante de un robot para la domótica); y el operador final (“*front-end operator*”), que se identificaba, de acuerdo con el art. 3 f), con aquella persona que ejercía cierto control sobre el riesgo asociado al funcionamiento del sistema de inteligencia artificial, beneficiándose de él (v.gr. el usuario del robot)⁴⁰. Diferenciados los operadores, la responsabilidad del operador inicial (“*back-end operator*”) era remitida a la Directiva de productos defectuosos -la cual, precisamente por ello, debía ser modificada- y cuando el sistema de IA⁴¹ causara daños, se preveía, fundamentalmente⁴² respecto del operador final, un régimen general de responsabilidad por culpa⁴³ y otro, de responsabilidad objetiva⁴⁴, para casos excepcionales de sistemas del alto riesgo⁴⁵ -que se prevenía que deberían ser recogidos en un anexo al Reglamento (Cdo.16)-.

13. Por consiguiente, para el Parlamento Europeo, la respuesta ante los daños causados por sistemas de inteligencia artificial parecía exigir, además de la reforma de la Directiva 85/374/CEE, el desarrollo de un régimen específico (con forma de Reglamento) para articular la responsabilidad de los llamados “operadores del sistema”⁴⁶.

dad por productos defectuosos debe revisarse para responder a los retos que plantea la era digital. C. WENDEHORST, “AI liability in Europe: Anticipating the EU AI liability Directive”, Ada Lovelace Institute, 2022, Disponible en: <https://www.adalovelace-institute.org/resource/ai-liability-in-europe/>.

³⁷ Descartando, por tanto, que el productor fuera el único sujeto responsables por los daños que un sistema de IA pueda causar y subrayando, además, que el operador es en muchas ocasiones el primer sujeto que la víctima puede identificar (Cdo. 10, Propuesta de Reglamento, 20 de octubre de 2020).

³⁸ La figura del “operador” del sistema de IA como responsable se suma a otros sujetos responsables, como el fabricante del sistema, el propietario o su poseedor. Sin perjuicio de que, eventualmente puedan coincidir estas condiciones en un mismo sujeto. S. NAVAS NAVARRO, “*Daños ocasionados por sistemas de inteligencia artificial: Especial atención a su futura regulación*”, Granada, Editorial Comares, 2022, p.50.

³⁹ Esta distinción de operadores ya fue señalada por el EGNLT Report (Key Finding 11), pp. 8 y 39-42; y fue retomada por el art. 3 (apdos. d, e y f) de la Propuesta de Reglamento que acompaña a la Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones a la Comisión sobre un *régimen de responsabilidad civil en materia de IA... (2020/2014(INL))*.

⁴⁰ Con esta distinción se pretendía responder a lo puesto de relieve en el EGNLT Report, que no solo diferenció inicialmente a los dos operadores, sino que también planteó los problemas que podían existir en aquellos casos en los que fueran dos o más los implicados. EGNLT Report, pp.39-42.

⁴¹ Nótese que se partía de la aclaración de que ningún sistema de IA tiene personalidad jurídica ni conciencia humana, pero sí se contemplaba que el tipo de sistema de IA -sobre el que el operador ejerce el control- fuera un factor determinante (Cdo. 13 Propuesta de Reglamento, 20 de octubre de 2020).

⁴² Por ello, cabe entender que la Propuesta de Reglamento, 20 octubre 2020, contemplaba que la responsabilidad de este operador inicial fuera, por lo general, objetiva, de acuerdo con el régimen de la citada Directiva. Salvo en el supuesto en que la responsabilidad civil del operador inicial no esté ya cubierta por la Directiva 85/374/CEE (art. 3 (d)).

⁴³ Art. 8. Responsabilidad subjetiva para otros sistemas de IA: “1. El operador de un sistema de IA que no constituya un sistema de IA de alto riesgo, tal y como se define en el artículo 3, letra c), y en el artículo 4, apartado 2, y que, en consecuencia, no figure en el anexo del presente Reglamento, estará sujeto a responsabilidad subjetiva respecto de todo daño o perjuicio causado por una actividad física o virtual, un dispositivo o un proceso gobernados por el sistema de IA”. PARLAMENTO EUROPEO, Propuesta de Reglamento, 20 octubre 2020.

⁴⁴ Art. 4. Responsabilidad objetiva de los sistemas de IA de alto riesgo: “El operador de un sistema de IA de alto riesgo será objetivamente responsable de cualquier daño o perjuicio causado por una actividad física o virtual, un dispositivo o un proceso gobernado por dicho sistema de IA”. Propuesta de Reglamento, 20 octubre 2020.

⁴⁵ Se ha subrayado la importancia de definir adecuadamente los criterios y el concepto de “alto riesgo” (Cdos. 14 y 15 Propuesta de Reglamento, 20 de octubre de 2020).

⁴⁶ Así lo afirma el Cdo. 9 que, junto con el Cdo. 10 y el art. 1 de la Propuesta de Reglamento, 20 de octubre de 2020, justifica la responsabilidad del operador final en el grado de control que éste ejerce sobre el riesgo asociado al funcionamiento de un sistema de IA.

14. No obstante, numerosas cuestiones siguieron -y, de hecho, continúan- formulándose a nivel europeo⁴⁷; y en este contexto, la Comisión Europea ha cambiado la ruta y ha lanzado –un mismo día: el 28 de septiembre de 2022– dos propuestas legislativas diferentes para intentar de nuevo conseguir adecuar el marco normativo a la realidad tecnológica. Por un lado, dando continuidad a la idea de que la Directiva de responsabilidad por Productos siga siendo el instrumento fundamental que permita resolver las reclamaciones frente a los fabricantes – también frente a los que lo sean de productos digitales o de sistemas de inteligencia artificial –⁴⁸ ha publicado una *Propuesta de Directiva sobre responsabilidad por productos defectuosos*⁴⁹ (en adelante, “*Propuesta de Directiva sobre productos defectuosos*” o “*Propuesta*”) que persigue la adaptación de la vigente norma al escenario digital y de la IA⁵⁰. Y, por otra parte, la Comisión ha planteado, por primera vez, la armonización de las reglas nacionales de responsabilidad extracontractual al remitir la exigencia de responsabilidad de sujetos distintos al fabricante que participen en el funcionamiento del sistema de IA –por ejemplo, el usuario⁵¹– a los ordenamientos internos. A tal fin, ha publicado la *Propuesta de Directiva para adaptar las normas de responsabilidad civil en la IA*⁵² (en adelante, “*Propuesta de Directiva sobre IA*”).

15. Por tanto, el legislador europeo parece haber abandonado la anterior idea de regular globalmente la responsabilidad de daños causados por sistemas de IA a través de un Reglamento⁵³, y reconduce la exigencia de responsabilidad a sujetos distintos del productor, a los regímenes nacionales de responsabilidad por culpa, que deberán adecuar y armonizar sus normas –en materia de la carga probatoria– para resolver aquellas reclamaciones en las que haya sistemas de IA implicados⁵⁴. Principalmente, se pretende facilitar la prueba de los elementos que fundan la pretensión de la víctima cuando se aplican las reglas generales de responsabilidad por culpa⁵⁵ y a tal efecto se prevé la posibilidad de que el juez ordene al demandado exhibir pruebas cuando se sospeche que un sistema de IA de alto riesgo ha causado

⁴⁷ La propia COMISIÓN EUROPEA emitió una consulta pública para obtener respuestas del resto de operadores jurídicos: “Consulta: Responsabilidad civil. Adaptación de las normas de responsabilidad a la era digital y a la inteligencia artificial. Período de consulta: 18 Octubre 2021 - 10 Enero 2022”, Disponible en: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12979-Responsabilidad-civil-Adaptacion-de-las-normas-de-responsabilidad-a-la-era-digital-y-a-la-inteligencia-artificial/public-consultation_es. (Consultado el 28 de octubre de 2022).

⁴⁸ La Resolución de 20 de octubre de 2020 afirma que la Directiva de Productos “*debe seguir utilizándose en relación con las reclamaciones por responsabilidad civil contra el productor de un sistema de IA defectuoso, cuando este sistema cumpla los requisitos para ser considerado un producto con arreglo a dicha Directiva*” y que, por consiguiente, la normativa que pueda desarrollarse en materia de IA debería “*centrarse en las reclamaciones por responsabilidad civil contra el operador de un sistema de IA*”.

⁴⁹ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, 28 de septiembre de 2022, Bruselas, COM(2022), 495 final.

⁵⁰ Teniendo en cuenta la división entre operadores propuesta en la Resolución del Parlamento Europeo y la Propuesta de Reglamento, 20 octubre 2020, se haría responder a los operadores iniciales o “*back-end operators*” en virtud de esta Directiva.

⁵¹ Así, la nueva propuesta de Directiva sobre Productos defectuosos reconoce expresamente en su art. 2.3(c) que un perjudicado podrá acudir a cualquier derecho que pueda tener bajo las normas nacionales -tanto de responsabilidad contractual como extracontractual, incluyendo aquellas normas nacionales que implementen el derecho de la Unión Europea (y menciona expresamente como ejemplo la Directiva de IA)- si recurre a ellas por un motivo diferente al de la defectuosidad del producto.

⁵² Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial, 28 de septiembre de 2022, COM(2022), 496 final.

⁵³ Los motivos que parecen haber impulsado el cambio de instrumento han quedado recogidos en la Propuesta de Directiva sobre IA (Cdos. 8 y 10). La elección de la Directiva como instrumento está basada en la mayor flexibilidad que ofrece, muy positiva dada las notables diferencias entre las regulaciones de los Estados miembros, sin ir en detrimento de la seguridad jurídica y armonización buscadas, junto con el principio de proporcionalidad.

⁵⁴ Se trata de una armonización mínima. El objetivo de esta propuesta es garantizar cierta seguridad jurídica para potenciales víctimas y para empresas (poniendo el foco en las PYMES). Pretende asegurar un nivel mínimo de protección para las víctimas -al menos equivalente al de los perjudicados por otros productos-, una clarificación de las reglas que permita a las empresas conocer de antemano su exposición en materia de responsabilidad y evitar la fragmentación de las normas nacionales sobre IA. Cdos. 10 y 14. Propuesta de Directiva sobre IA.

⁵⁵ El Cdo. 3 de la Propuesta de Directiva sobre IA, dispone: “*Cuando un perjudicado solicita la indemnización del perjuicio sufrido, las normas generales de los Estados miembros en materia de responsabilidad subjetiva exigen normalmente al perjudicado que demuestre que ha habido un acto u omisión negligente o intencionadamente perjudicial («culpa») por parte de la persona potencialmente responsable de dicho daño, así como el nexo causal entre dicha culpa y el daño en cuestión. Sin embargo, (...) las características específicas de determinados sistemas de IA, (...) pueden hacer excesivamente difícil, si no imposible, que el perjudicado satisfaga la carga de la prueba*”.

años (art. 3) y se establece una presunción de causalidad aplicable⁵⁶ en ciertos casos (art. 4)⁵⁷. Por consiguiente, parece claro que la Propuesta Directiva sobre IA, situada en el ámbito de la responsabilidad civil, persigue facilitar la reparación de los daños en determinados supuestos⁵⁸; y en ningún caso debe confundirse, ni con la Propuesta de Directiva sobre responsabilidad civil por productos defectuosos, ni mucho menos con otros instrumentos europeos⁵⁹ que persiguen fines distintos⁶⁰.

16. En conclusión, la reciente publicación de las dos propuestas de Directiva apunta a que podrá exigirse responsabilidad a los productores, incluyendo a los de sistemas de IA y productos digitales, con base en la Directiva sobre Responsabilidad civil por productos defectuosos, una vez ésta sea modificada para solucionar los problemas de adaptación a las nuevas tecnologías. Mientras que, cuando se trate de reclamar la responsabilidad de otros sujetos (por ejemplo, del usuario del sistema de IA, vid. Cdo.15), deberán invocarse los sistemas de los Estados miembros de responsabilidad por culpa, que deberán adaptarse a lo previsto en la Propuesta de Directiva de IA⁶¹ para introducir las medidas armonizadoras. Medidas que, una vez incorporadas, homogeneizarán los sistemas nacionales, aumentando la seguridad jurídica (Cdo. 9 Propuesta de Directiva de IA).

17. Consecuentemente, ninguna duda cabe de que la Propuesta de Directiva sobre IA no se solapa, en cuanto a su ámbito de aplicación, con la primera Propuesta –también de la misma fecha– que pretende modernizar el actual régimen de responsabilidad objetiva por productos defectuosos tras casi cuarenta años de vigencia⁶².

18. Ahora bien ¿logra con esta última Propuesta el legislador europeo la adaptación de la Directiva 85/374/CEE para que siga siendo aplicable a los daños causados por “todo tipo” de productos defectuosos, y continúe albergando unas reglas justas y previsibles tanto para consumidores como para empresas?⁶³.

⁵⁶ Cdos. 13, 21, 22 y 25 a 30 y arts. 3 y 4, Propuesta de Directiva sobre IA.

⁵⁷ El análisis de esta Propuesta queda fuera del objeto del presente trabajo. Un resumen del contenido de esta propuesta puede verse en: “Responsabilidad civil e inteligencia artificial Propuesta de armonización de normas europeas en materia de inteligencia artificial y responsabilidad civil por productos defectuosos”, Disponible en: <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/responsabilidad-civil-e-inteligencia-artificial/>, (Consultado el 15 de octubre de 2022).

⁵⁸ Cdo. 7, Propuesta de Directiva sobre IA.

⁵⁹ Como son la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo *por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión* (Bruselas, 21.4.2021), que tiene una finalidad preventiva que pretende alcanzar imponiendo una serie de obligaciones en relación con la inteligencia artificial y su introducción en el mercado, o el Reglamento de *seguridad general de los productos* (Pendiente de actualización a través de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la seguridad general de los productos, por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 1025/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 87/357/CEE del Consejo y la Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, Bruselas, 30 junio 2021, COM(2021) 346 final, 2021/0170 (COD)), que contiene la normativa de seguridad aplicable a todo tipo de productos, y prevé, en particular, autorizaciones, controles, supervisión y sanciones administrativas en relación con los sistemas de inteligencia artificial, con el fin de prevenir los daños.

⁶⁰ Como se pone de manifiesto en el Cdo. 2 de la Propuesta de Directiva sobre IA determinados instrumentos europeos (como el Reglamento de seguridad general de los productos o la Ley de Inteligencia Artificial) persiguen un fin preventivo y no un alivio de la carga probatoria para quienes hayan sufrido daños causados por la IA. Nótese, por el contrario, que la Propuesta de Directiva sobre IA busca la armonización de las reglas nacionales de responsabilidad extracontractual cuando los daños son causados por cualquier tipo de sistema de inteligencia artificial, con el objetivo de facilitar las reclamaciones a los damnificados por éstos, y tiene una esencial finalidad indemnizatoria.

⁶¹ Precisamente el propósito de esta Propuesta de Directiva sobre IA es contribuir a un funcionamiento armonizado del mercado de la UE y a la confianza de la sociedad y de los consumidores, fomentando el despliegue de esta tecnología y asegurando a las víctimas de daños causados por sistemas de IA compensaciones equivalentes a las que recibirían las víctimas de cualquier otro producto. Por ello, cuidando la proporcionalidad, propone la armonización únicamente de algunas cuestiones (Art. 1: obligación de revelar pruebas cuando intervenga algún sistema de inteligencia artificial de alto riesgo y carga de la prueba), así lo subrayan sus Cdos. 5, 6 y 13.

⁶² Precisamente porque sus ámbitos de aplicación son diferentes y sus objetivos también, la consistencia entre ambas es indispensable, por ello el Profesor S. LOHSE subrayó que estas Propuestas de Directivas eran “*dos caras de la misma moneda*”, en el “*7th Munster Colloquia on EU Law and Digital Law*”, celebrado en la Universidad de Münster del 16 al 18 de noviembre de 2022.

⁶³ Se incidirá a lo largo de este estudio en las carencias que la Directiva 85/374/CEE presenta en su aplicación a las nuevas tecnologías, como así han sido señaladas por diferentes informes a nivel europeo: COMISIÓN EUROPEA, White paper on artificial in-

19. Nótese que es ésta una opción legislativa que exige necesariamente una evolución de los conceptos (fundamentalmente, de la noción de producto y de defecto), así como una reformulación de quiénes son los sujetos responsables, cuáles son las causas de exoneración y qué daños los indemnizables; cuestiones, todas ellas, cuyo análisis afrontamos a continuación para juzgar en última instancia si la Propuesta para la adecuación de la Directiva de productos defectuosos da respuestas convenientes a las nuevas necesidades de la revolución tecnológica y la digitalización⁶⁴.

II. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.

1. La noción de producto y de componente

20. Dado que coches autónomos, robots médicos, objetos fabricados con impresoras 3D o softwares sometidos a actualizaciones para la mejora de su rendimiento, etc., son, cada vez, más cotidianos, abordar el concepto de “producto” es el imprescindible punto de partida.

21. La noción vigente, contemplada en el art. 2 de la Directiva 85/374/CEE, no se adapta a la realidad de nuestros días. Si bien es amplia, pues incluye a todos los bienes muebles tangibles y, además, expresamente la electricidad⁶⁵, su cobertura, como veremos a continuación, resulta insuficiente para un gran número de productos de la era digital⁶⁶.

telligence - A european approach to excellence and trust, 19 febrero 2020, COM(2020), 65 final, Disponible en: https://commission.europa.eu/publications/white-paper-artificial-intelligence-european-approach-excellence-and-trust_en; COMISIÓN EUROPEA, Informe al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre las repercusiones en materia de seguridad y responsabilidad civil de la inteligencia artificial, el internet de las cosas y la robótica, 19 de febrero de 2020, COM(2020)64 final, Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0064&from=EN>; EGNLT Report.

⁶⁴ Este estudio tendrá en consideración y valorará las propuestas del Grupo de Expertos del European Law Institute (en adelante, ELI), cuyas publicaciones sobre la materia pretenden servir para adecuar la Directiva 85/374/CEE a la revolución tecnológica y a la digitalización. Inicialmente, en enero de 2021, el ELI emitió su primer informe “*Guiding Principles for Updating the Product Liability Directive for the Digital Age*” que recogía los que, a su juicio, debían ser los principios que inspiraran la actualización de la Directiva 85/374/CEE; un año más tarde, en enero de 2022 y en respuesta a la consulta abierta, recientemente citada, planteada por la Unión Europea para obtener, entre otras cuestiones, información y diferentes perspectivas sobre una posible mejora de la Directiva 85/375, publicaron un segundo informe “*Response of the European Law Institute to the Public consultation on Civil Liability: adapting liability rules to the Digital Age and artificial intelligence*”, con propuestas concretas de mejora y actualización a la Era digital; y, en agosto de 2022, han formulado, bajo el título “*ELI Draft of a Revised Product Liability Directive*”, un borrador de Directiva con la pretensión de que pueda ser utilizado como modelo para la futura reforma de la Directiva. Por último, tras la publicación de otra Propuesta de Directiva de Productos por parte de la Comisión Europea el pasado 28 de septiembre de 2022, el ELI ha publicado el 9 de diciembre de 2022, un nuevo informe “*ELI Feedback on the European Commission’s Proposal for a Revised Product Liability Directive*”.

⁶⁵ Se viene entendiendo que el concepto de producto no incluye las cosas incorpóreas, es decir, descarta aquellas que no sean “*apropiables y transportables*”. Aunque la Directiva no excluya expresamente los bienes inmateriales, de una interpretación “a contrario” del art. 2, se deduce que sólo debe aplicarse a bienes materiales. Además, la inclusión expresa de la electricidad, junto con el gas, pueden considerarse como “excepciones” a la tangibilidad de los productos. P. GUTIÉRREZ SANTIAGO, *Daños causados por productos defectuosos (su régimen de Responsabilidad Civil en el Texto Refundido de 2007 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias)*, Pamplona (Navarra), Aranzadi, 2008, p.55. También: P. JOURDAIN, “La responsabilité du fait des produits...”, cit., p.31; G. STRAETMANS y D. VERHOEVEN, “Product Liability Directive” en D. FAIRGRIEVE, G. HOWELLS, P. MØGELVANG-HANSEN, G. STRAETMANS, D. VERHOEVEN, P. MACHNIKOWSKI, A. JANSSEN, y R. SCHULZE (Coord.), *European product liability: An analysis of the state of the art in the era of new technologies*, Intersentia, 2016, p.41. Sin perjuicio de lo anterior, otros autores señalan que, en ausencia de restricción, no se exige su corporeidad, debiendo el debate trasladarse a la delimitación de cuáles quedan integrados. A. MACÍA MORILLO, “Artículo 136. Concepto legal de producto”, en A. CAÑIZARES LASO (Dir.) y L. ZUMAQUERO GIL (Coord.), “Comentarios al texto refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios. Tomo II (arts. 92 a 170 y Disposiciones)”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 1985. También sobre el alcance de este concepto: M.Á. PARRA LUCÁN, “Responsabilidad por productos defectuosos”, en L. F. REGLERO CAMPOS, J. M. BUSTO LAGO, N. ÁLVAREZ LATA, P. DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ (coord.) *Tratado de responsabilidad civil*, Navarra, Aranzadi Thomson Reuters, 2014.

⁶⁶ La delimitación del concepto de “producto” en la Directiva buscaba el establecimiento de un equilibrio de intereses entre víctimas y productores. Precisamente por ello sólo extendía la responsabilidad objetiva de éstos a ciertos productos. A. MACÍA

22. De entrada, es importante subrayar que entre los productos propios de la cuarta revolución industrial existen diferencias y que sólo algunos encajan en la actual definición de producto. Por un lado, existen programas informáticos, archivos digitales o sistemas operativos que se comercializan de forma individual y directa -v.gr. software, ficheros para la impresión 3D o sistemas de inteligencia artificial-, y por otro, bienes físicos integrados por programas informáticos o por contenidos o servicios digitales propiamente dichos -v.gr. vehículo autónomo⁶⁷-.

23. Es apreciable que, en el primer caso, estamos ante artículos “*puramente digitales*”, caracterizados por su intangibilidad y que, por tanto, no encajan en la noción vigente de “producto”⁶⁸, lo que plantea problemas porque impide a los perjudicados acudir al régimen de responsabilidad por productos defectuosos⁶⁹ para reclamar los daños que éstos causen. En cambio, en el segundo supuesto, la consideración como productos de los “*bienes físicos integrados por programas informáticos, contenidos o servicios digitales*” es, en principio, más clara⁷⁰ -y hasta podría afirmarse que generalmente aceptada⁷¹- y cuando éstos causan daños, no parecen plantear problemas las reclamaciones frente al fabricante del objeto físico considerado defectuoso. Sin embargo, sí se suscitan dificultades y surgen lagunas respecto del elemento intangible que forma parte del producto. En la actualidad, de los daños causados por pro-

MORILLO, “Artículo 136. Concepto legal de producto”, cit., p. 1980. La falta de cobertura de nuevos productos genera, por tanto, un desequilibrio entre los intereses de víctimas y productores.

⁶⁷ Otros ejemplos pueden ser relojes inteligentes o *smartwatches*, drones, sistemas de domótica inteligente, etc.

⁶⁸ Así lo afirma mayoritariamente la doctrina y lo corrobora la propia Comisión Europea que, de hecho, afirma que la interpretación de que sólo se consideren productos los bienes tangibles se deriva, principalmente, de que -en el momento en que se adoptó la Directiva- no había ejemplos de bienes no tangibles en el mercado. COMISIÓN EUROPEA, Staff working Document Evaluation of Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products accompanying the document Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the Application of the Council Directive on the approximation of the laws, regulations, and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products (85/374/EEC), Bruselas, 7 mayo 2018, SWD (2018) 157 final. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018SC0157>. p.53. Bien es cierto que, aunque la doctrina mayoritaria y el legislador europeo consideren que los bienes digitales quedan fuera del concepto de producto en la norma vigente, debe subrayarse la división que existe entre los autores sobre la calificación jurídica del “*software*”. Por un lado, algunos autores abogan porque, incluso con la definición actual, pueda entenderse que el software queda comprendido en la noción de producto. Por ejemplo, en la doctrina francesa ha llegado a proponerse -citando una consulta planteada al Ministerio de justicia francés sobre la *Loi n° 98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux* (<https://questions.assemblee-nationale.fr/q11/11-15677QE.htm>)- la posibilidad de que, a veces, en ausencia de toda restricción, la ley pueda aplicarse a programas informáticos, que son un bien inmaterial, si son la causa de un daño contra la seguridad de las personas o de los bienes -por ejemplo, en caso de contaminación de todo un sistema informático por un programa que contenga un virus-. P. JOURDAIN, “La responsabilité du fait des produits...”, cit., p.31. Por otro lado, entre los autores que son reacios a clasificar el software como producto, algunos entienden que encajaría mejor en la noción de servicio o bien inmaterial, mientras que otros apuestan por considerar estos programas informáticos como simple información, y sostienen que, por ello, deberían quedar fuera del ámbito de aplicación de la Directiva. G. STRAETMANS Y D. VERHOEVEN, “Product Liability Directive”, cit., p.46. El EGNLT Report también subraya la falta de claridad sobre esta cuestión o sobre si, incluso, el software podría llegar a considerarse como componente del producto, p.28; WENDERHOST corrobora que la inclusión del software autónomo en el concepto de producto es incierta. En “AI liability in Europe: anticipating the EU AI liability directive”, Ada Lovelace Institute, 2022, Disponible en: <https://www.adalovelaceinstitute.org/resource/ai-liability-in-europe/> (Consultado el 10 de noviembre de 2022).

⁶⁹ En este sentido, SANTOS MORÓN afirma que: “[E]l problema que se plantea es que el actual concepto de producto, que deriva de lo establecido en la Directiva 1999/34, solo abarca los bienes corporales, por lo que los daños causados por tecnología de carácter digital (v.gr. software) no pueden ser reparados con base en el régimen de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, lo que hace que sea necesaria una revisión de la normativa europea”. M. J. SANTOS MORÓN, “Capítulo VI: La responsabilidad por daños causados por productos y servicios defectuosos”, en M. J. SANTOS MORÓN, Y M. N. MATO PACÍN (Coord.), Derecho de consumo: Visión normativa y jurisprudencial actual, Madrid, Tecnos, 2022, p. 136.

⁷⁰ Por lo general, aunque un artículo funcione en combinación con contenidos digitales seguirá teniendo la consideración de producto, incluso cuando la causa del defecto del daño pueda atribuirse a tales contenidos digitales. EUROPEAN LAW INSTITUTE, C. TWIGG-FLESNER in consultation with ELI MEMBERS, *Guiding principles for updating the Product Liability Directive for the Digital Age*, 21 de enero 2021, Disponible en: https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Guiding_Principles_for_Updating_the_PLD_for_the_Digital_Age.pdf, p.5.

⁷¹ La COMISIÓN EUROPEA afirmaba que, en la medida en que los dispositivos IoT -y cualquier otro artículo que contenga elementos intangibles o presenten características de conectividad- constituyen “bienes muebles”, se califican como “productos” y sus defectos están cubiertos por la Directiva sobre responsabilidad por productos defectuosos”. COMISIÓN EUROPEA, Commission Staff Working Document Liability for emerging digital technologies..., cit., p. 9.

ductos defectuosos responde tanto el fabricante del producto final como el fabricante del componente si es el causante del carácter defectuoso del producto (arts. 3 y 5 Directiva 85/374/CEE); ahora bien, si el componente es inmaterial, la regulación vigente impide exigir responsabilidad a sujetos que pueden ser, realmente, los responsables del carácter defectuoso del producto por la falta de seguridad de esos componentes intangibles que se integran en el producto físico. Por ejemplo, a día de hoy, si el defecto de seguridad se encuentra en el software de un producto físico, no será posible reclamar directamente a su desarrollador⁷² los daños que el programa haya causado, ni declararle responsable solidario junto con el fabricante del objeto⁷³.

24. En definitiva, la noción actual de producto no contempla la diferente naturaleza de los productos de la era digital e impide exigir responsabilidad a determinados sujetos que pueden, potencial e incluso principalmente, ser los causantes de su defectuosidad⁷⁴. Por ello, para hacer frente a estos desajustes de la Directiva de Productos resulta ineludible la reformulación del concepto de “producto” para que integre tanto la combinación de bienes físicos tangibles con elementos o servicios digitales como los intangibles que se comercialicen de forma directa e individual⁷⁵. Y, adicionalmente, resulta esencial delimitar de forma precisa qué elementos intangibles o digitales tendrían la consideración de “producto” o, en su caso, la de “componente”⁷⁶. Una actualización tal de la Directiva de Productos es indispensable para su acomodo al complejo escenario de fabricación de estos bienes y resulta fundamental para posibilitar la exigencia de responsabilidad a los nuevos sujetos intervinientes en las cadenas de producción y en el funcionamiento de estos innovadores productos digitales.

25. Persiguiendo este objetivo, la Propuesta de Directiva sobre productos defectuosos reformula el concepto de “producto” entendiendo por tal “*cualquier bien mueble, aun cuando esté incorporado a otro bien mueble o a un bien inmueble; [...] también la electricidad, los archivos de fabricación digital y los programas informáticos*” (art. 4). Esta disposición –primeramente llamativa por su novedoso formato de definiciones⁷⁷– mantiene el concepto tradicional de producto⁷⁸, pero, además, incluye expresamente en esta noción a ciertos bienes intangibles, como son los “*archivos de fabricación digital*”⁷⁹ (a los que, a continuación, en el art. 4(2), define como “*versión o plantilla digital de un (bien) mueble*”) y el “*software*”, buscando contemplar así la nueva realidad digital⁸⁰.

⁷² Los desarrolladores de software son profesionales que se encargan de la creación, diseño y desarrollo de nuevos sistemas operativos, utilizando lenguajes de programación y realizando trabajos complejos que abarcan conocimientos de computación y matemáticas.

⁷³ Como ha sido puesto de manifiesto, la noción actual de producto impide exigirles responsabilidad al no considerarse equivalente el defecto del elemento, contenido o servicios digitales al defecto del propio artículo físico. Por tanto, no es posible exigir responsabilidad a los desarrolladores de un software si éste está integrado en otro producto (y por ello tampoco cabría responsabilidad solidaria del fabricante del producto final y del fabricante del “componente”), ni si se suministra de manera independiente. EUROPEAN LAW INSTITUTE, “*Guiding principles...*”, p. 5.

⁷⁴ Desde el fabricante del software o de contenidos o servicios digitales, que se comercialicen de forma individual y directa, que no estén incorporados a productos físicos, hasta los fabricantes de componentes intangibles que se integren en el producto físico.

⁷⁵ Vid. EUROPEAN LAW INSTITUTE, “*Guiding principles...*”, pp. 5-6.

⁷⁶ Como se subraya -con gran acierto, a nuestro juicio- la cuestión no se limita a la inclusión en la noción de producto de aquellos “*puramente digitales*”, sino que es muy importante la delimitación exacta de cuáles se incluirán en ella, especialmente casos como el del SaaS (Software como servicio), la inteligencia artificial o los datos digitales. EUROPEAN LAW INSTITUTE, “*Response of the European Law Institute to the Public consultation on Civil Liability: adapting liability rules to the digital age and artificial intelligence*”. Disponible en: https://europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Response_to_Public_Consultation_on_Civil_Liability.pdf, pp.11-12.

⁷⁷ Aunque criticado por la doctrina, que subraya que “*no parece la mejor técnica legislativa*”. C. GÓMEZ LIGÜERRE, “La propuesta de directiva...”, cit., p.4.

⁷⁸ Incluso si están integrados en otros muebles o inmuebles (Cdo. 6 Propuesta de Directiva). Recordemos que la noción tradicional (art. 2 Directiva 95/374/CEE) incluye los bienes muebles tangibles (también aquellos que se integren en otro bien mueble o inmueble) y la electricidad.

⁷⁹ Puede leerse en el Cdo. 14 de la Propuesta que estos archivos digitales deben considerarse también productos para asegurar la protección de los consumidores al contener información funcional necesaria que se introduce en el control automatizado de máquinas o herramientas (tales como perforadoras, tornos, molinos o impresoras 3D) para la producción.

⁸⁰ Es notorio que los redactores de la Propuesta no han considerado únicamente la inteligencia artificial como tecnología en

26. La inclusión del “software” como producto –que ha sido recurrentemente solicitada⁸¹– debe ser bienvenida⁸², del mismo modo que la de los “archivos de fabricación digital”, aunque parece que la incorporación de los segundos ha sorprendido a algunos autores (que, en la creencia de que estos “archivos de fabricación digital” son equiparables a otros contenidos digitales, no comprenden el motivo de su individualización⁸³). Ciertamente, parece que la intención de los legisladores ha sido no considerar en general los contenidos digitales como producto y precisamente por ello han incluido una delimitación estricta de los que sí quedan comprendidos: el software y los archivos de fabricación digital. Nótese que no se trata de una cuestión menor, sino que tiene una relevante consecuencia: los perjudicados podrán emprender acciones directamente frente a los desarrolladores de software o fabricantes de los ficheros de fabricación digital, ahora considerados “productos”, pero no frente a los productores de otros contenidos digitales. A nuestro parecer, la consideración legislativa de que una plantilla digital de un bien mueble –que es como se define– es homologable al propio bien justifica su inclusión⁸⁴. No obstante, quizá sería oportuno valorar si “otros contenidos digitales” podrían equipararse a estas plantillas digitales y considerarse productos⁸⁵.

27. Ahora bien, sin perjuicio de las –bien acogidas– incorporaciones mencionadas, debemos significar que voces autorizadas en el entorno europeo subrayan, a pesar de las dificultades⁸⁶, la conveniencia de definir el concepto de “software”⁸⁷. No sólo porque la definición de qué es un programa informático facilitaría evidentemente su entendimiento, sino porque la exclusión expresa de determinados supuestos (Cdos. 12 y 13)⁸⁸, como son el “código fuente” del software y el “software libre y de código abierto” u “open source software”, dificultan y complican la delimitación del alcance de esta noción.

28. En el primer caso, el “código fuente” del programa informático se nos dice que no debe calificarse como “producto”, a efectos de la Directiva, porque se trata de “pura información”⁸⁹, sin embargo,

su nueva redacción, ya que, si bien la inclusión del software es de notable importancia para los sistemas de inteligencia artificial o los productos conectados (“IoT”), la incorporación de los archivos de fabricación digital como productos resulta esencial en el ámbito de la impresión 3D, en tanto permitirá considerar, individualmente, como tales a los modelos que se introduzcan en la máquina para su impresión. Esta circunstancia sobre la impresión 3D fue puesta de relieve por el Profesor J.S. BORGHETTI en el “7th Munster Colloquia on EU Law and Digital Law”, celebrado en la Universidad de Münster del 16 al 18 de noviembre de 2022. Así lo observa también: C. GÓMEZ LIGÜERRE, “La propuesta de directiva...”, cit., p.4.

⁸¹ Vid. EUROPEAN LAW INSTITUTE, “Guiding principles...”, p.5; “Response to the European Commission’s Public consultation...”, cit., p.11. Llegando a ser incorporado como “producto digital” en el art. 3 del “ELI Draft of a Revised Product Liability Directive”, 11 Agosto 2022. Disponible en: https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Draft_of_a_Revised_Product_Liability_Directive.pdf, pp. 8-9. También por parte del GRUPO DE EXPERTOS en el EGNLT Report, p.28

⁸² Vid. EUROPEAN LAW INSTITUTE, “ELI Comments on the Commission Proposal”, 9 diciembre 2022. Disponible en: https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Feedback_on_the_EC_Proposal_for_a_Revised_Product_Liability_Directive.pdf, p.9.

⁸³ Parte de la doctrina sostiene que lo que debería incluirse en la Directiva de Productos es la definición de “contenido digital”, tal y como aparece en el art. 2 de la Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019 relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales: “A efectos de la presente Directiva, se entenderá por: 1) «contenido digital»: los datos producidos y suministrados en formato digital”. EUROPEAN LAW INSTITUTE, “ELI Comments on the Commission Proposal”, pp. 9-10.

⁸⁴ Así, por ejemplo, ha de ser considerado producto todo proyecto digital personalizado de cualquier bien y no mera información digital.

⁸⁵ O, cuando menos, como analizaremos más adelante, podrían tener la consideración de “artículos intangibles” que encajan en la noción de “componente”.

⁸⁶ Es posible que, si se define el concepto de “software”, debido a la veloz evolución de la realidad, la noción pueda quedar obsoleta en un corto período de tiempo. Así lo señaló Fabien Junge en el “Webinar on the ELI Feedback on the European Commission’s Proposal for a Revised Product Liability Directive”, celebrado online el 13 de febrero de 2023.

⁸⁷ Así lo hizo el Profesor KOCH en el “Webinar on the ELI Feedback on the European Commission’s Proposal for a Revised Product Liability Directive”, celebrado online el 13 de febrero de 2023.

⁸⁸ M. DEMIS subrayó la relevancia de estas exclusiones por suponer un límite al alcance del concepto de “producto” en el “Webinar on new Product Liability Directive”, celebrado el 20 de octubre de 2022 y organizado por la COMISIÓN EUROPEA (DG Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs Unit G3 – Digital transformation of industry).

⁸⁹ El Cdo. 12 de la Propuesta aclara que el software es un producto – con independencia de su modo de suministro o utilización y de si se almacena en un dispositivo o se accede a él través de tecnologías en la nube –, y que, como tal, le resulta

no se define lo que debe entenderse por tal. Considerando que se trata de las concretas instrucciones creadas por un desarrollador que luego deben traducirse a lenguaje computerizado para la obtención del programa informático (v.gr. un sistema de IA o una App)⁹⁰ y cuyo conocimiento es esencial para modificar, actualizar o mejorar el mismo⁹¹, parece que su consideración como “pura información” desconoce el verdadero alcance de lo que, cuando menos, podría calificarse como el origen del software. No sería, a nuestro parecer, insensato tratar el código fuente de manera similar a la plantilla digital del programa informático, por ello, no nos resulta evidente que éste se excluya, mientras que los archivos de fabricación digital sí quedan incluidos. Es cierto que este código, por sí solo, no funciona de forma autónoma y necesita ser ejecutado, por lo que no puede causar daños directamente; pero tampoco los “archivos de fabricación digital”, que no dejan de ser plantillas digitales, pueden provocarlos por sí mismos y ello no ha sido óbice para que sí se los considere productos.

29. Por lo demás, sería muy conveniente que la nueva redacción de la Propuesta de Directiva clarificara lo que debe entenderse por “pura información” y si ésta queda realmente, o no, incluida en el concepto de producto⁹². La información digital, esto es “los datos *producidos* y suministrados en formato digital” (la cursiva es nuestra) – a los que la Directiva (UE) 2019/770 define como “contenido digital” – no parece que puedan considerarse operativamente equivalentes a un software al no funcionar de forma autónoma y, por tanto, tampoco ser considerados “producto”⁹³. Ahora bien, piense el lector en cualquier base de datos – que después de todo es una colección de información estructurada – que incorpore datos erróneos (v.gr. un mapa de navegación con direcciones incorrectas)⁹⁴ ¿no sería sensato considerar a estos datos estructurados, al menos, como un componente del producto? El concepto de componente, que será estudiado a continuación, tampoco contempla con claridad si los datos suministrados podrían ser considerados como componentes o si, por el contrario, deberían ser englobados en la noción de “mera información”. En suma, es importante, a nuestro juicio mejorar la escueta redacción

aplicable el régimen de responsabilidad objetiva. No obstante, está recogido que el código fuente de un programa informático no debe considerarse un producto a efectos de la presente Directiva por tratarse de “pura información”.

⁹⁰ Se trata de un archivo que incluye unas instrucciones (conjunto de líneas de texto redactado en un lenguaje de programación) que sirven para compilar posteriormente un programa informático. El estado en el que está presente no es directamente ejecutable, sino que debe ser traducido a otro lenguaje o a código binario, para que el equipo informático pueda utilizar su hardware y ejecutar las instrucciones que se indiquen en él. Esta traducción se realiza mediante compiladores, intérpretes, ensambladores o bien otros sistemas de traducción. Por tanto, la compilación es una parte ineludible de acción sobre el código fuente, para que este pueda tener algún uso práctico en el equipo informático sobre el que se ejecute. Disponible en: <https://www.jvs-informatica.com/blog/glosario/codigo-fuente/>, (Consultado el 20 de febrero de 2023).

⁹¹ Véase la STS núm.492/2003 de 17 de mayo de 2003 (RJ 2003\3817), en la que se discute sobre la obligación de entrega del código fuente por su creador al cliente que encargó el programa.

⁹² Nótese que ya conforme a la Directiva 85/374/CEE la “mera información” no tiene la consideración de “producto”. Prueba de ello es que un consejo de salud inexacto incluido en un periódico que había causado daños a la salud de un lector no se consideró como tal en la Sentencia de 10 de junio de 2021 (Asunto C-65/2020, “*Krone’s case*”) del TJUE. La Sala Primera determinó que un consejo de salud inexacto incluido en un periódico relativo a la utilización de una planta, que había causado daños a la salud de un lector, no era un producto defectuoso bajo la Directiva 85/374/CEE (al tratarse de un intangible) y sostuvo que, en su caso, se trataría de un servicio. Terminó concluyendo que tampoco convertía al periódico, como producto donde estaba contenido, en defectuoso.

⁹³ Lo cierto es que la incorporación de “contenido digital” al concepto de producto no parece ser bienvenida por ser demasiado amplia. Así lo señaló Fabien Junge en el “*Webinar on the ELI Feedback on the European Commission’s Proposal for a Revised Product Liability Directive*”, celebrado online el 13 de febrero de 2023. En similar sentido, se sostiene que no deben ocupar la misma posición, a efectos de responsabilidad, el suministrador de datos que se introducen en el producto que el fabricante de este. La necesidad de ampliar la noción de “productor” debe basarse en la incorporación de quienes influyen en las expectativas de seguridad y son susceptibles de modificarlas. EUROPEAN LAW INSTITUTE, “*Response to the European Commission’s Public consultation...*”, p.14. Otros autores también han planteado la posibilidad de que los datos digitales merezcan la consideración de “producto” por su relevancia, aunque finalmente parecen descartar su inclusión “*sobre la base de que los datos se suelen proporcionar en un marco contractual y además el TJUE ha considerado que la información no puede considerarse producto defectuoso (STJUE 10 julio 2021 VI v. Krone)*”. S. NAVAS NAVARRO, “*Daños ocasionados ...*”, p.85.

⁹⁴ Los Cdos. 2 y 3 de la Propuesta de Directiva sobre IA diferencia entre los datos o “información de entrada” que se incorpora al producto – y que, por tanto, debería ser susceptible de ser considerada defectuosa – y la información “*de salida*” específica de un sistema de IA, que es aquella que provoca el daño en cuestión – y la prueba del defecto (por ejemplo, la discriminación de una persona en un proceso de selección a causa de un algoritmo sesgado)–.

de la Propuesta, explicando qué debe entenderse por “pura información” dada su relevancia tanto en la noción de producto como en la de componente.

30. En segundo término, la exclusión de los “programas informáticos libres y de código abierto”⁹⁵, a los que -se nos dicen- no deberá aplicarse la Directiva, se justifica “a fin de no obstaculizar la innovación o la investigación”⁹⁶. En general, estos software tienen acceso libre y un desarrollo colaborativo que permite a cualquier persona, para cualquier propósito –ya sea en su forma original o modificada–, utilizarlos, editarlos y redistribuirlos y, normalmente, no se producen para su venta; esto es, suelen estar fuera del circuito industrial⁹⁷. La doctrina cuestiona que la presencia de la investigación e innovación sea mayor en estos programas “de código abierto” que en otros softwares y, por ello, duda de que su exclusión quede justificada⁹⁸. A nuestro parecer, a pesar de la referencia a la investigación e innovación, son sus caracteres identificadores – su esencial naturaleza colaborativa (lo que impide identificar a su productor/es), su habitual carácter gratuito y que no formen parte de una actividad comercial – los verdaderos motivos por los que el legislador los excluye de la aplicación de la Directiva; circunstancias que de no concurrir evitarían la exclusión (Cdo.13).

31. Volviendo de nuevo a la Propuesta de Directiva – y a sus definiciones – abordaremos seguidamente la noción de “componente” de un producto. Para empezar, debe destacarse que la nueva redacción del art. 4 no solo incorpora como “productos” a los intangibles mencionados con anterioridad (software y archivos de fabricación digital), sino que también los reconoce como “componentes”⁹⁹ cuando son integrados en otros productos. La formulación propuesta para la noción de componente da ahora cabida a todo “artículo tangible o intangible” (art. 4.3) o cualquier “servicio conexo” (art.4.4), siempre que esté “integrado en un producto o interconectado con él por el fabricante de ese producto o que esté bajo su control”.

32. No debe pasar desapercibido que los redactores de la Propuesta hayan decidido incluir los “servicios conexos” en este concepto, superando, al menos en parte, la tradicional distinción entre producto y servicio¹⁰⁰. Según dispone el art. 4.4): “un servicio digital que está integrado en un producto o interconectado con él, de tal forma que su ausencia impediría que el producto llevara a cabo una o varias de sus funciones” es un “servicio conexo” y, como tal, a tenor del 4.3) debe ser considerado como componente (v.gr. el suministro continuo de datos de tráfico en un sistema de navegación, Cdo.15). Ahora bien, ello es así siempre que el servicio esté integrado o interconectado con el producto por el propio fabricante o bajo su control¹⁰¹ -bien porque él mismo los suministre, o bien porque los haya recomenda-

⁹⁵ Nótese que se trata de un software con un código fuente que cualquier persona puede modificar y actualizar, por lo que no es posible identificar a su “fabricante”, entendiéndose que forma parte del dominio público.

⁹⁶ El Cdo. 13 de la Propuesta se indica que “A fin de no obstaculizar la innovación o la investigación (...)”, ésta “no debe aplicarse a los programas informáticos libres y de código abierto desarrollados o suministrados fuera del transcurso de una actividad comercial. Este es el caso, en particular, de los programas informáticos, incluidos su código fuente y sus versiones modificadas, que se comparten abiertamente y son de libre acceso, utilizables, modificables y redistribuibles”.

⁹⁷ Esta exclusión sería, por ejemplo, relevante para programas informáticos (sin autor conocido o de autoría colaborativa) obtenidos de internet, para ser introducidos en una impresora 3D, que interpreten “archivos de fabricación digital” para producir objetos.

⁹⁸ GÓMEZ LIGÜERRE señala que “no es fácil averiguar de qué modo esa innovación o investigación está ausente en programas que no se ofrecen de manera gratuita o cuyo desarrollo se lleva a cabo por profesionales contratados para ese fin” en “La propuesta de directiva...”, cit., p.5.

⁹⁹ En la “Response to the European Commission’s Public consultation...” ya se señalaba la necesidad de que el desarrollador de software pudiera ser demandado directamente por la víctima como “fabricante de un componente”, sin perjuicio de que, entre las causas de exoneración, se le reconociera la posibilidad de hacerlo si acreditase que el defecto del componente se debe al diseño global del producto o a las instrucciones expresas dadas por el fabricante del producto. Por tanto, la respuesta de la Propuesta de la Comisión Europea ha cumplido con estas expectativas. EUROPEAN LAW INSTITUTE, p. 9.

¹⁰⁰ Y, por tanto, también entre transmisión de bienes y prestación de actividad. C. GÓMEZ LIGÜERRE, “La propuesta de directiva...”, cit., p.5.

¹⁰¹ El art. 4 (5) de la Propuesta define el término «control del fabricante» de la siguiente forma: “autorización por el fabricante de un producto de a) la integración, interconexión o suministro por un tercero de un componente, incluidas actualizaciones o mejoras de programas informáticos, o b) la modificación del producto”.

do o haya influido en el suministro realizado por un tercero-. No debe olvidarse que, así definido, un servicio conexo puede determinar la seguridad de un producto tanto, o más, que cualquier otro componente físico o digital y que ello justifica que se les aplique la Directiva de Productos (Cdo. 15). Además, aunque el objetivo de la Directiva no sean los servicios como tales¹⁰², también ha impulsado su inclusión en el concepto de “componente” -en las circunstancias mencionadas- el hecho de que la línea que separa productos y servicios es cada día más delgada¹⁰³ y difusa¹⁰⁴. Así las cosas, esta nueva redacción propuesta conduce a que, por ejemplo, en casos como el del “*Software as a Service*”¹⁰⁵ – supuesto sobre el que algunos autores se han pronunciado planteando la conveniencia de incluirlo en la noción de producto al considerarlo “contenido digital funcionalmente equivalente a un programa informático”¹⁰⁶ – aun cuando no quedasen incluidos en la noción de “producto” por no haber sido suministrados de forma individual y autónoma, sí estarían comprendidos en la noción de “componente”, como “servicio conexo”¹⁰⁷. Por consiguiente, podrá desencadenarse responsabilidad por un software defectuoso, ya sea suministrado de forma individual y autónoma, como producto en sí mismo, o ya lo sea como componente, bien por estar integrado el software en el producto o bien por suministrarse como servicio conexo, lo que – destáquese – favorecerá al perjudicado, pues supone que podrá dirigirse¹⁰⁸ tanto frente al fabricante del software como al suministrador del servicio conexo.

33. En todo caso, de la lectura de la Propuesta, se deduce que estos “servicios conexos” pueden ser, bien suministrados por el propio fabricante o por un tercero bajo control del fabricante -en tales supuestos serán considerados “componentes”- o bien, podrán ser proporcionados por terceros que no estén bajo control del fabricante. En este segundo caso, nótese que el fabricante del producto final no respondería, en tanto que el servicio no se ha suministrado bajo su control y tampoco podría imputarse responsabilidad – conforme a la Directiva de Productos – al prestador del servicio, dado que, como ya señalábamos, ésta no es de aplicación a los servicios como tales¹⁰⁹.

34. Por otro lado, también es reseñable la incorporación de los “artículos intangibles” en el concepto de componente. La Propuesta de Directiva no define qué contenidos digitales deberán ser considerados como tales¹¹⁰ y, precisamente por ello, resulta de interés valorar si las informaciones o datos que se integren en un producto, aun cuando no queden incluidas en la noción de “producto”, el actual texto de la Propuesta permite considerarlos “componentes”. En líneas anteriores comentábamos que la Propuesta ha apostado por una definición “funcional” de “servicios conexos”, al comprender como tales a aquellos que permiten que el producto lleve a cabo alguna de sus funciones. Estos servicios, por lo general, están basados en el suministro de información que resulta necesaria para el funcionamiento del propio

¹⁰² El ya citado Cdo. 15 de la Propuesta, además, subraya que la Directiva no debe aplicarse a los servicios como tales, pero que resulta necesario ampliar la responsabilidad objetiva a aquellos servicios digitales que determinen la seguridad del producto.

¹⁰³ En este sentido: A. MACÍA MORILLO, “Artículo 136. Concepto legal de producto”, cit., p. 1980

¹⁰⁴ Así lo observa también el EGNLT Report al afirmar que si bien hasta ahora, la distinción de productos y servicios no había encontrado dificultades insalvables, las tecnologías digitales emergentes, especialmente los sistemas de inteligencia artificial han desafiado esa clara distinción, planteando numerosas cuestiones. Dado que, en los sistemas de inteligencia artificial, productos y servicios interactúan permanentemente, una separación tajante entre ellos es inviable, p.28.

¹⁰⁵ También denominado “SaaS” es un modelo de distribución y de licencias usado para entregar aplicaciones de software a través de Internet, es decir, como un servicio.

¹⁰⁶ Vid. EUROPEAN LAW INSTITUTE, “*ELI Comments on the Commission Proposal*”, p. 9. Se plantea la conveniencia de integrar de forma expresa en el concepto de “producto” el “Software as a service” o “Saas”.

¹⁰⁷ Responde de esta forma la Comisión a los planteamientos de parte de la doctrina sobre la necesidad de sujetar a los proveedores de “Saas” a una responsabilidad objetiva en los mismos términos que a los fabricantes de software al entender que las expectativas de seguridad debían ser equivalentes y que el modo de suministro no alteraba la esencia de su consideración como “software”. EUROPEAN LAW INSTITUTE, “*Response to the European Commission’s Public consultation...*”, p.12.

¹⁰⁸ Resultados de las evaluaciones *ex post*. Evaluación de impacto de la Propuesta de Directiva sobre productos defectuosos, p. 12.

¹⁰⁹ Debiendo, en estos casos, acudir al régimen de responsabilidad por culpa.

¹¹⁰ Si bien el “código fuente” y la “mera información” no quedaban incluidos en el concepto de “producto”, podría cuestionarse si encajan en la noción de “artículos intangibles” y, por tanto, de “componente”.

producto físico (recuérdese que el Cdo.15 ponía como ejemplo los datos que se introducen en un sistema de navegación -“navigation as a service”¹¹¹- que, evidentemente, condicionan su seguridad del producto y pueden provocar su defectuosidad, por lo que parece un acierto considerarlos como “componentes” del mismo). Ahora bien ¿Y si esa información o datos suministrados al producto se realiza de forma puntual? ¿No debería también considerarse componente si resulta esencial para el funcionamiento del producto? ¿Dónde está la línea que separa la información que se considera componente y la que no? ¿En la frecuencia de su suministro? Pensamos que los términos de la Propuesta deberían aclarar la distinción entre el suministro de datos y la noción de información; ello facilitaría las respuestas a estos interrogantes. Como ya pusimos de manifiesto, detallar lo que debe entenderse por “mera información” y aclarar qué datos o informaciones (sean suministrados por el fabricante o por un tercero bajo su control) tienen la consideración de componente del producto es esencial. Y, a nuestro juicio, parecería sensato que, con independencia de su carácter puntual o su suministro periódico, fueran incluidos en dicha noción de componente todos aquellos datos que resulten necesarios para el funcionamiento del producto¹¹².

35. En cualquier caso, como ocurre con el concepto de producto, las innovaciones en la definición de componente son de notable importancia y bienvenidas. Bajo la actual Directiva 85/374/CEE (arts. 3 y 5 y Cdo. 4), si un producto causa daños responden frente al perjudicado tanto el fabricante del producto final como el de cualquiera de sus componentes; regla que se mantiene en la redacción de la Propuesta¹¹³ por lo que la consideración de los “intangibles” y de los “servicios conexos” como componentes atraerá también la responsabilidad de sus fabricantes o proveedores¹¹⁴. En definitiva, ello supondrá que, si el defecto se encuentra en el contenido o servicio digital integrado en el producto final bajo el control del fabricante -tanto si éstos fueron proporcionados por un tercero¹¹⁵ como si le fueron entregados para su integración en el mismo-, el perjudicado podrá demandar tanto al fabricante del producto final como al del intangible o servicio conexo dada su consideración como componente. No obstante, debe recordarse que, al igual que en el caso de los servicios conexos, aquellos artículos intangibles que no sean incorporados por el fabricante o por un tercero bajo su control a un producto, y que provoquen su defectuoso funcionamiento causando daños, obligarán al perjudicado a acudir a la responsabilidad por culpa prevista en los ordenamientos nacionales¹¹⁶, ya que no tienen cobertura bajo la Propuesta de Directiva.

36. Ya en otro orden de cosas, debe tenerse presente que gran parte de los conceptos, que la Propuesta de Directiva actualiza, no son nuevos, sino que coinciden con nociones contempladas en otras normativas; precisamente por ello, debe incidirse en la importancia que tiene la alineación del contenido de diferentes instrumentos legales y áreas del derecho¹¹⁷. Puede apreciarse que la Propuesta de Directiva

¹¹¹ Otro ejemplo podría ser un sistema de inteligencia artificial que riegue la cosecha. Si el suministro de datos sobre las precipitaciones o condiciones meteorológicas se realiza de forma errónea, el sistema puede realizar un riego incorrecto que estropee un determinado cultivo.

¹¹² Entendiendo por tales aquellos cuya ausencia impediría que el producto llevara a cabo una o varias de sus funciones.

¹¹³ Arts. 7.1 y 11 (responsabilidad solidaria) y Cdo. 26 de la Propuesta de Directiva: *La protección del consumidor exige que cualquier fabricante que intervenga en el proceso de producción pueda ser considerado responsable, en la medida en que su producto o un componente suministrado por él sea defectuoso*”.

¹¹⁴ Se introduce la responsabilidad de los proveedores de servicios en el art. 7 de la Propuesta. “Responsabilidad civil e inteligencia artificial Propuesta de armonización de normas europeas en materia de inteligencia artificial y responsabilidad civil por productos defectuosos”, Disponible en: <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/responsabilidad-civil-e-inteligencia-artificial/>.

¹¹⁵ Sin perjuicio de su detenido análisis posterior en el apartado de “sujetos responsables”, debe adelantarse que, cuando los servicios o contenidos digitales sean suministrados por un tercero, el fabricante del producto final respondería únicamente – y de forma solidaria con el fabricante del componente o servicio digital - si estos elementos están bajo su control, bien porque él mismo los suministre, bien porque influya para su suministro por parte de un tercero (Véase Cdo.15 Propuesta de Directiva sobre productos defectuosos). De lo contrario, respondería únicamente el fabricante o proveedor de aquellos intangibles o servicios digitales suministrados- y no el del producto final- conforme al régimen de responsabilidad previsto en los ordenamientos nacionales.

¹¹⁶ Cuyas disposiciones deberán ser adaptadas tras la transposición de la Propuesta de Directiva sobre IA, una vez esta sea promulgada.

¹¹⁷ Así lo subraya el Cdo.4 de la Propuesta. Hasta la fecha, no se ha considerado la relación de la Directiva de Productos con otras normativas (v.gr. Directiva relativa a la seguridad general de los productos 2001/95/CE o la Directiva sobre las ventas

de productos conecta con otros instrumentos legislativos vigentes en la UE como es la Directiva (UE) 2019/770¹¹⁸, que establece “*normas comunes para los contratos celebrados con consumidores relativos al suministro de contenidos y servicios digitales para contribuir al correcto funcionamiento del mercado de la UE*”. Dicha Directiva (UE) cuenta con definiciones, como las de “*producto digital*”, “*bien con elementos digitales*”, “*contenido digital*” o “*servicio digital*”¹¹⁹, y si bien algunas de ellas coinciden sustancialmente con las de la Propuesta de la Directiva de Productos (v.gr. “*producto*”), lo que, a nuestro parecer, sin duda, facilitará la aplicación de ambas normativas, otras no tanto (v.gr. “*contenido digital*”), lo que provocará el efecto contrario. Nótese, también, que la enjuiciada Propuesta parece tener en cuenta el concepto de “*producto*” de la Directiva General de seguridad de los Productos¹²⁰, que reconoce como tal a “*cualquier producto*”, incluyendo a aquellos que “*entren en el marco de una prestación de servicios*”¹²¹, y que teniendo en cuenta parámetros casi idénticos a los de la Directiva de Productos para valorar su seguridad, reforzará las nociones de “*producto*” y de “*defecto*”.

37. De cualquier modo, y más allá de estas concordancias, en el supuesto de que haya divergencias, nos parece relevante insistir en que debe buscarse la máxima similitud de conceptos en las diferentes normativas. Asimismo, en aquellas nociones que se introducen por primera vez (v.gr. *archivos de fabricación digital*), y especialmente en las que no cuentan con una definición en la Propuesta de Directiva (v.gr. *pura información*), debe evitarse el riesgo de que los Estados miembros hagan interpretaciones diferentes, ya que esto haría ineficiente la norma, generando, contrariamente a lo que se pretende, inseguridad jurídica. Creemos que la reformulación de las nociones de “*producto*” y “*componente*” de la Propuesta de Directiva atiende en general las reivindicaciones de la mejor doctrina, sin embargo, existen algunas cuestiones que merecen ser revisadas de nuevo y aclaradas. Dado que la información queda excluida de la noción de producto, es necesario concretar con más exactitud qué se entiende por “*pura información*”. ¿Son los datos de los que se nutren los sistemas de IA mera información? De ser así, parece que no podrían ser considerados tampoco como componentes del producto; pero esta conclusión chocaría con el hecho de que el suministro de datos (en concreto el suministro de datos de un sistema de navegación, cfr. Cdo. 15) tenga la consideración de servicio conexo y, por consiguiente, de componente. Nuevamente nos cuestionamos: ¿tiene sentido establecer diferencias según que el suministro de información o datos necesarios para el funcionamiento de un producto se haga de forma puntual o periódica? Creemos que, de consolidarse la Propuesta en Directiva, debería aclararse esta cuestión.

de los consumidores 2019/771/UE). Sin embargo, la Directiva relativa a la Seguridad de los Productos impone la obligación general a los productores de que se comercialicen “*productos seguros*” y prevé, precisamente, que cuando existe un incumplimiento y el producto causa daños o lesiones, entre en juego la Directiva sobre Productos defectuosos. A pesar de esta conexión, definiciones como “*productor*” o “*defecto*” no están armonizadas. Por ello, en aras de una mejor aplicación de la normativa, se aboga por alinear estos conceptos. EUROPEAN LAW INSTITUTE, “*Guiding principles...*”, p. 4.

¹¹⁸ Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, DOUE L 136/1, de 22 de mayo de 2019.

¹¹⁹ Art. 2 Directiva (UE) 2019/770: “1) «*contenido digital*»: los datos producidos y suministrados en formato digital; 2) «*servicio digital*»: a) un servicio que permite al consumidor crear, tratar, almacenar o consultar datos en formato digital, o b) un servicio que permite compartir datos en formato digital cargados o creados por el consumidor u otros usuarios de ese servicio, o interactuar de cualquier otra forma con dichos datos; 3) «*bienes con elementos digitales*»: todo objeto mueble tangible que incorpore contenidos o servicios digitales o esté interconectado con ellos de tal modo que la ausencia de dichos contenidos o servicios digitales impediría que los bienes realizaran sus funciones (...).”

¹²⁰ Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de diciembre de 2001, relativa a la seguridad general de los productos, «DOCE» núm. 11, de 15 de enero de 2002. Art. 2: “A efectos de la presente Directiva se entenderá por: a) “*producto*”: cualquier producto -incluidos los que entran en el marco de una prestación de servicios-, destinado al consumidor o que, en condiciones razonablemente previsibles, pueda ser utilizado por el consumidor aunque no le esté destinado, que se le suministre o se ponga a su disposición, a título oneroso o gratuito, en el marco de una actividad comercial, ya sea nuevo, usado o reacondicionado. Esta definición no incluye los productos usados suministrados como antigüedades o para ser reparados o reacondicionados antes de su utilización, siempre que el proveedor informe de ello claramente a la persona a la que suministre el producto; b) “*producto seguro*”: cualquier producto que, en condiciones de utilización normales o razonablemente previsibles, incluidas las condiciones de duración y, si procede, de puesta en servicio, instalación y de mantenimiento, no presente riesgo alguno o únicamente riesgos mínimos, compatibles con el uso del producto y considerados admisibles dentro del respeto de un nivel elevado de protección de la salud y de la seguridad de las personas, (...).”

¹²¹ El Cdo.20 de la Propuesta recoge que esta normativa “*debe aplicarse a los productos introducidos en el mercado o, en su caso, puestos en servicio en el transcurso de una actividad comercial*”.

38. En definitiva, la ampliación de estos conceptos – que ahora abarcan tangibles e intangibles¹²² y “servicios conexos” – y su adecuación a la realidad de la era digital, permite presentir que la Directiva, cuando sea promulgada, será más protectora con los perjudicados por productos defectuosos. No obstante, confirmar esta primera impresión y valorar si las demás advertencias doctrinales han sido, en efecto, tenidas en cuenta, requiere, como mencionábamos, un análisis de las demás disposiciones de la misma, al que procedemos seguidamente.

2. El concepto de defecto

39. Examinada la redacción propuesta para actualizar el concepto de producto, procede abordar otro elemento esencial en esta normativa: la noción de “defecto”.

40. El concepto vigente¹²³ atiende exclusivamente a la seguridad del producto¹²⁴: si éste causa daños, debe examinarse si ofrecía *la [seguridad] que legítimamente cabe esperar*. Esta evaluación se realiza caso a caso¹²⁵, según el producto en cuestión¹²⁶, atendiendo a las circunstancias, especialmente a su presentación y al uso que de él pueda hacerse -incluso aquel que, no siendo correcto, pueda ser previsible-¹²⁷, y con una delimitación temporal: a partir de su puesta en circulación¹²⁸.

41. Tal noción de la Directiva 85/374/CEE permite identificar los defectos¹²⁹ propios de productos tangibles, no sujetos a alteraciones posteriores y con funcionalidades expresamente determinadas desde su puesta en circulación¹³⁰, pero no tolera igual su reconocimiento en innovadores productos derivados de nuevas tecnologías. En primer lugar, porque no contempla la posibilidad de que los productos estén interconectados con otros bienes, servicios o contenidos digitales en los que, precisamente, puede encontrarse el defecto, ni tampoco tiene en cuenta el momento temporal en el que éstos se instalan, ni

¹²² Según Hubert Gams, “Webinar on the Proposal for a new Product Liability Directive” celebrado el día 20 de octubre de 2022, organizado por la Comisión Europea, esta nueva redacción incluye todos los tipos de nuevos productos: “Digital products, smart products, printed products and refurbished products”.

¹²³ Art. 6 Directiva 85/374/CEE. Como subraya PARRA LUCÁN, se trata de un concepto “importado” por los autores de la Directiva Comunitaria de la experiencia estadounidense en materia de “products liability” en “Disposiciones generales: Comentario a los arts.128 a 134 TRLC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.) Comentario del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007), Navarra, Aranzadi Thomson Reuters, 2015, p. 1966.

¹²⁴ La doctrina francesa subraya que este concepto es la piedra angular (“*clef de voûte*”) en la materia y que el defecto susceptible de atraer la responsabilidad del productor es aquel que comprometa la seguridad del usuario del producto y no el vicio, ni la falta de conformidad de la cosa. P. LE TOURNEAU, *Responsabilité des vendeurs et fabricants*, Paris, Dalloz, 2015, p. 92.

¹²⁵ Como se ha adelantado, para evitar que la noción de defecto sea subjetiva, se acude a criterios como el análisis de las expectativas del consumidor medio (o de la generalidad o gran público) o la relación de riesgo-utilidad (según la cual “*un producto es defectuoso si una persona razonable concluye que el peligro derivado del uso o consumo del producto es mayor que su utilidad*”). J. SOLÉ I FELIU, *El concepto de defecto del producto en la responsabilidad civil del fabricante*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pp. 132-135. En la misma línea, la doctrina francesa señala que el juez que conozca del asunto debe tener en cuenta la expectativa común de un usuario medio y no la particular del usuario del producto defectuoso, que puede variar según su educación, edad, sexo, caprichos o fobias. P. LE TOURNEAU, *Responsabilité des ...*, cit., p.93.

¹²⁶ Sobre el carácter defectuoso del producto en relación con la Directiva, vid. “Product Liability Directive” en FAIRGRIEVE ET AL., *European product liability...*, cit., pp. 50-61. Y. MARKOVITS, *La directive C.E.E. du 25 juillet 1985...*, cit.

¹²⁷ Los tribunales terminan por establecer la legítima expectativa de seguridad que el público debe esperar -sin perjuicio de la que, de hecho, esperen- de los estándares legales determinados legalmente o aplicables en la práctica. vid. “Product Liability Directive” en FAIRGRIEVE ET AL., *European product liability...*, cit., p. 52.

¹²⁸ Se entiende que este examen debe realizarse en el momento de puesta en circulación del producto, ya que, de lo contrario, si se hiciera en un momento posterior, se correría el riesgo de convertir retroactivamente todos los productos comercializados en defectuosos al elevar el estándar de seguridad al correspondiente a un momento posterior. M.Á. PARRA LUCÁN, *La protección de consumidor...*, cit., pp.130-131.

¹²⁹ En la práctica se distingue entre defectos de fabricación, de diseño y de información. Véase J. SOLÉ I FELIU, *El concepto de defecto...*, cit., pp. 563-739.

¹³⁰ En los “*Guiding principles ...*”, se trataba de una “*puesta en circulación en un momento exacto y determinado*”, pp. 7-8. También en: EUROPEAN LAW INSTITUTE, “*Response to the European Commission’s Public consultation...*”, p.16.

bajo el control de qué sujeto¹³¹. Además, al establecer un momento determinado (la puesta en circulación) a partir del cual se valora la defectuosidad del producto, no toma en consideración que los defectos puedan aparecer en las actualizaciones, periódicas o puntuales¹³² (que no siempre estarán bajo el control del fabricante¹³³) a las que, previsiblemente, estarán sometidos los productos o sus elementos digitales¹³⁴. Por último, tampoco prevé la posibilidad de que el producto evolucione debido a su capacidad de autoaprendizaje. En consecuencia, una revisión de la noción de defecto resulta esencial para que pueda responder a la naturaleza de los productos de la era digital.

42. En términos similares a los de la Directiva 85/374/CEE, el art. 6 de la Propuesta mantiene que un producto “*se considerará defectuoso cuando no ofrece la seguridad que el público en general tiene derecho a esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias, incluso: a) la presentación del producto, incluidas las instrucciones de instalación, uso y mantenimiento; b) el uso razonablemente previsible y el uso indebido del producto*”. En consecuencia, puede afirmarse que el criterio para determinar la defectuosidad de un producto sigue siendo, sustancialmente, el mismo¹³⁵ y que, cuando los tribunales valoren cuáles son las “legítimas expectativas” de seguridad del producto, continuarán teniendo en cuenta tanto su presentación, como el uso que de él pueda hacerse¹³⁶. Ahora bien, además, el citado artículo incorpora expresamente otras circunstancias que deben evaluarse, coherentes con la ampliación de la noción de producto y de componente. Entre los que aquí interesan, sugiere como criterios: la posibilidad del producto de seguir aprendiendo después de su distribución o implantación y las consecuencias que puedan derivarse (apdo. “c”); el efecto que el producto pueda tener sobre otros (bienes) que razonablemente puede esperarse que se utilicen junto con él (apdo. “d”); la introducción del producto en el mercado y el control que el fabricante mantenga sobre éste tras ella (apdo. “e”); el cumplimiento con los estándares de seguridad, incluyendo los de ciberseguridad (apdo. “f”); la posible intervención de una autoridad regulatoria o un operador económico respecto de la seguridad del producto (apdo. “g”); así como, las expectativas específicas de los usuarios finales a los que el producto está dirigido (apdo. “h”).

43. Estos criterios otorgan sin duda más herramientas para valorar la existencia de un defecto, aunque debe subrayarse que algunos de ellos ya tenían precedentes. Por ejemplo, la posible intervención de una autoridad reguladora¹³⁷ o la condición de los destinatarios de los productos¹³⁸, aunque no

¹³¹ En los “*Guiding principles...*” se concluía que la noción de defecto debía ser reconsiderada para reflejar las particulares características de los productos y componentes digitales. EUROPEAN LAW INSTITUTE, p.8.

¹³² WENDERHORST corrobora que uno de los motivos principales para reformar la Directiva de productos es que no cubre los defectos causados por las actualizaciones de software. En “*AI liability in Europe: anticipating...*”, cit., p. 16.

¹³³ En la “*Response to the European Commission’s Public consultation...*” se afirma que en caso de que el producto permanezca bajo el control del fabricante la responsabilidad de éste debe prolongarse. EUROPEAN LAW INSTITUTE, p.16.

¹³⁴ Se ha señalado la conveniencia de, en primer lugar, adaptar la Directiva 85/374/CEE a las consecuencias que conlleva la realización de actualizaciones una vez el producto está en circulación; en segundo término, el acierto que supondría que resultase irrelevante, a efectos de responsabilidad, el momento en el que el contenido digital se instale en el producto tangible si es esencial para que este funcione; como tercera cuestión, la importancia de reconocer a la víctima la posibilidad de reclamar los daños tanto frente al fabricante del producto físico como al de los elementos o contenidos y, por último, la oportunidad de abordar la cuestión de los servicios esenciales para el funcionamiento del producto y su tratamiento. Vid. EUROPEAN LAW INSTITUTE, “*Response to the European Commission’s Public consultation...*”, pp. 9-11.

¹³⁵ Así lo subraya la justificación previa de la propia Propuesta de Directiva sobre productos defectuosos, p.14.

¹³⁶ En el caso del uso indebido, el fabricante sólo será responsable si ese uso podía razonablemente preverse. Además, GÓMEZ LIGÜERRE observa con acierto que la previsión del “uso indebido” se moderará, en la práctica, “con la reducción de responsabilidad del operador económico en los casos de culpa concurrente de la víctima” en “*La propuesta de directiva...*”, cit., p.5.

¹³⁷ En la STS 9 diciembre 2010 (RJ 2011\1408), el Alto Tribunal consideró defectuosas unas prótesis mamarias que fueron extraídas por su posible toxicidad siguiendo la recomendación preventiva del Ministerio de Sanidad y Consumo que aconsejó su sustitución por otras por la falta de estudios del fabricante sobre los posibles efectos tóxicos del relleno y su uso prolongado. En sentido similar (partiendo de la STS 9 diciembre 2010 -y de la STJUE 5 marzo 2015, citada a continuación-), se pronuncia en la STS 1 marzo 2021(RJ 2021\881) en el supuesto de unas prótesis, en este caso de cadera, que fueron voluntariamente retiradas del mercado tras probarse que sus sistemas tenían una mayor tasa de revisión de la esperada.

¹³⁸ Fue tenido en cuenta en la STJUE 5 marzo 2015, TJCE\2015\107, asuntos C-503/10 y C-504/13, en la que se subrayó que, tratándose de dispositivos médicos: “*habida cuenta de su función y de la situación de particular vulnerabilidad de los pacientes que utilizan esos dispositivos, los requisitos de seguridad relativos a ellos, que tales pacientes pueden esperar legítimamente, son particularmente elevados*”. En el mismo sentido: P. JOURDAIN, “*La responsabilité du fait des produits...*”, cit., p.35.

estuvieran contemplados explícitamente, ya habían sido empleados por la jurisprudencia para evaluar la defectuosidad de un producto. De hecho, la Propuesta de Directiva, por su redacción, parece haberse inspirado precisamente en esta jurisprudencia europea al incorporarlos de forma expresa¹³⁹. En todo caso, su inclusión, junto con la introducción de nuevas circunstancias¹⁴⁰, modernizan la noción de defecto y, además, a nuestro juicio, facilitarán la tarea de los tribunales europeos al identificar legalmente las herramientas de valoración disponibles.

44. Habida cuenta de que, como mencionábamos, cada vez resulta más frecuente que los nuevos productos digitales estén interconectados¹⁴¹ y que evolucionen o sean actualizados tras su puesta en circulación -con frecuencia bajo el control del fabricante-, la Propuesta de Directiva trata de paliar los problemas que puedan plantearse con la introducción de nuevas pautas que permitan reconocer complejos defectos de estos productos digitales¹⁴². Así, podrá tenerse en cuenta, incluso, la evaluación del continuo aprendizaje del producto o la consecuencia de su uso conjunto con otros bienes. Estos parámetros, sin duda, adaptan la identificación de defectos al contexto del internet de las cosas (v.gr. un vehículo autónomo que, fruto de su capacidad de autoaprendizaje, tome decisiones por sí mismo sobre su funcionamiento que lo conviertan en defectuoso; o que, al interconectarse con otros productos (software) pueda originarse o aparecer el defecto).

45. Es notorio que la nueva redacción, más concretamente el apdo. “e” del art.6, también tiene en cuenta tanto el momento de introducción en el mercado o puesta en servicio del producto¹⁴³, como el control que el fabricante mantenga sobre el mismo tras esos momentos¹⁴⁴. Por consiguiente, contempla la posibilidad de que el producto, o sus componentes, estén sujetos a mejoras o actualizaciones y, además, subraya la relevancia del control que el fabricante conserve sobre el producto¹⁴⁵ (v.gr. siguiendo con el ejemplo anterior, se contemplaría así la posibilidad de que el vehículo autónomo pueda convertirse en defectuoso una vez se actualice o lo hagan los servicios o componentes digitales de los que se sirva). La incorporación de esta última circunstancia como criterio de valoración de un defecto es muy relevante¹⁴⁶, ya que supone que el fabricante responderá de los daños causados por el producto final, tanto si éstos han sido provocados por sus componentes -si se han introducido a su instancia, incluso en un momento posterior-, como si lo han sido por las actualizaciones (o la falta de ellas) -en el producto final o en sus componentes- efectuadas por él mismo o por terceros bajo su control. Además, para completar

¹³⁹ De acuerdo con el Cdo. 22 de la Propuesta, se exige que la seguridad que el público en general tiene derecho a esperar se evalúe teniendo en cuenta, entre otras, la finalidad prevista, las características objetivas y las propiedades del producto en cuestión, así como los requisitos específicos del grupo de usuarios al que se destina el producto. Es más, se menciona expresamente que algunos productos, como los productos sanitarios vitales, entrañan un riesgo especialmente elevado de causar daños a las personas y, por tanto, dan lugar a expectativas de seguridad especialmente altas. Asimismo, el Cdo. 24 también exige que la intervención de una autoridad regulatoria sea tenida en cuenta, aunque no suponga, de forma automática, que el producto sea defectuoso.

¹⁴⁰ En su mayoría, puede apreciarse que los criterios del *ELI Draft of a Revised Product Liability Directive* coinciden con los de la Propuesta de Directiva de la Comisión. EUROPEAN LAW INSTITUTE, cit., p.16.

¹⁴¹ Por ello, el Cdo. 23 de la Propuesta de Directiva señala que es necesario que la evaluación de la seguridad de un producto tenga en cuenta: los efectos de otros productos o elementos sobre el producto en cuestión, el efecto sobre la seguridad de un producto de su capacidad de aprendizaje tras su puesta en circulación (pues parece legítimo esperar que el software y los algoritmos de un producto estén diseñados para evitar comportamientos peligrosos de éste), el control del fabricante sobre el producto más allá del momento en que se comercializa y su vulnerabilidad en materia de ciberseguridad.

¹⁴² En términos similares: EUROPEAN LAW INSTITUTE, “*ELI Draft...*”, cit., p. 17.

¹⁴³ En la Directiva 85/374/CEE correspondería con el momento de “*puesta en circulación*”.

¹⁴⁴ El Cdo. 23 de la Propuesta de Directiva sobre productos exige que sea tenido en cuenta este parámetro en la evaluación de seguridad para reflejar que en la era digital muchos productos son modificados -bajo el control del fabricante- más allá de estos hitos temporales.

¹⁴⁵ Lo que implícitamente también reconoce la capacidad de usuarios y otros operadores de modificar el producto.

¹⁴⁶ En la “*Response to the European Commission’s Public consultation...*” se incidía en que la Directiva de Productos, de manera recurrente, señalaba el momento de “*puesta en circulación*” del producto, lo que tenía sentido cuando ésta podía identificarse con un único momento -pero no en la actualidad- y en que la continua monitorización y actualización de los productos digitales o sus elementos debían permitir responsabilizar al fabricante más allá del momento en el que el producto fue puesto en circulación. EUROPEAN LAW INSTITUTE, p.16.

esta disposición -acertadamente, a nuestro juicio- la Propuesta identifica los hitos temporales relevantes. Así, precisa que la “*introducción en el mercado*” se corresponde con la comercialización inicial del producto (art. 4.8) y la “*puesta en servicio*” con su primera utilización en el transcurso de una actividad comercial (art. 4.10). Y, consecuentemente, establece las exenciones de responsabilidad oportunas teniendo en cuenta estos momentos¹⁴⁷, con el correspondiente matiz en caso de que las actualizaciones estén bajo el control del fabricante¹⁴⁸.

46. Cabe en este punto destacar que la Propuesta de Directiva también prevé la posibilidad de que el producto pueda ser modificado sustancialmente fuera del control del fabricante (v.gr. por usuarios u otros operadores), en cuyo caso éste no responderá (art.7.4)¹⁴⁹.

47. Adicionalmente, volviendo a las circunstancias que permiten valorar la seguridad del producto del art. 6 de la Propuesta, la incorporación expresa de los estándares legales de seguridad (apdo. “f”) es especialmente significativa porque incluye los requisitos de ciberseguridad¹⁵⁰. Con esta disposición se evidencia que la seguridad de un producto también depende, a día de hoy, de los medios establecidos para evitar los ataques digitales que pueda sufrir. Y, precisamente por ello, amplía la cobertura de “defecto” al contemplar la posibilidad de que éste se derive de las deficientes medidas tomadas en este ámbito¹⁵¹, subrayando de paso la obligación de los fabricantes de garantizar la conformidad de los productos -digitales y con elementos digitales- que se ponen a disposición en el mercado de la UE con los requisitos de ciberseguridad¹⁵² y, por descontado, con el resto de estándares exigidos. No obstante, no se olvide que un producto puede seguir considerándose defectuoso pese a que cumpla estrictamente con

¹⁴⁷ Como veremos más adelante, el art. 10.1.c) de la Propuesta (que matiza la previsión del art.7 b de la Directiva 85/374/CEE) prevé la exención de los operadores económicos si consiguen demostrar una alta probabilidad de que el defecto causante del daño no existía “*cuando el producto fue introducido en el mercado, puesto en servicio o, en el caso de un distribuidor, comercializado, o que este defecto se produjo después de ese momento*”. Salvo que, de acuerdo con el art. 10.2 de la Propuesta, el defecto se deba “*a alguna de las causas siguientes, siempre que estén bajo control del fabricante: a) un servicio conexo; b) programas informáticos, incluidas las actualizaciones o mejoras o c) la falta de actualizaciones o mejoras de los programas informáticos necesarias para mantener la seguridad*”. Esto es, en el caso del fabricante, únicamente se liberará de responsabilidad si demuestra que el defecto causante del daño apareció de forma posterior -y que no existía en el momento de su introducción en el mercado o puesta en servicio-, salvo que la defectuosidad esté provocada por un elemento o una falta de actualización que estuvieran bajo su control.

¹⁴⁸ El Cdo. 37 de la Propuesta aclara en los siguientes términos cuándo se considera que el software está integrado en el producto y cuándo los servicios conexos están bajo el control del fabricante: “*(...) dado que las tecnologías digitales permiten a los fabricantes ejercer control más allá del momento de la introducción del producto en el mercado o de la puesta en servicio, los fabricantes deben seguir siendo responsables de las deficiencias que se produzcan después de ese momento como resultado de programas informáticos o servicios conexos que estén bajo su control, ya sea en forma de mejoras o actualizaciones o de algoritmos de aprendizaje automático. Estos programas informáticos o servicios conexos deben considerarse bajo el control del fabricante cuando sean suministrados por él o cuando este los autorice o influya de otro modo en su suministro por un tercero*”. En términos similares, la Propuesta de Directiva presentada por el ELI también hacía énfasis en la distinción entre los casos en los que las modificaciones en el producto, en sus elementos o contenidos digitales estén “controladas” -bien incluidas directamente o, por lo menos, autorizadas-, por el fabricante y las que son introducidas por otros sujetos (v.gr. el fabricante de alguno de los componentes, los proveedores de servicios, el usuario final o un distribuidor), atribuyendo responsabilidad al productor por los daños causados si el producto es actualizado bajo su control. EUROPEAN LAW INSTITUTE, “*ELI Draft...*”, cit., p.11.

¹⁴⁹ Véase Epígrafe III. “Los sujetos responsables”.

¹⁵⁰ La COMISIÓN EUROPEA ha presentado una Propuesta de regulación sobre el cumplimiento de requisitos de ciberseguridad, el 15 de septiembre de 2022, con el objetivo de proteger a consumidores y empresas de productos con características de seguridad inadecuadas: Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on horizontal cybersecurity requirements for products with digital elements and amending Regulation (EU) 2019/1020 Brussels, 15 septiembre 2022, COM(2022), 454 final. Disponible en: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/cyber-resilience-act>.

¹⁵¹ Los resultados de las evaluaciones ex post, de las consultas con las partes interesadas y de las evaluaciones de impacto de la Propuesta de Directiva sobre productos defectuosos señalaban con claridad que “*hubo un amplio consenso entre todos los grupos interesados en que un producto podía considerarse defectuoso por tener vulnerabilidades en materia de ciberseguridad*”. Es más, la mayoría abogaba por extenderlo por no proporcionar las actualizaciones necesarias para hacer frente a esas vulnerabilidades.

¹⁵² Comunicado de prensa de 15 de septiembre de 2022, “*Estado de la Unión: nuevas normas de la UE en materia de ciberseguridad garantizan unos equipos y programas informáticos más seguros*”. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_22_5374, (Consultado el 14 de febrero de 2023).

la normativa, ya que en todo caso debe alcanzar “las legítimas expectativas de seguridad”¹⁵³. Por tanto, como veremos al tratar las causas de exoneración, el fabricante únicamente podrá liberarse de responsabilidad cuando sea precisamente el cumplimiento de la normativa la causa del daño.

48. Destáquese, finalmente, como significativo que la Propuesta mantenga la provisión contemplada – y excepción a la defectuosidad del producto – en el art. 6 de la Directiva 85/374/CEE: “*un producto no se considerará defectuoso por la única razón de que, posteriormente, se haya puesto en circulación un producto más perfeccionado*”, a fin de que la posterior aparición en el mercado de un producto mejor no cercene la elección de los consumidores ni la innovación (Cdo.25). A pesar de que algunas voces dudaban de que esta delimitación temporal siguiera resultando funcional¹⁵⁴, por considerar que la puesta en circulación de los productos con elementos digitales, o directamente digitales, no puede ya identificarse con un único momento¹⁵⁵, se sigue sensatamente, a nuestro parecer, manteniendo la lógica de que no es posible elevar el estándar de seguridad¹⁵⁶ para valorar la defectuosidad de un producto a un momento posterior¹⁵⁷. Ahora bien, estrechamente relacionado con esta cuestión, y además tratándose de un factor que ya ha sido tenido en cuenta por la jurisprudencia española, se encuentra el problema de delimitación de la “vida útil” del producto¹⁵⁸. La Propuesta de Directiva elaborada por el ELI añadía expresamente que el producto debía mantenerse seguro durante su “vida útil prevista”¹⁵⁹, no obstante, la Propuesta de Directiva de la Comisión no lo incorpora expresamente. Como se ha mencionado con anterioridad, el fabricante del producto original es responsable de sus actualizaciones (salvo que no estén bajo su control), por lo tanto, la falta de ellas para atender a vulnerabilidades de seguridad que puedan producirse en el futuro generaría la responsabilidad del productor¹⁶⁰. Así las cosas, a priori, parece sensato afirmar que, si el producto depende de ellas para mantenerse seguro, el fabricante deberá llevar a cabo las oportunas actualizaciones durante toda su “vida útil” para que éste no se considere defectuoso, aunque la determinación de este concepto deberá ser abordada en cada supuesto¹⁶¹. Precisamente por ello, es clave el papel que juegan los tribunales en esta cuestión, al ser quienes tienen la última palabra en la evaluación del caso concreto para determinar la defectuosidad de un producto.

¹⁵³ En el “*ELI Draft ...*” se subrayaba que la legislación sobre seguridad de los productos no debía invocarse como una defensa del fabricante, sino como referencia de las expectativas legítimas del público. De hecho, se señalaba que el cumplimiento de los requisitos de seguridad no permitía, por sí solo, que el fabricante se eximiera de responsabilidad y que, de hecho, aun en caso de cumplimiento, el producto podía seguir considerándose defectuoso (poniendo como ejemplo el caso de que requisitos legales estuvieran obsoletos o incompletos. EUROPEAN LAW INSTITUTE, cit., p.17.

¹⁵⁴ Y precisamente por ello, en el “*ELI Draft*” se optaba por eliminar la delimitación temporal. EUROPEAN LAW INSTITUTE, cit., pp. 16-17.

¹⁵⁵ Vid. EUROPEAN LAW INSTITUTE, “*Response to the European Commission’s Public consultation...*”, p.15.

¹⁵⁶ La doctrina francesa afirma inequívocamente que “*l’obsolescence n’est pas un défaut*”. P. JOURDAIN, “La responsabilité...”, cit., p. 38.

¹⁵⁷ Puede ser ilustrativo el siguiente ejemplo: al igual que, hasta ahora, no se ha considerado defectuoso un coche sin freno ABS -que previene el bloqueo de las ruedas en caso de frenada de emergencia- cuando los coches, más nuevos, que sí lo incluían, fueron puestos en circulación, parece razonable que, en adelante, tampoco se consideren defectuosos aquellos coches equipados a día de hoy con un sistema de anticolisión frontal -que bien puede impedir el choque contra un obstáculo o bien puede disminuir la velocidad para que el impacto sea menor- cuando aparezcan en el mercado coches que cuenten con un software que interprete con gran exactitud no sólo la frenada, sino el comportamiento de otros vehículos en carretera para evitar accidentes.

¹⁵⁸ Por ejemplo, fue atendido implícitamente la STS 14 septiembre 2018 (RJ 2018\3995) al considerar defectuosos unos codos de cobre de un sistema de calefacción al entender que, de acuerdo con las expectativas del usuario (y a falta de pruebas aportadas por el demandado), la vida útil del producto no podía estar limitada a 6 años, sino que debía ser más extensa.

¹⁵⁹ EUROPEAN LAW INSTITUTE, “*ELI Draft ...*”, cit., p. 16.

¹⁶⁰ El Cdo. 38 de la Propuesta hace especial énfasis en la responsabilidad del fabricante en caso de que no provea actualizaciones de seguridad para el software que sean necesarias para remediar las vulnerabilidades del producto frente a los ciberriesgos en constante evolución.

¹⁶¹ En el escenario actual, donde es habitual encontrarse con la “obsolescencia programada”, podría plantearse que el fabricante estuviera obligado a aportar información sobre este extremo. De esta manera, los usuarios podrían saber durante cuánto tiempo el producto deberá actualizarse “obligatoriamente” y optar, con más conocimiento, por productos cuya vida útil sea más larga.

3. Los sujetos responsables

49. El punto de partida de la regulación actual se encuentra en la Directiva 85/374/CEE¹⁶², cuyo considerando segundo manifiesta, con rotundidad, que el problema del justo reparto de los riesgos ligados a la producción técnica moderna sólo puede resolverse con el criterio de la responsabilidad objetiva del productor¹⁶³ y, consecuentemente, así la establece en su art. 1: “*El productor será responsable de los daños causados por los defectos de sus productos*”.

50. En la noción actual de “productor” (art. 3 Directiva 85/374/CEE), están incluidos diferentes sujetos¹⁶⁴: el fabricante del producto y de cualquiera de sus componentes, el importador del producto al territorio europeo -precisamente para evitar que los ciudadanos europeos tengan que localizar al productor de un país que no sea miembro de la UE pudiendo resultar perjudicados si el régimen de responsabilidad es menos favorable en ese país de origen del producto- y el “fabricante aparente” -esto es, aquel que se publicite como tal-. Además, se hace responder, subsidiariamente, al suministrador, cuando el resto de los operadores económicos no puedan ser identificados, o se encuentren fuera de la UE, y éste no revele oportunamente la identidad del fabricante o del importador¹⁶⁵. En definitiva, con el fin de proteger a los perjudicados, la Directiva 85/374/CEE hace responsables a la mayoría de los participantes del proceso de producción¹⁶⁶ (Cdo. 4) y, adicionalmente, determina el carácter solidario de la responsabilidad (Cdo. 5 y art. 5), previendo la posibilidad de que el perjudicado pueda reclamar, en caso de que haya varios sujetos responsables por el mismo daño, a cualquiera de ellos su reparación íntegra.

51. Pues bien, esta delimitación de sujetos responsables no resulta suficiente en la actualidad, en la que cada vez hay más escenarios donde intervienen operadores económicos cuya responsabilidad no se contempla en la normativa vigente. A día de hoy, las cadenas de producción han dejado de ser lineales y un mayor número de sujetos están implicados en ellas¹⁶⁷, tanto en la parte del proceso de dise-

¹⁶² Dado que el legislador europeo tiene la competencia para armonizar las leyes en materia de responsabilidad por productos defectuosos (art. 144 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), también es competente para determinar quiénes son los sujetos responsables. *vid.* “Product Liability Directive” en FAIRGRIEVE ET AL., *European product liability...*, cit., p.62.

¹⁶³ La responsabilidad del productor se asocia al defecto del producto y no a su producción. Por ello, el régimen de responsabilidad es objetivo, en tanto el título de imputación es la producción del daño dentro de la esfera de control del agente (y no su culpa o negligencia) como claramente señala A. MACÍ MORILLO, “Artículo 135. Principio general”, en A. CAÑIZARES LASO (Dir.) y L. ZUMAQUERO GIL (Coord.), “Comentarios al texto refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios. Tomo II (arts. 92 a 170 y Disposiciones)”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 1974.

¹⁶⁴ En España, debemos acudir a los arts. 5 y 138 del TRLC.

¹⁶⁵ Esto es, frente a los que podrían denominarse “productos anónimos” responde el suministrador del producto, que será tratado como el fabricante del mismo si no revela la identidad del fabricante, importador o sujeto que le proporcionó el producto. *vid.* “Product Liability Directive” en FAIRGRIEVE ET AL., *European product liability...*, cit., Pp. 67; En la sentencia de 2 de diciembre de 2009 del TJUE, Caso C-358/08, *Aventis Pasteur SA v OB*, el Tribunal aclaró, tras una cuestión prejudicial planteada por la *House of Lords* (Reino Unido) que el art. 3 de la Directiva debía interpretarse en el siguiente sentido: “*cuando el perjudicado por un producto supuestamente defectuoso no pudo razonablemente identificar al productor de dicho producto antes de ejercitar sus derechos frente al suministrador del mismo, dicho suministrador debe ser considerado «productor» a efectos, en particular, de la aplicación del artículo 11 de dicha Directiva [prescripción], si no comunicó al perjudicado, por iniciativa propia y de manera diligente, la identidad del productor o de su propio suministrador, extremo este que corresponde comprobar al tribunal nacional, habida cuenta de las circunstancias del caso*”. Es importante destacar que no se exige una imposibilidad absoluta para identificar al fabricante, sino que “*en función de las circunstancias del caso concreto, bastará con que a la víctima no le resulte posible de una manera razonable identificar al productor*” como subraya la STS 34/2020 de 21 enero de 2020 (RJ/2020/646). Sobre la obligación de información del suministrador: J. SOLÉ FELIU, “Responsabilidad del suministrador y daños causados por productos defectuosos. Comentario a la STS de 21 de enero de 2020 (RJ 2020, 646)”, Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil, n°114, 2020, pp. 345-374. R. DE ANGEL YÁGUEZ, “La responsabilidad civil de los suministradores”, *Estudios de Deusto*, n° 2/52, 2013, pp. 11-68. V. PRE, “Les limites de la responsabilité du fournisseur au sens de la directive 85/374/CEE relative à la responsabilité du fait des produits défectueux (a propos de l’arrêt prononcé le 10 janvier 2006 par la C.J.C.E., O’byrne)”, *Revue européenne de droit de la consommation*, n°4, 2005, pp. 347-351.

¹⁶⁶ Entendiendo el “proceso de producción” en un sentido amplio que incluye su suministro. Así lo afirma la doctrina europea aunque, puntualizando que, entre otros, los “diseñadores” quedan excluidos. “Product Liability Directive” en FAIRGRIEVE ET AL., *European product liability...*, cit., p.61.

¹⁶⁷ Sobre este particular, FAIRGRIEVE analiza los sujetos que quedan excluidos de la noción de “productor”. “Product Liability Directive” en FAIRGRIEVE ET AL., *European product liability...*, cit., p.71.

ño y fabricación del producto (v.gr. diseñador de un bien para su impresión en 3D), como en su puesta en marcha (v.gr. prestador de un servicio que se integra en el producto) o en su comercialización (v.gr. plataformas digitales). Estos nuevos participantes no están comprendidos en la noción de productor, ni en la de suministrador, y, por tanto, actualmente no pueden ser considerados responsables en los mismos términos que aquellos sujetos que sí lo están¹⁶⁸, lo que puede dar lugar a una falta de imputación de responsabilidad. Este panorama evidencia la necesidad de reconsiderar qué sujetos deben responder por los daños causados por productos defectuosos.

52. Como certeramente ya señalara el *EGNLT Report*¹⁶⁹, para una justa y eficiente distribución del riesgo, deberán responder aquellos sujetos cuyo *comportamiento* cause el daño, los que se *beneficien* de la actividad susceptible de causarlo o quienes tengan el *control del riesgo* y puedan *evitarlo* o bien *contratar un seguro*, de forma más asequible (la cursiva es nuestra). Por ello, a partir de tal consideración general, el art. 7 de la Propuesta de Directiva actualiza qué operadores económicos deben responder, incluyendo, en consonancia con lo apuntado por los autores del EGNLT Report y por la doctrina¹⁷⁰, nuevas categorías de sujetos responsables.

53. Por un lado, dando continuidad a lo contemplado en la Directiva 85/374/CEE (arts.1 y 3), en la Propuesta de Directiva se sigue considerando responsable al fabricante del producto. No obstante, esta noción se amplía y ahora incluye no sólo a la persona física o jurídica “*que desarrolla, fabrica o produce un producto*” o “*que lo comercializa con su nombre o marca*”¹⁷¹, sino también a aquella “*que manda diseñar o fabricar un producto*” o que “*produce un producto para su uso propio*” (art. 4.11)¹⁷². Igualmente, siguen entre los sujetos responsables el fabricante de cualquier componente (Cdo. 26) –y recordemos aquí que la ampliación de la noción de “componente”, donde ahora quedan incorporados “artículos intangibles” y “servicios conexos”, conlleva una correlativa expansión del elenco de sujetos responsables–, así como el importador del producto¹⁷³ al territorio europeo. Asimismo, se mantiene la responsabilidad subsidiaria del suministrador cuando incumpla la obligación que pesa sobre él de identificar al fabricante, importador u otro operador económico que le haya suministrado, a su vez, el producto

¹⁶⁸ Respecto a la reevaluación de esta noción, se ha señalado la importancia de reconsiderar qué sujetos debían ser responsables frente al perjudicado; siendo, por ejemplo, relevante el papel que otros sujetos pueden tener en la seguridad del producto y en el suministro de bienes (v.gr. plataformas online, a pesar de los diferentes roles que pueden asumir). EUROPEAN LAW INSTITUTE, “*Guiding principles...*”, p. 6.

¹⁶⁹ En el que se subraya que las normas vigentes en materia de responsabilidad ofrecen soluciones con respecto a los riesgos creados por las nuevas tecnologías digitales, pero que éstas no siempre son apropiadas por fallar en una justa asignación de riesgos “*por no atribuirse a aquellos cuyo comportamiento censurable causó el daño; o que se beneficiaron de la actividad que causó el daño; o que controlaban el riesgo que se materializó; o que podían haberlo evitado incurriendo en menos costes o en la contratación del seguro más barato*”, por generar desigualdad entre las víctimas de productos de nuevas tecnologías y los de tecnologías convencionales y por convertir el acceso a la justicia en excesivamente oneroso. EGNLT Report, p.7.

¹⁷⁰ EUROPEAN LAW INSTITUTE, “*Guiding principles...*”, p. 6.

¹⁷¹ La responsabilidad del “*fabricante aparente*” se sigue contemplando de forma expresa. El TJUE se ha pronunciado recientemente sobre este extremo en la STJUE 7 julio 2022 (ECLI:EU:C:2022:536), donde aclara la interpretación que debe realizarse del concepto de “*productor aparente*” en un caso de daños producidos por un incendio causado por una máquina de café fabricada por Saeco International Group, filial de “Koninklijke Philips”. La marca “Philips” aparecía en el producto y por ello se planteaba si era responsable. El tribunal concluyó que el art. 3.1 de la Directiva 85/374/CEE “*debe interpretarse en el sentido de que el concepto de “productor” a que se refiere dicha disposición no exige que la persona que haya puesto o haya autorizado a que se pongan su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo en el producto se presente también de alguna otra forma como productor de este*”. En conclusión, Philips fue declarado responsable y se confirmó que no pesa sobre el perjudicado la carga de identificar al verdadero productor a efectos de dirigir su pretensión de indemnización de daños y perjuicios.

¹⁷² El Cdo. 20 de la Propuesta exige, para que esta normativa resulte aplicable, que los productos hayan sido introducidos en el mercado o puestos en servicio en el transcurso de una actividad comercial y, por su parte, el Cdo. 2 y el art.7, aluden a los “operadores económicos” como responsables. Por consiguiente, llama la atención la incorporación como responsable de aquel que “*desarrolla, fabrica o produce un producto para su uso propio*”. Piénsese, por ejemplo, en un particular que fabrique –mediante una impresora 3D– un producto para su propio uso que provoque daños ¿no resulta demasiado exigente que el particular sea responsable objetivamente frente al perjudicado? Pensamos que este supuesto debería revisado y, además, aclarado si –en el caso de productos fabricados para uso propio– se exige (para poder aplicar este régimen especial) que formen parte de su actividad comercial.

¹⁷³ Como ha sido expuesto con anterioridad, fabricante e importador quedan comprendidos en la noción de “productor”.

(art.7.5); si bien, con la nueva redacción, su obligación se extiende, exigiéndole que revele la identidad de otros operadores económicos -contemplados en la Propuesta de Directiva y que, a continuación, veremos (v.gr. representante autorizado o prestador de tramitación de pedidos a distancia)- y, además, se acota temporalmente: dispondrá del plazo máximo de un mes para revelar esta información¹⁷⁴. En caso de incumplimiento, el suministrador responderá, en defecto de los operadores económicos, por los daños causados por el producto defectuoso¹⁷⁵.

54. Por otra parte, el art. 7 de la Propuesta de Directiva incorpora como responsables a nuevos operadores económicos y, adicionalmente, define las circunstancias que servirán como parámetros a la hora de imputarles responsabilidad. Se trata del denominado “representante autorizado”, de los “prestadores de tramitación de pedidos a distancia”, de las “plataformas en línea” y de “quienes modifiquen sustancialmente un producto ya introducido en el mercado”. Veamos detenidamente estas figuras.

55. En primer lugar, con la pretensión de establecer unas condiciones más equitativas entre los fabricantes de la UE y de terceros países, se introduce la figura del “representante autorizado” del productor (art. 4.12). Éste será aquel sujeto que, con sede en la UE, sea nombrado representante por las propias empresas fabricantes localizadas en terceros países y responderá, en los mismos términos que el importador (art. 7.2)¹⁷⁶, por la introducción de productos en el territorio europeo (en consonancia con lo dispuesto en el Reglamento sobre vigilancia del mercado¹⁷⁷ y, también, de conformidad la Propuesta de Reglamento relativo a la seguridad general de los productos¹⁷⁸).

56. En segundo término, se incorporan como sujetos responsables los “prestadores de tramitación de pedidos a distancia” o “fulfilment service providers” (en adelante, “prestadores de servicios logísticos”). Esta novedosa figura es fruto de la vigilancia del mercado (Cdo. 27), que ha permitido advertir la participación de estos nuevos operadores económicos en las cadenas de suministro¹⁷⁹. Estos prestadores de servicios logísticos son, de acuerdo con el art. 4.14 de la Propuesta, aquellas personas físicas o jurídicas que ofrezcan “en el curso de su actividad comercial, al menos dos de los siguientes servicios: almacenar, embalar, dirigir y despachar, sin tener la propiedad de los productos en cuestión, con la excepción de los servicios postales”¹⁸⁰. Esto es -en su mayoría- empresas que almacenan, distribuyen y envían los productos fabricados por un tercero cuando un consumidor solicita su compra online

¹⁷⁴ En la Directiva 85/374/CEE no existía un plazo concreto. Su art. 3.3 refería un “plazo de tiempo razonable”.

¹⁷⁵ A título de ejemplo, la Audiencia Provincial de Málaga, en su sentencia 14 junio 2016 (AC\2017\39), una vez acreditado por la parte actora el daño, el defecto del producto -que en este caso se trataba de una prótesis de cadera de metal- y la relación de causalidad entre estos, declaró la responsabilidad del suministrador (la entidad Johnson & Johnson, S.A.) por la falta de identificación del productor a tiempo (pese a que finalmente se reveló que se trataba de una filial de su grupo empresarial).

¹⁷⁶ De acuerdo con la redacción del art.7.2 de la Propuesta parece sensato asumir que, en caso de concurrencia, responderían (representante autorizado e importador) de forma solidaria.

¹⁷⁷ De acuerdo con el art. 3 (12) del Reglamento: “toda persona física o jurídica establecida en la Unión que ha recibido un mandato por escrito de un fabricante para actuar en su nombre en relación con tareas específicas relativas a las obligaciones del fabricante conforme a la legislación de armonización de la Unión aplicable o a los requisitos del presente Reglamento”. Reglamento (UE) 2019/1020 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativo a la vigilancia del mercado y la conformidad de los productos y por el que se modifican la Directiva 2004/42/CE y los Reglamentos (CE) n° 765/2008 y (UE) n° 305/2011, publicado el 25 de junio de 2019, DOUE L 169/1.

¹⁷⁸ A día de hoy existe una Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la seguridad general de los productos, por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 1025/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 87/357/CEE del Consejo y la Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, Bruselas, 30.6.2021, COM (2021) 346 final. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52021PC0346>.

¹⁷⁹ En el mismo sentido lo pone de relieve el Cdo. 13 del Reglamento 2019/1020 relativo a la vigilancia del mercado y la conformidad de los productos: “La experiencia práctica de vigilancia del mercado ha mostrado que en esta cadena de suministro a veces participan operadores económicos con una forma nueva que no encaja fácilmente en las cadenas de suministro tradicionales conforme al marco jurídico existente. Tal es el caso, en particular, de los prestadores de servicios de tramitación de pedidos a distancia, que realizan muchas de las mismas funciones que los importadores, pero que pueden no siempre corresponder a la definición tradicional de importador en el Derecho de la Unión”.

¹⁸⁰ Es esta una definición consonante con la contemplada en otras normativas europeas. Véase: Art. 3 (11) del Reglamento (UE) 2019/1020, relativo a la vigilancia del mercado y la conformidad de los productos.

(v.gr. FedEx). Pese a que no encajan en los roles tradicionales del marco jurídico vigente, realizan prácticamente las mismas funciones que los importadores. Así las cosas, el fundamento de su responsabilidad reside precisamente en que la función que llevan a cabo¹⁸¹ – tan similar a la del importador y como operadores en el marco de la seguridad de los productos y vigilancia del mercado–, se estima suficiente para considerarles responsables: responderán de los daños causados por el producto defectuoso cuando el fabricante del producto, su importador o el representante autorizado se encuentren fuera del territorio europeo (art. 7.3).

57. Asimismo, en vista del enorme crecimiento de la venta *online* de productos, también debe destacarse la intervención de otro partícipe en las cadenas de producción y suministro: las “*online platforms*” o plataformas en línea (v.gr. Amazon, Alibaba). Si bien no existe un consenso absoluto en la definición de esta figura¹⁸², resulta habitual que estas plataformas ocupen el papel de intermediarias, tratándose en general de espacios virtuales que ofrecen servicios de intermediación al contener informaciones, servicios o productos de terceros¹⁸³, facilitando numerosas transacciones al simplificar el acceso de los usuarios a bienes y servicios¹⁸⁴. Así las cosas, la Propuesta no recoge una definición de esta figura (art. 4.17), sino que opta por remitirse al Reglamento de Servicios Digitales (o “*Digital Services Act*”)¹⁸⁵, que ofrece la siguiente definición de “plataforma en línea”: “*servicio de alojamiento de datos que, a petición de un destinatario del servicio, almacena y difunde información al público, salvo que esa actividad sea una característica menor y puramente auxiliar de otro servicio o una funcionalidad menor del servicio principal y que no pueda utilizarse sin ese otro servicio por razones objetivas y técnicas, y que la integración de la característica o funcionalidad en el otro servicio no sea un medio para eludir la aplicabilidad del presente Reglamento*” (art. 3.1.i)¹⁸⁶.

58. En vista de lo anterior, la Propuesta de Directiva equipara a las plataformas en línea a la figura del suministrador, al prever una extensión de responsabilidad a “*cualquier proveedor de una plataforma en línea que permita a los consumidores celebrar contratos a distancia con operadores y que no sea un fabricante, importador o suministrador*” (art. 7.6), siempre que el productor o el resto de operadores económicos (v.gr. importador, representante autorizado o el prestador de servicios logísticos) no puedan ser identificados. Aunque, para que esta responsabilidad surja, se exige el cumplimiento de

¹⁸¹ De acuerdo con el Cdo. 18 del Reglamento (UE) 2019/1020, de 20 de junio de 2019, relativo a la vigilancia de mercado y conformidad de los productos, debido a la función que los prestadores de servicios de tramitación de pedidos en línea llevan a cabo, es exigible que, en aquellos casos en los que no haya otro operador (v.gr. el fabricante o el importador), los prestadores de servicios de tramitación de pedidos en línea colaboren con las autoridades de vigilancia del mercado para que éstas puedan intervenir y aplicar medidas correctivas en relación con los productos. Lo anterior reforzaría la aplicación de la legislación armonizada sobre seguridad de productos y, por tanto, un mercado único más justo.

¹⁸² Así lo afirma la doctrina europea que, además, insiste en que el origen de esta figura se encuentra en el campo de la economía. J. CAMPOS CARVALHO, “Online platforms: Concept, role in the conclusion of contracts and current legal framework in Europe”, Cuadernos de derecho transnacional, n° 1/12, marzo 2020, pp. 863-874. Ahora bien, se insiste en la importancia de que el concepto de “plataforma intermediaria en línea” sea único en todas las normas y que se determinen sus características. M. CUENA CASAS, La contratación a través de plataformas intermediarias en línea, Cuadernos de derecho transnacional, n° 2/12, octubre 2020, pp. 283-348.

¹⁸³ Aunque, de nuevo, al no haber una definición exacta de esta noción, tampoco lo hay de las funciones que desempeñan. La doctrina expresa con claridad que el problema radica en la falta de una definición universal y de criterios para distinguir las de instituciones similares y subraya que los expertos deben centrarse en su búsqueda para constuir un marco jurídico que permita regular la economía de las plataformas. E. L. SIDORENKO, “Definition of “Digital Platforms”” en Z. I. KHISAMOVA, M. I. INOZEMTSEV, Y E. L. SIDORENKO (Coord.) The platform economy: Designing a supranational legal framework, Singapore, Palgrave Macmillan US, 2022, pp.79 y ss.

¹⁸⁴ Se define por parte de algunos autores a las plataformas en línea como espacios virtuales que permiten el encuentro de dos o más grupos de usuarios, de forma que se genere valor para éstos, o como intermediarios entre dos o más grupos de usuarios conectados por efectos de red indirectos. J. CAMPOS CARVALHO, “Online platforms...”, cit., p. 865.

¹⁸⁵ Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales), DOUE, núm. 277, de 27 de octubre de 2022, páginas 1 a 102.

¹⁸⁶ Nótese que la Propuesta de Directiva hace referencia al art.2(h) del Reglamento relativo a un mercado único de servicios digitales.

las condiciones del art. 6(3) del Reglamento de Servicios Digitales. En esencia, este Reglamento prevé que el prestador de un servicio de información no es responsable de la información almacenada si no tiene conocimiento de que el servicio que presta divulga una actividad ilícita o un contenido ilícito o si, aunque no lo supiera inicialmente, una vez es conocedor de esta circunstancia, actúa con prontitud para retirarlo o para bloquear su acceso¹⁸⁷. Ahora bien, este art. 6(3) precisa una excepción a la regla anterior: las plataformas no podrán ampararse en las exenciones de responsabilidad mencionadas si presentan los elementos o la información de tal forma que inducen, a un consumidor medio, a creer que la información, producto o servicio está proporcionado por ellas o por alguien bajo su control o autoridad¹⁸⁸. Así las cosas, conociendo el propio funcionamiento del comercio online, y atendiendo a las reivindicaciones doctrinales¹⁸⁹, la Propuesta ha optado por su inclusión entre los posibles sujetos responsables de los daños causados por un producto defectuoso¹⁹⁰. En suma, podrán incurrir en responsabilidad siempre que faciliten transacciones o presenten informaciones, productos o servicios de tal forma que provoquen en el consumidor la creencia de que están directamente suministrados por la plataforma o por otro sujeto, pero bajo su control (Cdo. 28). En tal hipótesis responderán, del mismo modo que un distribuidor, salvo que señalen al oportuno operador económico con sede en la UE que sea responsable. Por lo demás, cuando las plataformas en línea actúen como fabricante, importador o suministrador, entonces serán consideradas responsables en los mismos términos que éstos.

59. Por último, especialmente relevante es la equiparación al fabricante, a efectos de responsabilidad, de “*cualquier persona física o jurídica que modifique un producto ya comercializado y puesto en servicio (...), cuando la modificación se considere sustancial con arreglo a las normas nacionales o de la Unión pertinentes sobre seguridad de los productos y se realice fuera del control del fabricante*” (art.7.4)¹⁹¹. La Comisión Europea no ha pasado por alto la circunstancia, cada vez más frecuente e incentivada por las propias instituciones europeas¹⁹², de que el producto sea manipulado por parte de otros sujetos con carácter posterior a su puesta en circulación -actualizado, reparado, reacondicionado¹⁹³, etc.- y sin autorización de su fabricante, convirtiéndose precisamente en defectuoso a causa de esta manipulación. Cuando un producto sufre una “modificación sustancial” – esto es, sufre un cambio en las funciones que desarrolla o en sus características de seguridad – se considera que se ha transformado en un nuevo

¹⁸⁷ Apartado 1 del art. 6. Reglamento (UE) 2022/2065 relativo a un mercado único de servicios digitales.

¹⁸⁸ Apartado 3 del art. 6. Reglamento (UE) 2022/2065 relativo a un mercado único de servicios digitales.

¹⁸⁹ En los “*Guiding Principles...*” se señalaba que, por lo menos, se las debía responsabilizar en aquellos casos en los que el productor no estuviera identificado o estuviera localizado fuera de la UE. EUROPEAN LAW INSTITUTE, p.7.

¹⁹⁰ En la misma línea, la responsabilidad de las “plataformas online” se determinaba en los siguientes términos en el art. 8 de la Propuesta de Directiva del ELI (la traducción es nuestra): “*Si (...) no existe un representante autorizado ni un importador en la Unión o no pueden ser identificados, pero existe un mercado en línea en el que se presenta el producto o se permite de otro modo la transacción específica de que se trate de manera que induzca al consumidor a creer que el producto objeto de la transacción es suministrado por el propio mercado en línea o por un comerciante que actúa bajo su autoridad o control, se considerará que el mercado en línea es un operador económico que ha permitido la puesta a disposición del producto en el mercado de la Unión, también será responsable*”. EUROPEAN LAW INSTITUTE, “*ELI Draft ...*”, cit., p. 18.

¹⁹¹ Por ejemplo, una modificación sustancial sería la incorporación o alteración de alguno de los accesorios que afecten a la seguridad de un robot de cocina o de un vehículo. No obstante, la reparación o sustitución de piezas para una nueva puesta en circulación como “producto reacondicionado” no parece encajar en el concepto de modificación sustancial. Por ello, algunos autores señalan la importancia, primero, de distinguir con claridad el concepto de “modificación sustancial” y el de “reacondicionamiento”; segundo, de delimitar el alcance de la Propuesta de Directiva para confirmar o descartar si los productos reacondicionados entran dentro de su ámbito de aplicación y, por último, de aclarar la posición del fabricante original en este escenario y su relación con el reacondicionador. EUROPEAN LAW INSTITUTE, “*ELI Feedback on the European Commission’s Proposal for a Revised Product Liability Directive*”, 9 Diciembre 2022. Disponible en: https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Feedback_on_the_EC_Proposal_for_a_Revised_Product_Liability_Directive.pdf, p.17

¹⁹² Las instituciones europeas apoyan una política de productos que destaque por su sostenibilidad, lo que pasa por transformar las pautas de consumo, evitando, por ejemplo, que se produzcan residuos a través de la reparación o del reacondicionamiento de productos. COMISIÓN EUROPEA, Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Regiones: Nuevo plan de acción para la economía circular. Por una Europa más limpia y más competitiva, Bruselas, 11 marzo 2020, COM/2020/98 final.

¹⁹³ Vid. EUROPEAN LAW INSTITUTE, “*Response to the European Commission’s Public consultation...*”, pp. 14 y 15. Ya se ponía de manifiesto la conveniencia de extender la responsabilidad (incluyéndoles en la noción de “productor”) a aquellos que reacondicionan el producto y a los que vuelven a introducirlo en el mercado.

producto y, por ello, se responsabiliza al sujeto que ha llevado a cabo tal modificación (en consonancia, también será responsable de que el producto cumpla con los requisitos de seguridad (Cdo. 29)). Coherentemente, como veremos al tratar las causas de exoneración¹⁹⁴, se contempla la posibilidad de que aquel que haya modificado sustancialmente el producto pueda exonerarse si prueba que el defecto se encontraba en una parte no afectada por la modificación (art. 10.1(g)), así como, también, de que el fabricante lo haga si acredita que la modificación del producto no se encontraba bajo su control (art. 10.1(c)).

60. No debe desconocerse que una atinada determinación de los sujetos responsables supone que el sistema jurídico da una respuesta coherente y adecuada para la protección de los perjudicados, facultándoles a perseguir a una contraparte accesible, para reclamar el resarcimiento de sus daños, sin tener que presentar múltiples reclamaciones; esto es, sin que el acceso a la justicia les resulte excesivamente gravoso¹⁹⁵. Por ello, junto con la atinada incorporación de nuevos operadores como sujetos responsables, acertadamente, también la Propuesta de Directiva garantiza la facultad del perjudicado de reclamar los daños frente a cualquiera de ellos, pues sigue contemplando una responsabilidad solidaria (art. 11)¹⁹⁶, que evita que la reclamación del perjudicado sea rechazada y obligada a redirigirse frente a otro sujeto¹⁹⁷. Asimismo, también es destacable que el art. 12 de la Propuesta se ocupa de lo que denomina “Reducción de responsabilidad”. Por un lado, continúa¹⁹⁸ impidiendo que la responsabilidad se reduzca cuando el daño se haya podido causar de forma simultánea por la defectuosidad del producto y por el acto u omisión de un tercero. Esto es, si el daño es a la vez consecuencia del carácter defectuoso del producto y de la intervención de un tercero¹⁹⁹, los operadores económicos responsables seguirán respondiendo por el daño causado²⁰⁰. Por otro, la Propuesta de Directiva contempla una segunda circunstancia que debe valorarse y que puede permitir que la responsabilidad del operador económico se reduzca o anule (art. 12.2): el papel que la víctima, o alguna persona de la que ésta sea responsable, puedan tener en la producción del daño. Así, en este caso, los operadores económicos responderán por los daños causados por el producto defectuoso salvo que exista culpa concurrente de la víctima, o de otra persona bajo su responsabilidad, que provoque la liberación del operador económico o la reducción de su responsabilidad (Cdo.41).

61. Con todo, cabe plantearse si el alcance de la Propuesta respecto a los sujetos responsables es suficiente²⁰¹, habida cuenta de que, con la redacción actual, existen sujetos -que pueden, sin duda, influir en la seguridad del producto- que no quedan incluidos como tales: sería el caso, por ejemplo, del prestador de un servicio conexo que no actúe bajo el control del fabricante, o de aquel sujeto que, de forma puntual, suministre datos o información a un sistema de IA²⁰².

¹⁹⁴ Y como era reclamado por la doctrina europea, resultaba también esencial abordar tanto las causas de exoneración de las que estos nuevos sujetos responsables pudieran valerse, como las acciones de regreso entre ellos. EUROPEAN LAW INSTITUTE, “*Response to the European Commission’s Public consultation...*”, pp 15 y 16.

¹⁹⁵ Key finding 3, EGNLT Report, p.7.

¹⁹⁶ En términos similares al art. 5 de la Directiva 85/374/CEE.

¹⁹⁷ El Guiding Principle 5 ya proponía que el razonamiento subyacente a la noción de productor debía tener en consideración dos factores: por un lado, debía evitar que el particular recibiera evasivas por parte del demandado -que podría tratar de señalar a otro sujeto- y, por otro, precisamente por lo anterior, debía prever que el responsable frente al particular por el daño pudiera repercutir los daños indemnizados frente a aquel que, en efecto, fuera responsable. EUROPEAN LAW INSTITUTE, “*Guiding principles...*”, p.7.

¹⁹⁸ En consonancia con el art. 8 de la Directiva 85/374/CEE

¹⁹⁹ Por ejemplo, la incorrecta intervención de un tercero en el proceso de almacenaje o de distribución

²⁰⁰ Tal y como se preveía en el art. 8 de la Directiva 85/374/CEE.

²⁰¹ Como recuerdan expertos europeos algunas legislaciones europeas contemplan como responsables a todos aquellos profesionales de la cadena de producción que puedan influir en la seguridad del producto (por ejemplo, la Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de diciembre de 2001, relativa a la seguridad general de los productos, «DOCE» núm. 11, 15 enero 2002, pp. 4-17, engloba en su art. 2 (e) iii bajo la noción de “productor” también a: “*los demás profesionales de la cadena de comercialización, en la medida en que sus actividades puedan afectar a las características de seguridad del producto...*”). A priori, parecería sensato seguir esa misma lógica en la Propuesta de Directiva. EUROPEAN LAW INSTITUTE, “*Guiding principles...*”, p.5.

²⁰² Salvo que se considere que estos sujetos son responsables al haber llevado a cabo una “modificación sustancial” del producto fuera del control del fabricante, de acuerdo con el art. 7.4 de la Propuesta. Por ejemplo, como prevé el Cdo. 29 de

62. Debe recordarse, en relación al primer supuesto, que aquel sujeto que suministre datos -de forma continua- a un sistema de inteligencia artificial será considerado “prestador de un servicio conexo”; pero sólo se le podrá reclamar responsabilidad, de acuerdo con el texto de la Propuesta, si tal servicio es “esencial para el funcionamiento del producto” y su suministro se realiza “bajo el control del fabricante”, dado que, únicamente en ese caso, se considerará que el servicio es un “componente” del producto²⁰³. De lo contrario, si el prestador de servicio conexo no actúa bajo control del fabricante, ese servicio no tendrá la consideración de componente y su prestador no será un sujeto responsable bajo la Propuesta.

63. En el segundo caso, aquel sujeto que -de forma puntual- suministre datos o contenido digital al producto no queda incluido de forma evidente en el ámbito de la Directiva -independientemente de que lo haga, o no, bajo el control del fabricante, al no ser éstos considerados componentes²⁰⁴-.

64. Así las cosas, teniendo en cuenta el relevante papel que ambos sujetos mencionados (el prestador de un servicio conexo que actúa fuera del control del fabricante y el suministrador puntual de datos o contenido digital al producto) pueden tener en la seguridad del producto, debe cuestionarse si es conveniente su incorporación como responsables. Nótese que, con la redacción actual, la opción con la que cuenta el perjudicado para exigirles responsabilidad no sería otra que acudir a los regímenes nacionales²⁰⁵, en los que únicamente podrían responder por culpa²⁰⁶.

65. Pues bien, juzgamos que, en el primer supuesto, hacer responsable en la Propuesta de Directiva de Productos al prestador de un servicio conexo que no actúa bajo el control del fabricante no es razonable, pues conllevaría calificar este servicio -también- como componente. Y, nótese, si tal servicio conexo (no prestado bajo el control del fabricante) es considerado un componente, no sólo respondería el prestador del servicio, sino también el fabricante del producto²⁰⁷, por lo que parece razonable no incorporar como responsable bajo la Directiva al prestador de un servicio conexo cuando no actúe bajo el control del fabricante.

66. En cambio, en el segundo caso, en sintonía con lo sugerido al abordar la noción de producto y componente, pensamos que debe diferenciarse entre aquellos suministradores de datos que sean esenciales para el funcionamiento del producto y que actúen bajo el control del fabricante y aquellos que suministren información al producto fuera del control del fabricante y que no resulte esencial para su funcionamiento. Y, una vez diferenciados ambos supuestos, abogar por que quienes suministren datos -cuando estos sean necesarios para el funcionamiento del producto y, por tanto, considerados componente²⁰⁸ - aunque lo hagan de forma puntual, si lo hacen bajo el control del fabricante, sean incorporados

la Propuesta, si ese suministro de datos puede cambiar las funciones originales previstas mediante un cambio en el programa informático.

²⁰³ Ver epígrafe “La noción de producto y de componente”.

²⁰⁴ Al analizar la noción de “producto” y de “componente”, planteábamos que, dado que el suministro continuo de datos a un producto -cuando estos resultan necesarios para que lleve a cabo alguna de sus funciones- se considera “servicio conexo” y, por tanto, componente, no parece justificado que otros contenidos digitales o datos, de suministro puntual, no tengan tal consideración. Como veíamos, su inclusión dentro de la noción de “artículos intangibles” es incierta y, además, corren el riesgo de ser catalogados como “mera información”, que no es considerada ni producto ni componente bajo la Propuesta. Por ello, se apostaba por la incorporación en la Propuesta de una delimitación clara de los contenidos digitales que deben considerarse “artículos intangibles” y se proponía que fueran aquellos que, con independencia de su carácter puntual o su suministro periódico, resulten necesarios para el funcionamiento del producto.

²⁰⁵ El Cdo. 3 de la Propuesta de Directiva sobre IA incide en que, cuando una víctima ha sufrido daños y solicita la correspondiente indemnización, las normas generales sobre responsabilidad de los Estados miembros están basada en la culpa. Bajo las normativas nacionales se exige la prueba, en primer lugar, del daño, pero además de una acción u omisión negligente o culposa por parte de la persona potencialmente responsable por esos daños, así como del nexo causal entre esa conducta y los daños. Sin perjuicio de lo anterior, también subraya las complicaciones que surgen cuando un sistema de inteligencia artificial interviene.

²⁰⁶ Innegablemente, esto influirá de manera muy relevante en el acceso al resarcimiento de los daños.

²⁰⁷ Se estaría responsabilizando al fabricante por un acontecimiento fuera de su ámbito de control

²⁰⁸ Véase Apartado I. “Sobre producto y sobre componente” (párrafos 33 y 34).

como sujetos responsables. Sin perjuicio de que para exigir responsabilidad a aquel que no haya suministrado datos esenciales para el funcionamiento del producto o que no haya actuado bajo el control del fabricante se acuda a los regímenes nacionales²⁰⁹.

4. La prueba

67. Una vez abordado el tema de quién debe responder de los daños, trataremos otro punto de notable relevancia: la cuestión probatoria. De conformidad la Directiva 85/374/CEE, el perjudicado debe probar “*el defecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos*” para obtener un resarcimiento de los daños (art. 4), aunque, en la práctica -debido a que el estándar probatorio es determinado por los Estados miembros²¹⁰- es habitual que la acreditación del defecto²¹¹ o de la relación de causalidad “se suavice” con diferentes instrumentos²¹².

68. Como se ha señalado reiteradamente, los productos de la era digital son notablemente más complejos: por su digitalización y la de sus componentes, por su interconexión a otros productos o servicios, por ser susceptibles de ser modificados una vez introducidos en el mercado por diferentes sujetos o por sus (crecientes) funcionalidades, entre otros motivos; por todo ello, acreditar su condición de defectuoso o la relación de causalidad entre el defecto y el daño se convierte en una tarea (aún más) complicada para la víctima²¹³. De ahí que, persiguiendo el objetivo de encontrar un mecanismo simple

²⁰⁹ No obstante, sí podría plantearse responsabilizar al fabricante en aquellos casos en los que el producto necesite para funcionar ciertos datos o información esencial y el fabricante no haya dispuesto posibilidad alguna para su suministro. Esto es, podría exigirse (como en el supuesto previsto en el art. 10.2 relativo a la falta de actualizaciones) la responsabilidad del fabricante en aquellos casos en los que el usuario se vea obligado a buscar el suministro de información esencial para el producto como consecuencia a la falta de oferta por parte del fabricante de un soporte fiable o de una recomendación para su suministro por parte de un tercero.

²¹⁰ Por ejemplo, en España suele acudir a la prueba de presunciones (art. 386 Ley de Enjuiciamiento Civil) o al principio de disponibilidad y facilidad probatoria (art. 217.6 LEC). En un caso de lesiones por explosión de un cohete pirotécnico que causó graves lesiones al sujeto que lo lanzaba, el Tribunal Supremo Español señaló que: “*A la convicción y, por ende, demostración de que un producto es defectuoso, se puede llegar; en ausencia de pruebas directas, a través de la prueba de presunciones, habida cuenta que, en muchas ocasiones, como sucedió en el presente caso, el daño se produce por la destrucción del propio producto, con lo que se imposibilita, a su vez, el análisis del mismo. De este modo, habiéndose declarado probado que la explosión no tuvo su origen en defectos de almacenamiento o manipulación, resulta razonable concluir que el producto adolecía de la falta de seguridad que debía esperar (...) no es necesaria la prueba del concreto defecto que haya producido el daño*” (STS 23 noviembre 2007 (RJ\2007\8122)). En el mismo sentido: STS 14 septiembre 2018 (RJ\2018\3995) sobre unos codos de cobre.

²¹¹ Defecto que -en el caso de productos que pertenezcan a un determinado grupo o serie de producción- no es necesario que se acredite en el producto en concreto, si existe una constatación de un potencial dañoso en la serie, de acuerdo con la STJUE 5 marzo 2015 (asuntos C-503/10 y C-504/13) *Boston Scientific Medizintechnik GmbH contra AOK Sachsen Anhalt — Die Gesundheitskasse y Otro* (desfibriladores cardiacos). La doctrina de esta sentencia fue aplicada en la STS 1 marzo 2021 (RJ 2021\881), citada con anterioridad, en un caso sobre prótesis de cadera con una tasa de revisión superior a la debida y, como veremos a continuación, este planteamiento se ha incorporado en términos casi literales a la Propuesta de Directiva de Productos (Cdo 22).

²¹² MACÍA subraya que la acreditación de los tres elementos podrá realizarse a través de cualquier medio de prueba admisible en el ordenamiento, pero que, no obstante, esta flexibilidad probatoria no es ilimitada. A. MACÍA MORILLO, “Artículo 139. Prueba”, en A. CAÑIZARES LASO (Dir.) y L. ZUMAQUERO GIL (Coord.), “Comentarios al texto refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios. Tomo II (arts. 92 a 170 y Disposiciones)”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 2041. El TJUE se ha pronunciado a favor de la suficiencia de la existencia de indicios sólidos a la hora de acreditar el defecto y la relación de causalidad. Entre otras, en la STJUE 21 junio 2017 (Caso *NW y otros contra Sanofi Pasteur* (TJCE 2017, 147)) subraya que el art. 4 de la Directiva 85/374/CEE debe interpretarse en el siguiente sentido: cuando un órgano jurisdiccional resuelve sobre el fondo de una acción relativa a la responsabilidad del fabricante por un defecto del producto (en el supuesto, una vacuna), éste puede, en ausencia de evidencias inapelables (en el caso, las investigaciones médicas no establecían ni descartaban la existencia de una relación entre la administración de la vacuna y la aparición de la enfermedad de la víctima), determinar que algunos elementos de hecho invocados por el demandante constituyen indicios serios, concretos y concordantes que permiten concluir que existe un defecto en el producto y que existe una relación de causalidad entre dicho defecto y el daño. Sin perjuicio de lo anterior, los órganos jurisdiccionales deben velar porque no se incumpla la carga probatoria que pesa sobre el demandante (art. 4), ni se menoscabe la eficacia del régimen de responsabilidad establecido.

²¹³ Imaginemos, por ejemplo, la dificultad que puede encontrar un perjudicado para acreditar el defecto de un software o la relación de causalidad entre el daño sufrido y el fallo de un sistema de inteligencia artificial.

que permita al perjudicado reclamar el daño en estas circunstancias, la Propuesta de Directiva pretenda ajustar la cuestión probatoria al contexto actual facilitando en algunos supuestos la prueba para el perjudicado (art. 9)²¹⁴.

69. El punto de partida sigue siendo el mismo, ya que se sigue exigiendo que la víctima acredite que el daño sufrido fue causado por un defecto del producto²¹⁵, debiendo probar el daño y la relación causal, por tanto, la carga de la prueba sigue recayendo en el dañado (art. 9.1)²¹⁶. No obstante, los sucesivos apartados mitigan esta carga probatoria, reconociendo que la gran asimetría en la información -de los perjudicados frente a la de los operadores económicos-²¹⁷ puede minar el, tan buscado, justo reparto de riesgos. Así las cosas, se atenúa, como veremos a continuación, la carga probatoria del perjudicado demandante incorporando circunstancias y condiciones que deben valorarse para establecer, en su caso, una serie de presunciones sobre la defectuosidad del producto y la existencia del nexo causal.

70. En primer lugar, el art. 9.2 recoge las condiciones²¹⁸ que, de concurrir, permiten presumir la defectuosidad del producto: el incumplimiento por parte del demandado de la obligación de exhibir las pruebas pertinentes de que disponía [a]); la falta de cumplimiento de los requisitos de seguridad obligatorios establecidos en el Derecho de la Unión o en el Derecho nacional que tienen por objeto proteger contra el riesgo de que se produzca el daño [b]); o la evidencia de uso normal del producto por el demandante que se traduzca en que el daño únicamente pudo ser causado por un, manifiesto, mal funcionamiento [c)]²¹⁹.

71. En relación a la primera circunstancia (apdo. “a”) debe puntualizarse que la “obligación de revelar las pruebas pertinentes” que pesa sobre el demandado es una novedad que se ha incorporado en el art. 8 de la Propuesta de Directiva de Productos²²⁰. De acuerdo con esta disposición²²¹, los tribunales de los Estados miembros estarán facultados para solicitar al demandado que exhiba las pruebas en su poder cuando un perjudicado reclame los daños causados por un producto defectuoso, siempre que haya presentado hechos y pruebas suficientes que respalden la verosimilitud de su reclamación. En consecuencia, cuando el demandado no cumpla con esta obligación de divulgación que la normativa le

²¹⁴ Reclamando como imprescindible la adecuación de la carga probatoria a la complejidad de los nuevos productos, se sugiere, por ejemplo y entre otras medidas, que no se obligue al individuo a identificar donde concretamente se encuentra el defecto para seguir manteniendo la protección de las víctimas. EUROPEAN LAW INSTITUTE, “Guiding principles...”, p. 9.

²¹⁵ El Cdo. 30 de la Propuesta subraya que, para un justo reparto de riesgos, dado que a los operadores económicos se les impone responsabilidad sin necesidad de culpa, debe seguir recayendo sobre el perjudicado la prueba del daño, del defecto y de la relación de causalidad entre ambos.

²¹⁶ Siguiendo la regla general en las jurisdicciones europeas: quien reclama un daño de otro debe probar todos los elementos necesarios de la acción extracontractual. EGNLT Report, p. 50.

²¹⁷ C. GÓMEZ LIGÜERRE, “La propuesta de directiva...”, cit., p. 6.

²¹⁸ Factores ya señalados como relevantes en el EGNLT Report. p. 49.

²¹⁹ A modo de ejemplo, citamos algunas sentencias en las que este criterio ha sido tenido en cuenta: SAP Guipúzcoa, 29 junio 2007 (JUR\2007\336961) en este caso un televisor ardió repentinamente causando daños y se consideró defectuoso al considerar que “lo único que puede afirmarse es que un elemento del aparato no funcionó sin que se sepa a ciencia cierta la causa”, o la SAP Pontevedra 12 diciembre 2007 (JUR\2008\72114) en la que se confirmó la defectuosidad de un artefacto pirotécnico que falló al no elevarse en el aire y explotar, como el resto de artefactos de la misma clase.

²²⁰ El Cdo. 31 de la Propuesta incide en la necesidad de facilitar el acceso de la víctima a las evidencias, aunque preservando la información confidencial y los secretos industriales.

²²¹ Que parece haber cristalizado a partir de la jurisprudencia, concretamente de la STJUE 20 noviembre 2014, Asunto *Novo Nordisk Pharma GmbH v S*, C-310/13 (ECLI:EU:C:2014:2385). En este asunto, la señora “S” presentó una demanda para obtener información sobre los efectos secundarios de un medicamento para la diabetes, tras sufrir daños, al amparo de la normativa nacional (alemana) que le reconocía este derecho. Se planteó una cuestión prejudicial para resolver si el reconocimiento de este derecho en la normativa nacional suponía una reversión de la carga de la prueba que incumbe al perjudicado (Art. 4 Directiva 85/374/CEE) y si modificaba los requisitos de exención del productor reconocidos en la Directiva (Art. 7). El TJUE concluyó que el reconocimiento de tal derecho no suponía ni un peligro para la efectividad del régimen, ni para los objetivos perseguidos. Esta sentencia parece haber inspirado la reforma de la cuestión probatoria, previendo -en lo sucesivo- que los Estados miembros deberán garantizar que los tribunales estén facultados, a petición de una persona perjudicada que reclame una indemnización por los daños causados, a solicitar al demandado que revele la información.

imponer²²², se establecerá una presunción a favor de la defectuosidad del producto²²³. A nuestro parecer, esta es una previsión oportuna y razonable, pero, además, como el Borrador de Propuesta de Directiva de responsabilidad por productos elaborado por el ELI señalará²²⁴, podría reforzarse con la extensión de esta presunción a otras circunstancias -que podrían incorporarse expresamente al art. 9²²⁵-. Por ejemplo, así podría preverse en el supuesto de que se contemple la obligación del fabricante de equipar el producto con medios de grabación o de grabar su actuación y no lo haya hecho²²⁶. Precisamente, en el Borrador desarrollado por el ELI también apuestan²²⁷ por el traslado al productor de la carga de probar el cumplimiento de la normativa de seguridad so pena de considerar automáticamente defectuoso el producto en caso de no hacerlo; y, a nuestro juicio, esta medida reforzaría la posición probatoria de los perjudicados, ya que, de lo contrario, identificar la exigencia de seguridad infringida podría convertirse en una tarea difícil para la víctima.

72. En segundo término, en el apartado 3 del art. 9, se identifica el supuesto en el que podrá establecerse una presunción sobre la causalidad entre el defecto del producto y el daño: una vez comprobado el defecto en el producto, la relación causal se presume si el daño causado es “*de un tipo compatible normalmente*” con tal defecto²²⁸.

73. Seguidamente, se contemplan los casos en los que un demandante tenga excesivas dificultades, a causa de la complejidad técnica o científica -extremo que deberá ser confirmado por los tribunales nacionales en cada caso²²⁹-, a la hora de acreditar el defecto de un determinado producto o el nexo causal

²²² El Cdo. 33 de la Propuesta prevé la necesidad de aliviar la carga de la prueba del demandante si ciertas condiciones se cumplen. Las presunciones de defectuosidad y del nexo causal, permiten a los tribunales suponer su existencia cuando otros hechos sí han sido probados. En todo caso, al establecerse como consecuencia frente al incumplimiento de las obligaciones de divulgación que pesan sobre los operadores económicos, pretenden ser un incentivo para el cumplimiento de éstas.

²²³ Así, por ejemplo, si un dron causara daños y el perjudicado los reclamase frente a su fabricante, el tribunal podría establecer una presunción sobre la defectuosidad del producto si el fabricante, tras el requerimiento del tribunal, no revelara las evidencias a su disposición.

²²⁴ El art. 9.3 del Borrador de Propuesta de Directiva del ELI (la traducción es nuestra) propone la inversión de la carga de la prueba en las ocasiones que hemos mencionado bajo la siguiente redacción: “*La carga de la prueba del defecto o de la causalidad en el sentido del apartado (1) se trasladará al demandado cuando: (a) exista una obligación, en virtud del Derecho de la Unión o de los Estados miembros, de equipar un producto con medios de registro de información sobre el funcionamiento del producto (registro por diseño) si dicha obligación tiene por objeto establecer si existe o se ha materializado un riesgo, y el producto no esté equipado con tales medios o cuando el operador económico que controla la información no facilite a la víctima un acceso razonable a la información*”. EUROPEAN LAW INSTITUTE, “*ELI Draft ...*”, cit., pp. 20-21.

²²⁵ La Propuesta de la Comisión no prevé expresamente que la presunción de defectuosidad se extienda a aquellos casos en los que el producto no esté equipado con medios de registro de información y lo cierto es que -tomando como modelo el Borrador de Propuesta de Directiva del ELI (art.9.3, citado en la nota previa)- podría incorporarla. No obstante, lo que sí prevé la Propuesta de la Comisión (art. 9.2 (b)) es una presunción de defectuosidad si “*el demandante demuestra que el producto no cumple con los requisitos obligatorios de seguridad establecidos en el derecho de la Unión o en la legislación nacional que tienen por objeto proteger contra el riesgo del daño que se ha producido*” y precisamente subraya la adopción de nuevos -y numerosos- requisitos de seguridad para proteger al público (Cdo.33). Así las cosas, si la normativa de seguridad contemplara que el producto debe estar equipado con un sistema de registro de la información y el demandante incumple, existirá una presunción de defectuosidad del producto. Sin embargo, puede matizarse que la redacción del apdo. “b” indica que la normativa de seguridad que debe cumplirse es “*aquella que pretende proteger contra el riesgo de daño que se ha producido*”, lo que nos lleva a cuestionarnos si el registro de la información de un producto realmente previene o si, más bien, esclarece lo ocurrido.

²²⁶ Así, si un dron causara daños y el perjudicado los reclamase frente al fabricante, se presumiría la defectuosidad del producto si éste no revelara las evidencias a su disposición, o si el dron, por exigencia legal, debería haber tenido un sistema de grabación de sus vuelos o “caja negra” y no contase con él; o si, a pesar de contar con este sistema que recopila el “log de vuelo”, no activó su funcionamiento y la grabación no quedó almacenada en el sistema de archivos.

²²⁷ Art. 11.1. (a) EUROPEAN LAW INSTITUTE, “*ELI Draft ...*”, cit.

²²⁸ En este punto conviene mencionar nuevamente la STJUE 21 junio 2017, *N. W y otros v. Sanofi Pasteur MSD SNC*, C-621/15, ya que lo establecido en ella ha sido tipificado e incorporado en la Propuesta. El Tribunal concluyó que, en ausencia de pruebas irrefutables de que un producto es defectuoso, podía llegarse a tal convicción a través de presunciones si existían indicios sólidos, esto es, permitiendo que los regímenes nacionales facilitaran la prueba al perjudicado no exigiéndole la prueba del concreto origen o causa del defecto.

²²⁹ El Cdo. 34 de la Propuesta recoge los factores que deberán valorarse para determinar si el caso es de alta complejidad técnica o científica: la naturaleza compleja del producto, de la tecnología utilizada, de la información o datos analizados por el demandante, de la naturaleza del nexo causal, entre otros.

entre el defecto y el daño -o ambas circunstancias- (art. 9.4). En este escenario de especial complejidad, sin perjuicio de que el demandado haya cumplido con su obligación de revelación y haya puesto a disposición evidencias o información bajo su poder, si el demandante acredita -con evidencias relevantes suficientes²³⁰- que el producto contribuyó al daño o una alta probabilidad de que el producto sea defectuoso o de que el defecto sea la causa del daño -o ambas-, el tribunal podrá presumir la defectuosidad del producto o del nexo causal entre el defecto y el daño²³¹. Lo anterior se justifica con el argumento de que los fabricantes -y otros operadores económicos- cuentan con un conocimiento especializado que les permite rebatir estas presunciones o que, al menos, tienen una facilidad mayor que el perjudicado para presentar pruebas en casos de extrema complejidad. Esto es, se considera que los productores se encuentran en mejor posición a nivel probatorio que las víctimas y que, en casos de elevada complejidad técnica y científica, la exigencia de que el perjudicado presente pruebas socavaría la eficacia de su derecho a ser indemnizado (Cdo.34).

74. Sin perjuicio de lo anterior, la disposición reconoce la posibilidad de que el demandado rebata tanto la existencia de excesivas dificultades o la probabilidad aducida por el demandante (art. 9.5), como las presunciones que pueden establecerse con base en los apartados 2, 3 y 4 (Cdo.36).

75. Todas estas medidas que contempla la Propuesta pretenden – se nos dice, con mucha sensatez – situar en un plano de igualdad a los fabricantes y a los perjudicados que reclaman²³². Ciertamente, en un contexto como el actual, en el que cada vez va a resultar más difícil concretar dónde está el defecto de un producto –si se encuentra en la combinación entre el elemento digital y el físico, o sólo en los componentes intangibles– o acreditar la relación de causalidad, establecer la obligación de que el fabricante facilite la información que obre en su poder es una medida necesaria. Asimismo, determinar las circunstancias en las que se presume que el producto es defectuoso o prevenir las excesivas dificultades probatorias en que el demandante puede encontrarse en casos de gran complejidad técnica o científica no son sino medidas que denotan el interés del legislador en que la futura normativa atienda esta nueva y complicada realidad y ofrezca equitativas soluciones tanto a productores como a dañados.

76. No obstante lo anterior, una característica clave en los productos de la era digital es la importancia de los datos porque determinan el funcionamiento del producto²³³. En particular, en el caso de los sistemas de inteligencia artificial (que, reiteramos, también son considerados productos). En este sentido, no presenta mayores problemas aquel suministro continuo de datos al producto por el propio fabricante, o bajo su control, en forma de “servicio conexo” -al considerarse un componente- o en forma de actualización. Sin embargo, no tienen cobertura bajo Propuesta de Directiva, como ha sido expuesto al abordar las nociones de “producto” y “componente” y los sujetos responsables²³⁴, aquellos servicios, contenidos digitales o datos que sean suministrados al sistema de IA por un tercero, que no esté bajo control del fabricante. Por lo que, en estos casos, el perjudicado debería acudir a los ordenamientos nacionales para reclamar los daños sufridos. El legislador europeo es consciente de las dificultades con las que un perjudicado puede encontrarse a la hora de probar que un dato de entrada en concreto (que provoque una determinada información de salida) es el responsable del daño y, consecuentemente, de identificar a aquel que haya suministrado datos al margen del control del fabricante como sujeto responsable²³⁵ y,

²³⁰ Así lo exige el Cdo.35 de la Propuesta con el objetivo de mantener un justo reparto de los riesgos.

²³¹ Se ha criticado la laxitud de algunos términos (v.gr. “dificultades excesivas”, “probabilidad”) al entender que provocan la falta de claridad del estándar probatorio. EUROPEAN LAW INSTITUTE, “*ELI Comments on the Commission Proposal*”, p.19.

²³² Gracias a la revisión de la normativa, tanto en materia probatoria como en otros aspectos. Disponible en: <https://www.cuatrecasas.com/es/spain/articulo/eu-la-comision-propone-nuevas-normas-de-responsabilidad-en-materia-de-inteligencia-artificial> (Consultado el 15 de octubre de 2022).

²³³ EUROPEAN LAW INSTITUTE, “*Guiding principles...*”, p. 9

²³⁴ Véanse epígrafes I. “La noción de producto y de componente” y III. “Los sujetos responsables”.

²³⁵ Precisamente el Cdo. 3 de la Propuesta de Directiva sobre IA alude a la responsabilidad de quien introdujo un dato de entrada concreto en un sistema de IA, lo que denota que el legislador, con esta Propuesta de armonización, pone el foco en estos supuestos.

precisamente por ello, ha optado por armonizar las normas nacionales de responsabilidad civil a través de otro instrumento, la Directiva de IA²³⁶.

5. Los daños indemnizables

77. Conforme a la Directiva 85/374/CEE²³⁷, los daños indemnizables son los personales y los materiales, aunque con ciertos límites en el caso de estos segundos: se indemnizan siempre que estén por encima de la cuantía de 500 ECUS²³⁸ y se hayan producido en bienes de consumo privado; aunque con una exclusión: aquellos sufridos por el propio producto defectuoso. El resto de los daños, como morales o puramente económicos, no son indemnizables al amparo de la Directiva 85/374/CEE.

78. Como consecuencia de lo anterior, los perjudicados se ven obligados a acudir a diferentes vías si pretenden obtener un resarcimiento completo del daño. Así, para reclamar los del propio producto, deben acudir a la normativa de venta de bienes de consumo (y a sus reglas de no conformidad) o a las reglas generales de responsabilidad de los Estados miembros; a la propia Directiva -siempre que superen la criticada²³⁹ cifra de 500 ECUS - para exigir los daños personales o materiales causados en bienes objetivamente destinados al consumo²⁴⁰; y a las reglas de cada ordenamiento nacional para pedir los daños morales o los puramente económicos.

79. En la actualidad, hay daños que, a pesar de que pueden tener una gran relevancia (v.gr. pérdida de datos²⁴¹), no están contemplados como daños materiales o personales y, por tanto, no son indemnizables bajo la Directiva de productos²⁴²; además, la frontera entre el uso profesional y personal de los

²³⁶ Como su Cdo. 5 subraya la introducción de la IA pasa por la confianza de nuestra sociedad en ella. Por ello, también deben realizarse adaptaciones que garanticen que las víctimas de daños, en cuya causación hayan mediado este tipo de sistemas reciban la misma indemnización efectiva que las víctimas de otras tecnologías.

²³⁷ Art. 9: “A los efectos del artículo 1, se entiende por “daños”: a) los daños causados por muerte o lesiones corporales; b) los daños causados a una cosa o la destrucción de una cosa, que no sea el propio producto defectuoso, previa deducción de una franquicia de 500 ECUS, a condición de que tal cosa: i) sea de las que normalmente se destinan al uso o consumo privados y ii) el perjudicado la haya utilizado principalmente para su uso y su consumo privados. El presente artículo no obstará a las disposiciones nacionales relativas a los daños inmateriales”.

²³⁸ Aunque en este punto hay divergencias en la transposición de la Directiva a los ordenamientos nacionales de los Estados miembros, mientras que algunos lo interpretan como una franquicia [v.gr. Francia -donde inicialmente se estableció un régimen, más protector con los perjudicados, que permitía reclamar cuantías inferiores a 500 €, sin embargo, tras ser condenada en la STJCE 25 abril 2002, C-52/00, Comisión c/ República Francesa), en la que se declaró “que la república francesa ha incumplido las obligaciones que le incumben (al incluir en el artículo 1386.2 del Código Civil Francés los daños inferiores a 500 €”, se reformó la normativa (Decreto 11 febrero 2005) y terminó por interpretarse la cuantía de 500 euros como una franquicia M. FABRE-MAGNAN, Droit des obligations: Responsabilité civile et quasi-contrats, Francia, PUF, 2021, pp. 392-393; otros lo entienden como un umbral, que, una vez superado, permite reclamar la totalidad de los daños [v.gr. Inglaterra u Holanda, D. WUYTS, “The product liability directive...”, cit., p. 24]; En España se interpreta en los dos sentidos: “La franquicia supone, según la interpretación general, que han de excluirse las demandas por valor inferior a esa cantidad, pero también que, tratándose de cantidades superiores, debe deducirse la cifra indicada del total de la indemnización”. M.J. SANTOS MORÓN, “Responsabilidad por productos ...” cit., p.487.

²³⁹ Se señala por la doctrina europea no sólo la falta de claridad del umbral, sino las dificultades que plantea en la práctica al aplicar la Directiva. Asimismo, se cuestiona la utilidad real del umbral, al considerarse que realmente se trata de un obstáculo para las reclamaciones de los consumidores. C. DE MEEUS, “The Product Liability Directive at the age of the Digital Industrial Revolution: fit for innovation?”, EuCML, nº4, 2019, pp. 149-154. En el mismo sentido, la propia COMISIÓN EUROPEA señala que se limita excesivamente la posibilidad de reclamar reclamaciones de indemnización en su Informe al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de la Directiva del Consejo relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (85/374/CEE), Bruselas, 7 mayo 2018. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM:2018:0246:FIN>, p.1.

²⁴⁰ Si el perjudicado es un profesional o empresario se vería obligado a acudir a las reglas generales para obtener una indemnización por el daño sufrido.

²⁴¹ En el EGNLT Report se cita, entre otros ejemplos, el de la pérdida de datos, p. 17.

²⁴² DE MEEUS pone de relieve el gran impacto que los daños relacionados con la pérdida o destrucción de datos pueden tener en las víctimas (poniendo los siguientes ejemplos: que la información relativa al Código genético de una persona pueda ponerse

productos está cada vez más difuminada, cuestionándose la conveniencia de seguir distinguiendo entre ambos tipos de bienes e indemnizando únicamente los de uso privado²⁴³. Por lo demás, no debe olvidarse que, especialmente en el caso de las demandas de menor cuantía, la dificultad para recuperar daños menores provoca que, en la práctica, no se indemnicen²⁴⁴. Por ello, la revisión tanto del concepto de “daño indemnizable” como de la posible coordinación de las normas aplicables resulta imprescindible.

80. En relación con el concepto de daño indemnizable, la Propuesta de la Comisión reformula la noción de “daños” en los siguientes términos: “*las pérdidas materiales resultantes de: a) muerte o lesiones corporales, incluidos los daños para la salud psicológica comprobados médicamente; b) daños o destrucción de cualquier propiedad, excepto: i) el propio producto defectuoso; ii) un producto dañado por un componente defectuoso de ese producto; iii) las propiedades utilizadas exclusivamente con fines profesionales; c) pérdida o corrupción de datos que no se utilicen exclusivamente con fines profesionales*”(art.4.6). Esta disposición comienza aclarando que los daños psicológicos “*comprobados médicamente*” forman parte de los daños personales²⁴⁵. Es decir, aquellos daños para la salud psicológica no reconocidos no serían indemnizables al amparo de la Directiva, y tendrían, en su caso, la consideración de daño moral; por lo que, para reclamarlos, se debería acudir a las reglas de los ordenamientos internos, ya que esta sigue siendo la normativa aplicable para los daños morales (Cdo.18). Téngase aquí en cuenta que, como ya advirtiera la doctrina, las grandes divergencias existentes en las normativas de cada Estado miembro podrán provocar un tratamiento muy diverso de esta cuestión²⁴⁶.

81. Por lo que se refiere a los daños materiales, se mantiene la exclusión de aquellos daños sufridos en el propio producto defectuoso, incluso si ha sido dañado por uno de sus propios componentes, y los sufridos en bienes de uso profesional. Pero con una puntualización importante: si bien hasta la fecha sólo se consideraban indemnizables los daños materiales sufridos en bienes de consumo privado, quedando excluidos los sufridos en bienes de uso profesional, a pesar de que éstos últimos continúan sin ser indemnizables, sí lo serán aquellos causados en bienes de uso mixto (Cdo.19).

82. Por último, en reconocimiento de la creciente importancia de los activos inmateriales, el apdo. (c) incorpora, como indemnizables, aquellos daños materiales derivados de “*la pérdida y corrupción de datos*” (v.gr. compensación por el contenido borrado de un disco duro o coste de recuperación de los datos) que no se utilicen exclusivamente para fines profesionales (Cdo. 16), entendiendo por datos, los definidos en el art. 2(1) del Reglamento (UE) 2022/868 de Gobernanza de datos. Es decir, “*toda representación digital de actos, hechos o información, así como su recopilación, incluso como grabación sonora, visual o audiovisual*”. Por tanto, la redacción propuesta parece sugerir que será indemnizable la propia pérdida o corrupción de los datos, en caso de que por sí mismos tengan un valor patrimonialmente cuantificable, así como los daños materiales derivados de su pérdida.

83. De esta manera, la Comisión pretende actualizar el concepto de daños indemnizables y adecuarlo a la era digital; además, debe significarse que con la eliminación de los límites cuantitativos se busca que el perjudicado pueda quedar totalmente indemne por los daños sufridos²⁴⁷.

a disposición de terceros a causa del uso de una aplicación defectuosa o que unos altavoces inteligentes, empleados para grabar conversaciones, puedan ser vulnerables a ciberdelincuentes) y, por ello alienta a la Comisión a que, teniendo en cuenta este factor, analice la noción de “daño”. C. DE MEEUS, “The Product Liability Directive...”, cit., p. 152.

²⁴³ Es frecuente el ejemplo de la impresión en 3D, donde es habitual que un individuo pueda producir bienes que se usen en actividades profesionales. EUROPEAN LAW INSTITUTE, “Response to the European Commission’s Public consultation...”, p.17.

²⁴⁴ Se llega a afirmar que la función indemnizatoria parece desaparecer y también se incide en la falta de instrumentos procesales, que precisamente tendría especial impacto en estos casos de menor cuantía, para resolver los problemas procesales de daños masivos. E. RAJNERI, “Interaction between ...”, p.12.

²⁴⁵ Así lo indica el Cdo. 17 de la Propuesta: “*En aras de la seguridad jurídica, debe aclararse que las lesiones corporales incluyen los daños para la salud psicológica comprobados médicamente*”.

²⁴⁶ EUROPEAN LAW INSTITUTE, “Response to the European Commission’s Public consultation...”, p.17.

²⁴⁷ Es la respuesta ante las críticas doctrinales sobre este umbral. Entre otras, DE MEEUS, “The product liability...”, p.152.

84. No obstante, existen daños que siguen sin estar cubiertos en la Propuesta de Directiva. Algunos autores lamentan que no se haya aprovechado para incluir el daño “puramente económico”²⁴⁸, y nadie desconoce que siguen estando excluidos aquellos daños sufridos por el propio producto defectuoso; lo que, a la postre, impide que la víctima sea completamente indemnizada por los daños sufridos²⁴⁹, o que, si pretende serlo, deba acudir a otras normativas, entre las que sigue sin haber coordinación (v.gr. a las normas internas de cada Estado miembro) y que, además, presentarán divergencias dado que las normas de cálculo de la indemnización serán establecidas por cada país (Cdo. 18). Además, no serán estas las únicas divergencias, ya que que también existirán en el caso de los daños morales.

6. Las causas de exoneración

85. Examinados los daños indemnizables, no puede obviarse otra cuestión esencial: las causas de exoneración que permiten al sujeto que ha causado el daño no responder por él²⁵⁰. En la actualidad, el art. 7 de la Directiva 85/374/CEE²⁵¹ contempla seis causas que permiten al productor, si logra probarlas, exonerarse de responsabilidad: (a) la ausencia de puesta en circulación del producto, (b) la presunción de que el defecto no existía cuando el producto fue distribuido, (c) que el producto no formara parte de la actividad comercial de su fabricante o comercializador, (d) la aparición del defecto debido al estricto cumplimiento de las normas administrativas, (e) que el estado del conocimiento científico y técnico no permitiera identificar la existencia del defecto – más conocida como “*exoneración por riesgos de desarrollo*” – o, en el caso de los productores de componentes o materias primas, (f) que éste fuera imputable al diseño del producto al que se incorpore o a las instrucciones dadas por el fabricante.

86. No obstante la aparente amplitud de esta disposición, la digitalización de los productos – que conlleva su interconexión con componentes o servicios digitales, la evolución de sus funcionalidades al estar sujetos a actualizaciones y mejoras, y la influencia que terceros o los propios fabricantes pueden tener sobre los productos tras su puesta en circulación, entre otras – genera ciertas dificultades a la hora de aplicar las causas de exoneración de la Directiva 85/374/CEE en la Era digital. Por consiguiente, algunas de ellas necesitan actualizarse²⁵².

87. En esencia, las causas de exoneración que prevé el precepto vigente se conservan en el art. 10 de la Propuesta de Directiva, aunque se introducen ciertas modificaciones. En general, se sustituye la referencia al “*productor*” por “*operadores económicos*” -contemplando así explícitamente la extensión de responsabilidad a otros sujetos (v.gr. aquellos que modifiquen sustancialmente el producto) y su posibilidad de exonerarse²⁵³-. Y, además, se abandona el término “*puesta en circulación del producto*”

²⁴⁸ C. GÓMEZ LIGÜERRE, “La propuesta de directiva...”, cit., p.4; Un daño puramente económico es “*todo aquel perjuicio distinto a un daño en la persona o propiedad de la víctima directa y distinto a las consecuencias económicas indirectas que la víctima directa sufre como efecto de la lesión en su persona o bienes*”, vid: F. GÓMEZ POMAR, “Las fronteras del daño indemnizable: Recensión a Pure Economic Loss, de Willem van Boom, Helmut Koziol y Christian Witting (editores), Springer, Wien-New York”, InDret, nº 3, 2004.

²⁴⁹ En el 7th *Munster Colloquia on EU Law and Digital Law*”, celebrado en la Universidad de Münster del 16 al 18 de noviembre de 2022, se puso de relieve que esta exclusión podría conducir a escenarios -inexplicables- como el siguiente: si un coche autónomo sufre daños por un deficiente funcionamiento de su software el daño no será indemnizable -al no estar cubierto el daño al propio producto defectuoso, ya que el software forma parte del coche autónomo-, sin embargo, si este software es externo al coche y lo daña, entonces sí estaremos ante un daño indemnizable.

²⁵⁰ Como señala el Cdo. 7 de la vigente Directiva 85/374/CEE, porque: “(…) *un justo reparto de los riesgos entre el perjudicado y el productor implica que este último debería poder liberarse de la responsabilidad si presentara pruebas de que existen circunstancias que le eximan de la misma*”.

²⁵¹ Art. 140 TRLC

²⁵² Para así reflejar el impacto de la digitalización de los productos. EUROPEAN LAW INSTITUTE, “*Guiding principles...*”, p.10.

²⁵³ Aunque el artículo sólo se refiera al productor, su aplicación se extiende a los sujetos responsables equiparados a éste. J. SOLÉ I FELIU, “Artículo 140. Causas de exoneración de la responsabilidad”, en A. CAÑIZARES LASO (Dir.) y L. ZUMAQUERO GIL (Coord.), “Comentarios al texto refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios. Tomo II (arts. 92 a 170 y Disposiciones)”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 2052.

para, en su lugar, hacer referencia y diferenciar entre la “*introducción del producto en el mercado*”, su “*puesta en servicio*” o su “*comercialización*” –para contemplar diferentes escenarios en función de quién haya llevado a cabo la acción, si el fabricante o importador, o, en el último caso, el suministrador–. En particular, cada causa de exoneración incorpora cambios que, seguidamente, examinaremos.

88. En primer lugar, de acuerdo con la nueva redacción del art. 10 de la Propuesta de Directiva, los fabricantes o importadores no serán responsables de los daños causados por un producto defectuoso, si demuestran que éste “*no ha sido introducido en el mercado*”, ni “*puesto en servicio*” (apdo. “*a*”), ni lo serán los distribuidores si acreditan que no lo habían “*comercializado*” (apdo. “*b*”)²⁵⁴. Este segundo apartado debe ponerse de relieve porque introduce como novedad –si bien coherentemente con el hecho de que también se le pueda imputar responsabilidad–, una causa de exoneración específica para el distribuidor.

89. En segundo término, los fabricantes, importadores o distribuidores del producto no serán responsables si acreditan que el defecto del producto no es originario, esto es, si este “*surge de manera posterior a su introducción en el mercado, puesta en servicio o comercialización*” (apdo. “*c*”); aunque con una excepción: que el defecto esté provocado por un “*elemento*” bajo el control del fabricante²⁵⁵. En otros términos, si el defecto de un producto aparece como consecuencia de un servicio conexo, un programa informático o sus respectivas actualizaciones y mejoras (o, precisamente, de la falta de ellas)²⁵⁶, y estos elementos que provocan el defecto se encuentran bajo el control del fabricante, los operadores económicos potencialmente responsables²⁵⁷ no podrán exonerarse de responsabilidad (art. 10.2). A la inversa, si el defecto aparece como consecuencia de un servicio conexo, un programa informático o de sus actualizaciones, pero el fabricante –o el importador²⁵⁸– acredita que éstos no se encontraban bajo su control, podrá exonerarse por los daños causados por un defecto considerado no originario del producto²⁵⁹. La Comisión Europea opta por reforzar de esta manera el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la normativa a diferentes operadores, quienes deben preocuparse de que el producto, una vez introducido en el mercado, puesto en servicio o comercializado, siga siendo seguro, so pena de ser responsable por los daños que cause (art. 10.2).

90. A continuación, en términos casi idénticos a los de la Directiva 85/374/CEE, se sigue contemplando, sin necesidad de añadidos, la posibilidad de que los operadores económicos queden exone-

²⁵⁴ De acuerdo con el Cdo. 37 de la Propuesta de Directiva: “*(...) el momento de introducción en el mercado o de puesta en servicio es normalmente el momento en que un producto sale del control del fabricante, mientras que para los distribuidores es el momento en que lo comercializan*”.

²⁵⁵ SOLÉ I FELIU ya advierte de que esta causa de exoneración [Art.10(b) la presunción de que el defecto no existía cuando el producto fue distribuido] quedaba en entredicho en aquellos productos que incorporasen contenidos digitales “a cargo del propio productor”, sosteniendo que debía actualizarse la definición del momento concreto de “puesta en circulación”. J. SOLÉ I FELIU, “Artículo 140. Causas de exoneración...”, cit., p. 2061.

²⁵⁶ El Cdo. 37 incide en que los fabricantes deben seguir siendo considerados responsables si las tecnologías digitales les permiten ejercer un control posterior sobre el producto.

En sintonía, el Cdo. 38 reconoce que también es posible que “*la defectuosidad de un producto consista en la falta de actualizaciones o mejoras de los programas informáticos que sean necesarias para abordar las vulnerabilidades de ciberseguridad y mantener la seguridad del producto*”. Y que, por ello, los fabricantes “*deben ser responsables de los daños causados por la falta de suministro de actualizaciones o mejoras de la seguridad de los programas informáticos que sean necesarias para abordar las vulnerabilidades del producto en respuesta a la evolución de los riesgos de ciberseguridad. Esta responsabilidad no debe aplicarse cuando el suministro o la instalación de tales programas informáticos escapen al control del fabricante, por ejemplo cuando el propietario del producto no instale una actualización o mejora suministrada para garantizar o mantener el nivel de seguridad*”.

²⁵⁷ Esto es, el fabricante, el importador o, en defecto de ellos, el prestador de servicios logísticos y, de no conocerse los anteriores, el distribuidor del producto (incluyendo a las plataformas en línea si se dan los requisitos expuestos en el correspondiente apartado) si ha incumplido su obligación de identificarlos. En este último caso, puede subrayarse que el distribuidor responde (y se exonera) en términos similares a los que lo haría el fabricante o importador a los que no identifica.

²⁵⁸ Debe puntualizarse que el importador debe demostrar que el producto no estaba bajo control del fabricante.

²⁵⁹ Bien es cierto que no parece sencillo que los sujetos potencialmente responsables, que no sean el fabricante (v.gr el prestador de servicios logísticos) puedan acreditar que el defecto no existía en el momento de su introducción en el mercado o comercialización o que, si el defecto tiene origen en un servicio conexo o actualización, que estos están fuera del control del fabricante. Parece sensato presumir que el fabricante colaborará a la hora de esclarecer estas circunstancias.

rados si “*el defecto se debe a que el producto se ajusta a normas coercitivas dictadas por los poderes públicos*” (apdo. “d”), lo que -obviamente- conserva todo el sentido.

91. Por otra parte, ya en el apartado “e”, la Comisión Europea, pese a las discrepancias²⁶⁰, opta por mantener la exoneración por riesgos de desarrollo (Cdo. 39) y, además, se inclina por aplicarla con carácter general²⁶¹, ya que, si la Propuesta es aprobada, los Estados miembros no podrán decidir excluirla al transponer la Directiva a sus ordenamientos nacionales²⁶². Ahora bien, la matiza: el fabricante podrá exonerarse de responsabilidad si acredita que el estado objetivo de los conocimientos científicos y técnicos no permitía descubrir su carácter defectuoso ni dentro del período en que el producto “*fue introducido en el mercado o puesto en servicio*”, ni cuando el producto “*estaba bajo [su] control*”. Conocemos que el art. 7 d) de la Directiva 85/374/CEE, justificado en el entorno comunitario atendiendo al necesario equilibrio que debía existir entre la protección de los intereses de los usuarios y los incentivos a la innovación²⁶³ ha sido muy discutido; incluso los autores del *EGNLT Report* han llegado a afirmar que, por lo menos en los casos en los que resulte previsible que se puedan producir imprevistos, debería eliminarse²⁶⁴. No obstante, dado que la supresión de esta causa tendría impacto en la responsabilidad de los operadores económicos, aumentándola, y eso podría obstaculizar el progreso si éstos renunciaban a desarrollar nuevos productos, la Comisión Europea ha conservado esta causa de exoneración en su Propuesta²⁶⁵ (aunque matizándola la referencia al “control del fabricante” al ponerla en relación con las actualizaciones, mejoras y servicios conexos²⁶⁶). Si bien ha ignorado las críticas doctrinales²⁶⁷ referentes a la importancia de acotar el significado del “*estado de los conocimientos científicos y técnicos*”, debido a que la inmensa información disponible a día de hoy podría convertir este concepto en inabarcable²⁶⁸.

92. Asimismo, el apdo. “f” mantiene la exoneración que permite al fabricante de un componente defectuoso no responder por los daños causados por un producto defectuoso si el defecto es “*imputable*

²⁶⁰ El *Key finding 14* del grupo de expertos autores del *EGNLT Report*, subrayaba que el productor debe ser estrictamente responsable por los defectos de las tecnologías digitales emergentes, incluso si estos aparecen tras la puesta en circulación del producto, si las actualizaciones o mejoras siguen bajo el control del productor, no siendo aplicable una causa de exoneración por riesgos de desarrollo. Algunas voces siguen cuestionando la necesidad de incluir esta causa de exoneración. EUROPEAN LAW INSTITUTE, “*ELI Comments on the Commission Proposal*”, p. 20.

²⁶¹ Al contrario que la Directiva 85/374/CEE, respecto de la que la doctrina señalaba que, a pesar de que la Comisión no propuso ni apoyó inicialmente una causa de exoneración por riesgos de desarrollo, varios Estados miembros sí querían introducirla para -alegaban- mitigar el impacto de la responsabilidad objetiva. La exoneración se incluyó finalmente en la Directiva 85/374/CEE, pero dando a los Estados miembros la opción de excluirla. Así lo hicieron Luxemburgo y Finlandia, mientras que otros países, como España y Francia sólo la excluyeron para algunos productos, v.gr. medicamentos y derivados del cuerpo humano, respectivamente. “*Product Liability Directive*” en FAIRGRIEVE ET AL., *European product liability...*, cit., p. 29.

²⁶² Como prevé el art. 3 de la Propuesta, el nivel de armonización es máximo: “*Los Estados miembros no podrán mantener o introducir, en su Derecho nacional, disposiciones que se aparten de las establecidas en la presente Directiva, en particular disposiciones más o menos estrictas para alcanzar un diferente nivel de protección de los consumidores, salvo que se disponga de otro modo en la presente Directiva*”. En el mismo sentido lo observa: C. GÓMEZ LIGÜERRE, “*La propuesta de directiva...*”, cit., p. 6. Para el ELI resulta inexplicable por qué no se ha preservado la opción para los Estados miembros de excluir esta causa de exoneración y subrayan que ello obligará a Finlandia, Luxemburgo, Francia y España a introducirla y extenderla a todos sus productos en contra de sus decisiones actuales. EUROPEAN LAW INSTITUTE, “*ELI Comments on the Commission Proposal*”, p. 20.

²⁶³ J.J. MARÍN LÓPEZ, “*Daños por productos: estado de la cuestión*”, Madrid, Tecnos, 2001, pp. 47-49.

²⁶⁴ El *EGNLT Report* ponía de relieve que la “previsibilidad limitada” caracterizaba a las tecnologías digitales emergentes y que, precisamente por ello, la causa de exoneración por riesgos de desarrollos, que permite al productor eludir su responsabilidad por defectos imprevisibles, no debería estar disponible en los casos en que era previsible que se produjeran desarrollos imprevistos. P. 43.

²⁶⁵ En el mismo sentido, el ELI conserva en su Propuesta de Directiva esta causa de exoneración, aunque matizada con la sustitución de la delimitación temporal de “*puesta en circulación*” por el momento de fabricación del producto y de actualización de su contenido.

²⁶⁶ Matiz acertado, ya que, de lo contrario, se corría el riesgo de que no operase nunca. La doctrina reclamaba que la revisión de esta delimitación temporal era un extremo imprescindible de abordar. EUROPEAN LAW INSTITUTE, “*ELI Draft ...*”, cit. p. 21; También en “*Response to the European Commission’s Public consultation...*”, p. 18.

²⁶⁷ EUROPEAN LAW INSTITUTE, “*Response to the European Commission’s Public consultation...*”, p. 21.

²⁶⁸ Aunque se señala que la incorporación del término “objetivo” es bienvenida, también se indica que se debe identificar qué es exactamente lo que se exige que acrediten los fabricantes para exonerarse. EUROPEAN LAW INSTITUTE, “*ELI Comments on the Commission Proposal*”, p. 20.

al diseño” o “a las instrucciones [a él] dadas por el fabricante del producto”, lo que es sensato, dado que el fabricante es quien mantiene el control.

93. Continuando la lectura del art. 10, es destacable la introducción de una nueva causa de exoneración para aquellos que realicen “*modificaciones sustanciales en el producto*”. Debe aquí recordarse²⁶⁹ que también es una novedad de la Propuesta la consideración de estos sujetos como responsables, que se justifica en respuesta a los casos, cada vez más frecuentes, en los que el producto es manipulado por parte de terceros sujetos con carácter posterior a su introducción en el mercado, puesta en servicio o comercialización y sin autorización de su fabricante (Cdo.29). Por ejemplo, cuando se mejora un producto mediante un cambio en su sistema informático o su reacondicionamiento. En vista de lo anterior, por un lado la Propuesta equipara la responsabilidad de “*cualquier persona física o jurídica que modifique un producto ya comercializado y puesto en servicio (...), cuando la modificación se considere sustancial con arreglo a las normas nacionales o de la Unión pertinentes sobre seguridad de los productos y se realice fuera del control del fabricante*” a la del fabricante (art. 7.4), y, por otro, prevé que aquella persona que modifique sustancialmente el producto pueda exonerarse cuando acredite que “*el daño esté relacionado con una parte no afectada por la modificación*” (apdo. “g”)²⁷⁰.

94. Por último, es coherente que en el art. 10 no se haya mantenido la causa de exoneración prevista en el art. 7 c) de la Directiva 85/374/CEE, que facultaba al productor a no responder por los daños cuando el producto no formara parte de la actividad comercial de su fabricante o comercializador. Dado que, la redacción de la Propuesta exige, para poder ser aplicada, que sean “*productos introducidos en el mercado o, en su caso, puestos en servicio en el transcurso de una actividad comercial, ya sea a cambio de una remuneración o de forma gratuita*” (Cdo.20), no parece necesario incluir esta causa de exoneración si a los productos que no forman parte de la actividad comercial del eventual responsable no se les aplica la Directiva de Productos²⁷¹.

7. La duración del régimen y la prescripción

95. Por último, deben analizarse los plazos previstos en la normativa. Los contemplados en la Directiva 85/374/CEE son dos: uno de vigencia del régimen especial de responsabilidad y otro de prescripción. Esto es, por una parte, prevé un plazo de diez años, desde que el producto se puso en circulación (art. 11²⁷²), en el que el régimen de responsabilidad por productos defectuosos está vigente -siendo este el tiempo en el que la víctima podrá apoyarse en él, se pretende facilitar la cobertura de los seguros para los eventuales responsables²⁷³-. Y, por otro lado, contempla un plazo de tres años de prescripción, que delimita el margen temporal con el que cuenta el perjudicado para ejercitar la acción para reclamar los daños, y que se computa desde que “*el demandante tuvo, o debería haber tenido, conocimiento del daño, del defecto y de la identidad del productor*” (art.10)²⁷⁴.

96. Pues bien, en buena lógica, la Propuesta de Directiva continúa previendo, en el primer apartado de su art. 14, el plazo de prescripción trienal para incoar reclamaciones cuyo cómputo se sigue

²⁶⁹ Véase apartado II. “*Los sujetos responsables*”, p. 31.

²⁷⁰ En coherencia con el Cdo. 29 de la Propuesta.

²⁷¹ Aunque sí consideramos recomendable que lo contemplado en el Cdo. 20 fuese indicado explícitamente en el articulado de la Propuesta.

²⁷² Contenido transpuesto al ordenamiento español en el art. 144 TRLC.

²⁷³ Fuera de este plazo, el perjudicado tendrá la opción de acudir a las reglas generales. M.J. SANTOS MORÓN, “Responsabilidad por productos ...” cit., p.490.

²⁷⁴ En consonancia, art. 143 TRLC. La Directiva opta por un criterio subjetivo al delimitar el inicio del plazo de prescripción, basado en el conocimiento que el perjudicado tenga o deba tener del daño, del defecto y de la identidad del productor. *Vid.* A.M. RODRÍGUEZ GUTIÁN, “Artículo 143. Prescripción de la acción”, en A. CAÑIZARES LASO (Dir.) y L. ZUMAQUERO GIL (Coord.), “Comentarios al texto refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios. Tomo II (arts. 92 a 170 y Disposiciones)”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 2121-2127.

iniciando en el mismo momento (“a partir del día en que la persona perjudicada tuvo conocimiento, o debería haber tenido razonablemente conocimiento...”), pero, además, el precepto contempla -en su segundo apartado- otro plazo, de 10 años, que empieza en el momento en el que el producto defectuoso “haya sido introducido en el mercado, puesto en servicio o modificado sustancialmente”²⁷⁵. Debe advertirse que, a pesar de que este plazo recuerde al de vigencia del régimen ya contemplado en la Directiva 95/374/CEE y se justifique en la lógica de acotar temporalmente la responsabilidad del fabricante para que no sea ilimitada (Cdo.43), lo cierto es que la Propuesta se refiere a este plazo -también- como de “prescripción”²⁷⁶ y, además, prevé una extensión de 5 años de este plazo, en caso de que no se haya podido incoar el procedimiento “debido a la latencia de un daño corporal”.

97. Pensamos que la existencia de dos plazos diferentes de prescripción es confusa²⁷⁷ y que, por ello, resulta esencial aclarar la redacción de este precepto. De lo contrario, surgirán numerosos problemas de interpretación²⁷⁸.

III. Conclusiones

98. La Directiva 85/374/CEE ha facilitado hasta la fecha un marco legal estable en el que, unificadas las reglas de responsabilidad de los productores de la Unión Europea –independientemente del Estado miembro en el que desarrollasen sus actividades–, los perjudicados por productos defectuosos han sido suficientemente protegidos, a la vez que ha existido una razonable seguridad jurídica para incentivar la innovación²⁷⁹. A día de hoy, sin embargo, el progreso y las nuevas tecnologías emergentes –con sus innumerables beneficios, pero a la vez con sus múltiples riesgos– han convertido en obsoleta esta herramienta normativa actual, lo que exige inexcusablemente su actualización para que pueda seguir respondiendo de forma adecuada a las reclamaciones por daños causados por productos defectuosos.

99. Como consta en la exposición de motivos de la Propuesta de Directiva sobre productos defectuosos de la Comisión Europea para modificar la Directiva 85/374/CEE, en el entorno europeo se persigue que esta herramienta continúe garantizando el correcto funcionamiento del mercado interior y un nivel elevado de protección de la salud y de la propiedad de los consumidores. Y, para alcanzar tales objetivos, se señala como imprescindible que la actualización de esta norma contemple la naturaleza y los riesgos de los productos de la era digital, asegure siempre la posibilidad de reclamar a una empresa con sede en la UE, aligere la carga de la prueba en casos complejos y alivie las restricciones a la hora de presentar reclamaciones, proporcionando –principalmente a través de la codificación de la jurisprudencia en esta materia– seguridad jurídica.

²⁷⁵ Es muy positivo que se tenga en cuenta la posible modificación del producto por parte de otro sujeto que no esté bajo control del fabricante. No obstante, podría ser razonable valorar en esta delimitación del denominado “plazo de prescripción” de 10 años, circunstancias como, por ejemplo, la última actualización del producto, de forma que, para delimitar este plazo de prescripción (o, más bien, de vigencia del régimen), su cómputo se inicie a partir de la última actualización, en lugar de iniciarse en el momento de su introducción en el mercado o puesta en servicio.

²⁷⁶ Las versiones en inglés, francés y español de la Propuesta se refieren a ambos plazos como de “prescripción”, sin hacer distinción alguna entre ellos. No obstante, debe destacarse que la versión italiana (*Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi*) sí parece diferenciarlos. Así, puede apreciarse que en su “Articolo 14 Termini di prescrizione e decadenza”, se hace referencia en el apartado primero al “termine di prescrizione di tre anni” y en su apartado segundo al “termine di decadenza di 10 anni”.

²⁷⁷ Aunque, de acuerdo con el último párrafo del art.14.1 de la Propuesta, parece que sólo el plazo de tres años es susceptible de interrumpirse o suspenderse.

²⁷⁸ También así lo señalan: C. GÓMEZ LIGÜERRE, “La propuesta de directiva...”, cit., p.7; EUROPEAN LAW INSTITUTE, “*ELI Comments on the Commission Proposal*”, p.23.

²⁷⁹ Existe un consenso mayoritario a nivel europeo al afirmar, sobre la responsabilidad por productos defectuosos, que el actual marco de responsabilidad de la UE es estable y promueve la inversión, la innovación y la asunción de riesgos. COMISIÓN EUROPEA, *Commission Staff Working Document Liability for emerging digital technologies...*, cit., p. 3.

100. A los efectos de contemplar la naturaleza de los productos de la era digital, se han incorporado en la Propuesta, en el concepto de “producto”, los archivos de fabricación digital y los programas informáticos y, en el concepto de “componente”, los artículos intangibles y los servicios digitales integrados en un producto y esenciales para su funcionamiento que estén bajo el control del fabricante (a los que ha denominado “servicios conexos”). Aun cuando estas incorporaciones son, sin duda, esenciales y bienvenidas porque adecúan los conceptos al contexto de la era digital, lo cierto es que -de su mano- han venido otros interrogantes a los que debe darse respuesta. Un primer ejemplo, sin ir más lejos, es la ausencia de una definición de “programa informático”, que sumada a la exclusión del “código fuente” de estos programas -por su consideración como “mera información”- dificultan la determinación del alcance del concepto de producto. En nuestra opinión, la falta de definición de “programa informático” debería ser subsanada, aportando, cuando menos, una aclaración de lo que es para el legislador “mera información” y “código fuente”. En el mismo sentido, las incorporaciones en el concepto de “componente”, pese a ser bienvenidas, también plantean dudas. Atendiendo a que un suministro constante de datos por parte del fabricante o bajo su control -que permite que el producto desarrolle sus funciones- tiene la consideración de “servicio conexo” y, por tanto, “componente”, ¿no debería también serlo cualquier contenido digital o dato que, aunque suministrado de forma puntual, por el fabricante o por un tercero bajo su control, también sea esencial para el funcionamiento del producto? A nuestro juicio, sería razonable incluirlos en la noción de “artículos intangibles” y, por tanto, calificarlos como “componentes”, ya que considerarlos “mera información” supondría que unos mismos datos serían “componentes” al ser suministrados de forma continua (como servicio conexo) o, inexplicablemente no lo serían, al ser suministrados puntualmente.

101. Asimismo, para contemplar los riesgos de los productos de la era digital y de las nuevas tecnologías, la consideración por la Propuesta de nuevas circunstancias a las que debe atenderse para determinar la existencia de un defecto -como pueden ser: la posibilidad de que el producto siga aprendiendo, el posible control del fabricante sobre éste una vez fue introducido en el mercado, la posible intervención de una autoridad regulatoria o las expectativas específicas de los usuarios finales, etc.-, debe valorarse muy positivamente, teniendo en cuenta, además, que algunas reflejan criterios jurisprudenciales en esta materia.

102. Para garantizar la posibilidad de reclamar a una empresa con sede en la UE, la Propuesta lleva a cabo la incorporación de sujetos -con papeles relevantes en el mercado- como son los “representantes autorizados”, los “prestadores de servicios de tramitación a distancia” o las “plataformas online” como nuevos responsables. Por otro lado, resulta muy positivo que la nueva redacción permita exigir responsabilidad a “quienes modifiquen sustancialmente el producto” y a los “prestadores de servicios conexos” que actúen bajo el control del fabricante -al ser ahora considerados componentes del producto-. No obstante, se aprecian lagunas que convendría que el legislador rellenase. Siguiendo la lógica de que deberían considerarse “componentes” aquellos datos o contenidos digitales que, suministrados puntualmente, sean esenciales para el funcionamiento del producto, también deberían considerarse sujetos responsables aquellos que los suministren cuando lo hagan bajo el control del fabricante.

103. En relación con la pretensión de aligerar la carga probatoria en casos complejos, es destacable que el legislador europeo ha facilitado el acceso a pruebas (v.gr. imponiendo al demandado la obligación de revelar las pruebas pertinentes) y ha establecido una serie de presunciones sobre la defectuosidad del producto y la relación de causalidad. Se trata, a nuestro parecer, de mejoras relevantes que deben ser consideradas muy positivamente. Lo anterior, sumado a la reducción de restricciones a la hora de presentar reclamaciones – con la eliminación del umbral de 500 ECUS – y a la valoración de otros daños como indemnizables (v.gr. daños a datos), refuerzan el derecho a la tutela judicial efectiva. La Unión Europea persigue la protección efectiva del perjudicado por productos defectuosos, buscando garantizar una justa indemnización del responsable del daño.

104. Por último, deberían aclararse los -denominados- “plazos de prescripción” previstos en la Propuesta. En nuestra opinión, la redacción actual puede provocar numerosos equívocos al referir dos plazos de prescripción sin mencionar plazo alguno de vigencia del régimen especial de responsabilidad.

105. Por todo ello, la Propuesta nos merece una buena valoración, aunque insistiendo en la necesidad de dar respuesta a las cuestiones señaladas, que merecen ser aclaradas antes de que se promulgue como Directiva. Nótese que se prevé una armonización máxima en el art. 3 de la Propuesta, que excluiría la posibilidad de que los Estados miembros mantengan o introduzcan disposiciones que difieran de las establecidas.

106. La UE apuesta por que esta Directiva de Productos continúe siendo, frente a los fabricantes, un instrumento “horizontal” aplicable a todos los productos (incluyendo los de inteligencia artificial). Por su parte, la Propuesta de Directiva sobre IA, persigue una armonización de las reglas nacionales de responsabilidad extracontractual para facilitar las reclamaciones, frente a sujetos distintos del productor, a los damnificados por cualquier tipo de sistema de inteligencia artificial. Pensamos que la coordinación de estas dos Directivas, que serán examinadas en los próximos meses por el Parlamento Europeo y por el Consejo, es de vital importancia para que la disruptiva inteligencia artificial siga siendo impulsada en un contexto en el que se asegure la correcta protección de quienes resulten perjudicados por ella.

107. Las normativas europeas operan como una “*Constitución Civil de la Unión Europea*”, propiciando la cohesión geográfica de los Estados miembros y potenciando la integración de sus ciudadanos. La Directiva de productos ya forma parte de esa “*identidad jurídica europea*” –a la que también se incorporará la Directiva para la armonización de las reglas nacionales de responsabilidad extracontractual en materia de IA–, por ello debe cuidarse cada detalle de su confección. Una sólida redacción de estas normas europeas conllevará más seguridad jurídica, lo que impulsará la innovación y la protección de los perjudicados ¿y, quizá, llegará a influenciar otros ordenamientos beneficiando a la industria europea de hoy y de mañana?²⁸⁰.

²⁸⁰ El Profesor SCHULZE, destacó el “*Brussels effect*” al exponer las conclusiones del “*7th Munster Colloquia on EU Law and Digital Law*”, celebrado en la Universidad de Münster del 16 al 18 de noviembre de 2022.

La utilidad del poder de mercado en la determinación de la naturaleza jurídica de los servicios prestados por las plataformas digitales*

The usefulness of market power in determining the legal nature of the services provided by digital platforms

PEDRO MARIO GONZÁLEZ JIMÉNEZ

*Profesor de Derecho Mercantil (acreditado a Contratado Doctor)
Universidad de Córdoba*

Recibido: 31.08.2023 / Aceptado: 13.09.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.8066

Resumen: La determinación de la verdadera naturaleza jurídica de los servicios prestados por las plataformas digitales es una de las principales cuestiones que suscitan estos nuevos operadores del mercado. Este trabajo persigue avanzar en el conocimiento de dicho asunto. En concreto, propone la utilización para ese fin del criterio del poder de mercado, ampliamente empleado en el Derecho de la competencia empresarial. A juicio del autor, a mayor poder de mercado de la plataforma, mayor nivel de influencia puede ejercer sobre los prestadores de los servicios subyacentes. Por el contrario, a menor poder de mercado, mayor probabilidad de que el grado de influencia ejercido sobre los prestadores no sea significativo y, por tanto, su actividad merezca calificarse de mera intermediación digital.

Palabras clave: Plataformas digitales transaccionales, actividad de intermediación digital o de prestación de los servicios subyacentes, servicios de transporte, servicios de alojamiento turístico, poder de mercado, influencia decisiva.

Abstract: Determining the true legal nature of the services provided by digital platforms is one of the main issues raised by these new market players. This paper aims to advance our understanding of this issue. Specifically, it proposes the use of the criterion of market power, which is widely used in business competition law. In the author's opinion, the greater the platform's market power, the greater the level of influence it can exert over the providers of the underlying services. Conversely, the lower the market power, the greater the likelihood that the degree of influence exercised over the providers will not be significant and, therefore, their activity will qualify as mere digital intermediation.

Keywords: digital platforms, digital intermediation activity, transport services, tourist accommodation services, market power, significant influence.

Sumario: I. Planteamiento y propósito. II. La naturaleza jurídica de los servicios prestados por las plataformas digitales según las sentencias del Tribunal de Justicia de 20 diciembre de 2017 (caso *Uber*) y de 19 de diciembre de 2019 (caso *Airbnb*). 1. la sentencia del Tribunal de Justicia de

* Este trabajo se inserta dentro del Proyecto de Investigación financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación intitolado "Modernización y mejora de la protección jurídica de los consumidores en un mercado en creciente digitalización" (referencia: PID2020-117872RB-100) del que son Investigadoras Principales los Profs. Drs. LUIS MARÍA MIRANDA SERRANO y JAVIER PAGADOR LÓPEZ, y del Proyecto de Investigación UCOLIDERA del Plan Propio de Investigación de la Universidad de Córdoba intitolado "La protección del consumidor ante los retos de la digitalización: aspectos contractuales y concurrenciales" del que es Investigador Principal el Prof. Dr. ANTONIO CASADO NAVARRO.

20 de diciembre de 2017 (caso *Uber*). 2. La sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de diciembre de 2019 (caso *Airbnb Ireland*). III. Reflexiones al hilo de las sentencias del Tribunal de Justicia referidas: análisis complementario de la cuestión a través del criterio del poder de mercado. 1. ¿Es suficiente cualquier nivel de influencia? 2. ¿Es cierto que *airbnb* no fija (ni directa ni indirectamente) los precios? 3. Poder de mercado, fijación de precios e influencia decisiva. IV. La sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de abril de 2022: un paso al frente en la toma en consideración del poder de mercado de la plataforma. V. Conclusiones (necesariamente provisionales).

I. Planteamiento y propósito

1. El siglo XXI ha sido testigo de plúrimos avances tecnológicos que están alterando notablemente la forma en la que se intercambian y consumen bienes y servicios. El auge de internet y todo el desarrollo tecnológico e informativo asociado a dicha red han favorecido la proliferación de modelos de distribución ágiles y eficientes que concentran la mayor parte de la oferta y la demanda. Gracias a ello, hemos experimentado un significativo progreso económico sin precedentes históricos.

En efecto, las plataformas digitales, aprovechando las nuevas tecnologías, constituyen un medio idóneo para facilitar el encuentro entre los proveedores y los receptores de bienes y/o servicios, permitiendo masivas contrataciones en línea. De hecho, el novedoso modelo de negocio del que hablamos está transmutando drásticamente la prestación de servicios, al actuar como intermediario en un mercado multilateral entre oferentes y demandantes. De esta manera, mercados tradicionales, como el del alojamiento turístico, se convierten en *marketplaces* en los que las nuevas tecnologías facilitan la incorporación, a bajo costo, de nuevos proveedores de esos servicios, al mismo tiempo que logran una eficiente vinculación entre la oferta y la demanda en un tiempo récord, algo impensable antaño¹.

2. En torno a estos nuevos operadores del mercado que ofrecen servicios de mediación electrónica, surgen algunas relevantes cuestiones que requieren ser adecuadamente respondidas. Entre ellas, destaca muy especialmente la determinación del régimen jurídico al que deben estar sujetos en sus actuaciones, así como el régimen de responsabilidad que asumen². Sin embargo, el tratamiento satisfactorio de estos asuntos requiere abordar una cuestión previa y crucial, cual es la verdadera naturaleza jurídica del servicio prestado por estos nuevos agentes del mercado.

3. Una plataforma digital es un proveedor de servicios de alojamiento de datos que, a petición de un destinatario del servicio, almacena y difunde información al público³. En este trabajo, en particular, nos centraremos en las plataformas transaccionales, es decir, aquellas que tienen la finalidad de facilitar las transacciones entre dos grupos de usuarios diferentes⁴. El denominador común de todas ellas, prestando atención a los distintos modelos de negocio que pueden presentar, es el servicio de intermediación electrónica. Estas plataformas actúan como *marketplaces* donde se reúnen los diferentes usuarios con el objetivo de contratar un servicio determinado⁵. No parece dudoso que estos operadores realizan una labor de intermediación. No obstante, para determinar la verdadera naturaleza jurídica de la actividad que desarrollan, es necesario examinar el modelo de negocio que explotan y determinar si están organi-

¹ J.J. MONTERO PASCUAL, “El régimen jurídico de las plataformas colaborativas”, en J.J. MONTERO PASCUAL, (Dir.), *La regulación de la economía colaborativa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 93-97.

² V. HATZOPOULOS y S. ROMA, “Caring for sharing? The collaborative economy under UE Law”, *Common Market Law Review*, Vol. 54, nº 1, 2017, p. 128.

³ Art. 3 del Reglamento (CE) nº 2065/222 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE, DOUE L-81573 de 27 de octubre de 2022 (en adelante, LSD).

⁴ A. ROBLES MARTÍN-LABORDA, “El poder de mercado de las plataformas colaborativas”, en S. RODRÍGUEZ MARÍN; A. MUÑOZ GARCÍA y F. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ (Coords.), *Aspectos legales de la economía colaborativa y bajo demanda en plataformas digitales*, Madrid, Wolters Kluwer, 2018, p. 106.

⁵ R. LÓPEZ ORTEGA, “Las plataformas Uber, Blablacar y Airbnb: ¿Intermediarias o prestadoras del servicio subyacente?”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 321, 2021, pp. 179-180.

zando y asumiendo la prestación del servicio en su propio nombre, o si simplemente se limitan a poner en contacto a los diferentes usuarios, es decir, a actuar como intermediarios.

4. Respecto a la auténtica naturaleza jurídica de los servicios prestados por las plataformas digitales, doctrinalmente se ha apuntado la existencia de dos soluciones posibles⁶: 1ª) considerar que la plataforma digital proporciona un servicio propio de la sociedad de la información, es decir, una actividad de genuina intermediación digital entre prestadores de servicios y usuarios, o 2ª) entender que en cierto modo interviene en el servicio subyacente.

De acuerdo con la primera solución señalada, la actividad desarrollada por la plataforma digital habría de considerarse liberalizada. No otra cosa se deriva de las normativas europea y española relativas a la sociedad de la información y el comercio electrónico, las cuales reconocen de manera expresa el principio de libre prestación de servicios. Inequívocos resultan, en este sentido, los arts. 6 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (en lo sucesivo, LSSI) y el 4 de la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000 (en adelante, DSSI). De modo que, de acuerdo con este enfoque, la plataforma digital no estaría obligada a cumplir con ninguna de las obligaciones propias del servicio subyacente.

En contraposición, de adoptarse la segunda solución planteada, la situación cambiaría significativamente. Bajo esta hipótesis, la plataforma solo podría llevar a cabo su actividad de forma lícita si cumpliera con las exigencias impuestas por la normativa reguladora del servicio subyacente⁷. Además, podría estar sujeta a obligaciones que no necesariamente son compartidas por los operadores convencionales o por otras plataformas que actúan únicamente como intermediarias sin capacidad para ejercer una influencia decisiva en el mercado en cuestión, o lo que es lo mismo, que solo ejercen un control insignificante o de menor importancia.

5. La jurisprudencia comunitaria ha entendido a este respecto que *Airbnb* no debe considerarse un proveedor del servicio subyacente, sino simplemente un prestador de un servicio de la sociedad de la información. No obstante, en este trabajo exploramos y planteamos que, desde una perspectiva *antitrust* (sensible a las consecuencias o efectos económicos derivados de una determinada práctica o modelo de negocio), la cuestión no es tan sencilla al modo en que podría parecer a primera vista según el órgano jurisdiccional comunitario.

En particular, nos centraremos en la posición de mercado, concebida como una especie de criterio apotropaico que previene el surgimiento de mercados altamente concentrados o casi monopolísticos. Al respecto, hemos de confesar que este parámetro de valoración nos pareció de utilidad desde el momento en que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) afirmó que la determinación de la verdadera naturaleza del servicio prestado debe basarse en la influencia decisiva que la plataforma ejerce sobre el servicio subyacente⁸. Además, recientemente se ha dictado un nuevo pronunciamiento judicial que parece avanzar tímidamente en esta dirección. Nos referimos a la Sentencia del TJUE de 27 de abril de 2022.

⁶ L.M. MIRANDA SERRANO, “La determinación de la naturaleza jurídica de los servicios que prestan las plataformas digitales en la economía colaborativa. Reflexiones al hilo de la STJUE de 20 de diciembre de 2017 sobre Uber”, *La Ley Mercantil*, nº 50, 2018, pp. 2-3 de la versión digital, disponible en laleydigital.com.

⁷ Esto al margen de que se cuestione con solvencia la justificación de buena parte de estas obligaciones, como señalan diversos autores, entre otros, L.M. MIRANDA SERRANO, “La determinación de la naturaleza...”, cit., p. 3 de la versión digital, disponible en laleydigital.com; E. OLMEDO PERALTA, “Liberalizar el transporte urbano de pasajeros para permitir la competencia más allá de taxis y VTC: una cuestión de política de competencia”, *Revista de Estudios Europeos*, nº 70, 2017, pp. 250 y ss y G. DOMÉNECH PASCUAL, “La regulación de la economía colaborativa (el caso “Uber contra el taxi””, *CEFLegal: Revista práctica de Derecho*, nº 175-176, 2015, pp. 61 y ss.

⁸ En honor a la verdad, esta tesis surgió con más fuerza escuchando atentamente a los profs. Luis María MIRANDA SERRANO y Ana María TOBÍO RIVAS en el *VIII Congreso Internacional de Transporte: El transporte ante el Desarrollo Tecnológico y la Globalización*, organizado por el Instituto Universitario de Derecho del Transporte, bajo la dirección de los profs. María Victoria PETIT LAVALL y Achim PUETZ.

II. La naturaleza jurídica de los servicios prestados por las plataformas digitales según las sentencias del Tribunal de Justicia de 20 diciembre de 2017 (caso *Uber*) y de 19 de diciembre de 2019 (caso *Airbnb*)

6. No es éste el lugar para realizar un estudio exhaustivo de la jurisprudencia comunitaria. Baste indicar que la enorme popularidad de *Uber* en el sector del transporte y de *Airbnb* en el sector del alojamiento, ha motivado que el TJUE haya tenido la ocasión de pronunciarse acerca de la verdadera naturaleza jurídica de la actividad desarrollada por estas dos importantes plataformas. Así lo ha hecho, en particular, en las sentencias de 20 de diciembre de 2017 y de 19 de diciembre de 2019, ambas ampliamente estudiadas por la doctrina⁹.

Como se sabe, en estos dos pronunciamientos, se pretendió dar respuesta a diversas cuestiones que surgen en torno a los servicios contratados a través de ambas plataformas. La controversia principal por resolver consistió en determinar si los servicios por ellas prestados merecen categorizarse genuinamente como de transporte o de alojamiento, o se trata, en cambio, de servicios de intermediación digital propios de la sociedad de la información (de conformidad con los parámetros fijados por la DSSI). A continuación, comentamos brevemente cada uno de estos dos pronunciamientos:

1. La Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de diciembre de 2017 (caso *Uber*)

7. En lo que aquí especialmente interesa, el conflicto jurídico que dio lugar a esta relevante resolución puede sintetizarse del modo siguiente: La Asociación profesional “Élite Taxi” demandó a *Uber Spain* ante el Juzgado de lo Mercantil de Barcelona, solicitando a este tribunal que sentenciase que la actividad desarrollada por la referida plataforma digital había de ser reputada un acto de competencia desleal encuadrable dentro de la cláusula especial de deslealtad relativa a la violación de normas. Razón por la cual la parte demandante pidió al referido tribunal que la demandada fuera condenada a poner fin a dicha actividad y al pago de las correspondientes costas judiciales.

Desde el principio, el órgano jurisdiccional español consideró que, para determinar si la plataforma realizaba actos de competencia desleal, era necesario primero determinar si su actividad requería o no autorización administrativa. Esto, a su vez, dependía de la verdadera naturaleza jurídica de los servicios que prestaba. Como es natural, la solución no podía ser la misma si se consideraba que la plataforma prestaba un servicio de transporte genuino o, en cambio, se limitaba a ofrecer un servicio de intermediación propio de la sociedad de la información. De modo que el Juzgado de lo Mercantil de Barcelona decidió plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE, con la finalidad de que este alto tribunal comunitario le asistiera en su tarea de encontrar una solución a la controversia señalada.

8. El Abogado General Szpunar, en sus conclusiones sobre este asunto, sostuvo que la plataforma desarrollaba un servicio mixto, toda vez que una parte de él se realizaba de forma electrónica

⁹ SSTJUE 20 diciembre 2017, asunto 434, *Asociación Profesional Élite Taxi*, ECLI:EU:C:2017:981 y 19 diciembre 2019, asunto 390, *Airbnb Ireland*, ECLI:EU:C:2019:1112. A modo de ejemplo, en lo que respecta a los comentarios doctrinales, vid. L.M. MIRANDA SERRANO, “La determinación de la naturaleza...”, cit., *passim*; L.M. MIRANDA SERRANO, “Transporte colaborativo: Sobre la naturaleza jurídica de los servicios prestados por Uber”, en M.V. PETIT LAVALL Y A. PUETZ (Dirs.), *El transporte como motor de desarrollo económico*, Ed. Marcial Pons, 2018, pp. 697-724; R. LÓPEZ ORTEGA, “Las plataformas...”, cit., pp. 185-192; M. FINCK, “Distinguishing internet platforms from transport services: Elite taxi v. Uber Spain”, *Common Market Law Review*, Vol 55, nº 5, 2018, pp. 1619-1640; R. PAZOS CASTRO, “Uber, Airbnb y la llamada influencia decisiva de las plataformas digitales”, *Revista de internet, derecho y política*, nº 31, 2020, pp. 1-14; P. HACKER, “Uberpop, Uberblack and the regulation of digital platforms after the Asociación Profesional Élite Taxi judgment of the CJEU”, *European Review of Contract Law*, Vol 14, nº 1, 2018, pp. 80-96; S. BOBOC, *Las plataformas en línea y el transporte discrecional de viajeros por carretera*, Madrid, Marcial Pons, 2021, *passim*; A. MARTÍNEZ NADAL, “Capítulo 2. Naturaleza (y responsabilidad) de las plataformas digitales: de la Directiva de comercio electrónico a la propuesta de Reglamento de Servicios Digitales”, en A. MADRID PARRA Y L. ALVARADO HERRERA (Dirs.), *Derecho digital y nuevas tecnologías*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2022, pp. 387-412 y A. ZURIMENDI ISLA Y A. FERNÁNDEZ GARCÍA DE LA YEDRA, “Naturaleza jurídica de las plataformas digitales”, *Revista General de Derecho de los Sectores Regulados*, nº 6, 2020, versión online.

mientras que la otra no. A su juicio, en concreto, los conductores de *Uber* no realizan una actividad propia que exista al margen del presunto intermediario. Por el contrario, la actividad se genera únicamente en la medida en que la plataforma lo permite. Además, el Abogado General destaca que *Uber* controla aspectos económicos importantes, como los requisitos de acceso a la prestación del servicio, la calidad del servicio (si bien aquí el control es indirecto), la determinación del precio, etc. Se explica así que concluya que el servicio prestado por *Uber Spain* no puede ser considerado simplemente un servicio de la sociedad de la información. En su opinión, consiste en la organización y gestión de un complejo sistema de transporte urbano bajo petición, es decir, un genuino servicio de transporte sujeto a la obtención de licencias y autorizaciones previstas en las normativas internas de los Estados miembros¹⁰.

En la misma dirección, el TJUE consideró que el servicio prestado por *Uber Spain* no puede reducirse a los propios de sociedad de la información. Por el contrario, dicho servicio va más allá de la mera intermediación digital. Razón por la cual ha de considerarse que la plataforma provee un genuino servicio de transporte. El órgano jurisdiccional comunitario respalda esta afirmación sobre la base de dos argumentos principales: 1º) La empresa de base tecnológica crea una oferta de servicios de transporte urbano que no existiría sin ella; en palabras del TJUE, sin *Uber* los conductores no estarían en condiciones de prestar servicios de transporte, ni los usuarios podrían disponer de ellos para desplazarse de un lugar a otro de la ciudad¹¹. 2º) Además, resulta acreditado que la plataforma ejerce una influencia decisiva sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas por cada uno de los conductores adscritos a la plataforma.

9. A la luz de estas consideraciones, el TJUE concluyó que el servicio prestado por la plataforma *Uber Spain* se debe calificar como de transporte, quedando al margen de la DSSI, cuyo ámbito de aplicación material u objetivo viene delimitado por los servicios de intermediación digital¹². Razón por la cual dichos servicios no están protegidos por la libre prestación de servicios incluidos en el art. 56 TFUE. Antes bien, el TJUE establece que la actividad de *Uber Spain* debe regirse por las disposiciones relativas al transporte¹³. Por consiguiente, parece que la plataforma merece la consideración de transportista contractual, en la medida en que su función principal estriba en crear y gestionar una red empresarial de transporte, para lo cual se vale de un conjunto de transportistas efectivos¹⁴.

10. En cualquier caso, en lo que atañe al propósito de este trabajo, resulta de especial importancia enfatizar que el órgano jurisdiccional supranacional, para resolver la cuestión prejudicial y determinar la auténtica naturaleza jurídica de los servicios enjuiciados, se basa en el criterio de la *influencia decisiva* ejercida por la plataforma sobre los prestadores de los servicios. Se trata de un parámetro de valoración coincidente con el propuesto por la Comisión Europea en su Comunicación de 2016¹⁵. Merced a él, el

¹⁰ El Abogado General reitera el planteamiento señalado en sus conclusiones de 4 de julio de 2017, asunto *Uber France SAS* (C-320/2016).

¹¹ Este criterio nos parece desafortunado para determinar la correcta naturaleza de la plataforma en la medida en que es una característica inherente a cualquier servicio de intermediación digital que tenga éxito, tal como magistralmente ha sostenido P. HACKER., “Uberpop, Uberblack...”, cit., pp. 80-96.

¹² Sobre este caso se puede consultar, entre otros trabajos, A.M. TOBÍO RIVAS, *Las plataformas electrónicas de transporte terrestre de personas y su configuración jurídica*, Madrid, Reus, 2021, pp. 79-98.

¹³ Idea que reitera el TJUE en su sentencia 10 de abril de 2018, asunto 320, *Uber France SAS*, ECLI:EU:C:2018:221.

¹⁴ L.M. MIRANDA SERRANO, “La determinación de la naturaleza...”, cit., p. 15 de la versión digital, disponible en laleydigital.com; sin embargo, este mismo autor (MIRANDA SERRANO) en “Transporte colaborativo: Sobre la naturaleza jurídica...”, cit., pp. 712 y 713, nota 38, matiza su opinión, al entender que, en el fondo, *Uber* merecería la consideración de transportista contractual y efectivo, habida cuenta la relación laboral existente entre dicha plataforma y los prestadores de los servicios subyacentes. También se pronuncia sobre esta cuestión A.M. TOBÍO RIVAS, *Las plataformas electrónicas...*, cit., pp. 99-129.

¹⁵ *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones sobre Una Agenda Europea para la economía colaborativa*, Bruselas, 2 de junio de 2016 COM (2016) 356 final. Sobre esta comunicación, entre otros, vid. L.M. MIRANDA SERRANO, “Economía colaborativa y competencia desleal. ¿Deslealtad por violación de normas a través de la prestación de servicios facilitados por plataformas colaborativas?”, *Revista de Estudios Europeos*, nº 70, 2017, pp. 197 y ss; A.M. TOBÍO RIVAS, *Las plataformas electrónicas...*, cit., pp. 79-98; P. BENAVIDES VELASCO, “La nueva regulación sobre la contratación de viviendas con fines turísticos”, en L.M. MIRANDA SERRANO, y J. PAGADOR LÓPEZ (Dirs.), *Retos y tendencias del Derecho de la contratación mercantil*, Madrid, Marcial Pons, 2017, pp. 159 y ss; R. ALFONSO SÁNCHEZ, “Aproximación jurídica a la economía colaborativa: diferentes realidades”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, nº 66, 2016, p. 13 y ss; L. GARCÍA MONTORO, “Agenda europea para la economía colaborativa”, *Revista CESCO de Derecho de*

TJUE adopta una solución que generalmente ha recibido una valoración positiva por parte de la doctrina¹⁶. Según la comunidad jurídica (integrada por la doctrina y la jurisprudencia), queda corroborado de manera fundamental que existe control o influencia significativa de la plataforma sobre los conductores, esto es, sobre la prestación del servicio subyacente, cuando se aprecian una serie de circunstancias. Entre ellas, cabe mencionar como más relevantes las siguientes:

11. Primera: La propia aplicación está habilitada para que los usuarios del servicio de transporte puntúen a los conductores con un sistema de estrellas (cuantas más estrellas, mejor servicio)¹⁷. Basándose en estas valoraciones, la plataforma toma medidas que demuestran su injerencia en el desarrollo efectivo del servicio de transporte. Un ejemplo inequívoco es la expulsión de aquellos conductores peor evaluados por parte de los usuarios.

12. Segunda: El cliente realiza el pago directamente a la plataforma utilizando para ello una tarjeta de crédito. Posteriormente, la plataforma paga al conductor, pero deduce previamente una determinada cuantía. En cualquier caso, lo decisivo es que la empresa de base digital es la que efectivamente fija de forma unilateral los precios a través de su algoritmo, lo que representa una prueba evidente del control significativo que la plataforma digital ejerce sobre la prestación del servicio subyacente.

13. Tercera: A la idea precedente (que nos parece fundamental), debemos añadir que los conductores no pueden rechazar una carrera específica sin más. Más bien, se ven implícitamente obligados a aceptar la mayoría o todas las solicitudes de viaje. La razón es sencilla. Si un conductor acepta una carrera y luego la cancela, y repite esta conducta con frecuencia, corre el riesgo de ser desactivado de la plataforma, ya que se exige a los conductores mantener un porcentaje bajo de cancelación y alto de aceptación. Y esto ocurre pese a que los conductores no conocen el destino del trayecto ni su rentabilidad hasta que no lo aceptan.

14. Cuarta: Por último, conforme sostienen tanto la doctrina como la jurisprudencia, refuerza la idea de que existe la influencia significativa de la que venimos hablando el hecho de que *Uber* es el responsable de organizar los medios tecnológicos en los que se basa la plataforma e incluso establece qué tipos de vehículos pueden utilizarse o cuál puede ser su antigüedad.

15. Como era de esperar, el Tribunal Supremo español tomó en consideración todos los fundamentos expuestos en esta sentencia del TJUE para resolver el asunto que originó la cuestión prejudicial a la que nos referimos, así como otros casos similares¹⁸. En consecuencia, siguiendo al órgano jurisdiccional comunitario, concluyó que *Uber Spain* “no es un mero servicio de intermediación, sino que constituye una parte sustancial de la prestación de servicio de transporte de viajeros, estando por ello sujeta a la autorización exigida en el art. 42.1 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes terrestres”¹⁹.

16. Para finalizar con este asunto judicial, un último apunte dirigido a poner de manifiesto que la solución conferida por la jurisprudencia a este caso contrasta abiertamente con la ofrecida judicialmente a la plataforma *BlaBlaCar*. En efecto, a diferencia del caso *Uber*, en este otro supuesto los tribunales

Consumo, nº 18, 2016, pp. 107 y ss y A. FERNÁNDEZ GARCÍA DE LA YEDRA, “Capítulo 22. Calificación jurídica de las plataformas de alojamiento colaborativo”, en P.A. MUNAR BERNAT; M.A. MARTOS CALABRÚS; R. LÓPEZ SAN LUIS Y V. BASTANTE GRANELL, (Dir.), *Turismo, vivienda y economía colaborativa*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2020, pp. 421-443.

¹⁶ L.M. MIRANDA SERRANO, “La determinación de la naturaleza...”, cit., pp. 15-16 de la versión digital, disponible en laleydigital.com; IDEM, “Transporte colaborativo: Sobre la naturaleza jurídica...”, cit., pp. 701 y ss.

¹⁷ En rigor, se trata de un sistema de reseñas online de los servicios prestados por cada uno de los conductores. Al respecto, sobre el concepto y la relevancia de estas reseñas, así como sobre su regulación desde la perspectiva del Derecho de la competencia desleal *vid.* ampliamente L.M. MIRANDA SERRANO, “Prácticas desleales sobre reseñas online de bienes y servicios”, *InDret*, nº 2, 2023, pp. 155-253.

¹⁸ SSTS 25 enero 2018, núm. 120/2018, ECLI: ES:TS:2018:120 y 4 junio 2018, núm. 2695/2018, ECLI: ES:TS:2018:1913.

¹⁹ STS 25 enero 2018, núm. 120/2018, ECLI: ES:TS:2018:120, FJ 5º.

españoles consideraron que la actividad realizada por la plataforma *BlaBlaCar* era ajena a la regulada por la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, toda vez que se limitaba simplemente a poner en contacto a particulares que quieren realizar un viaje juntos y compartir los gastos a él asociados²⁰.

2. La Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de diciembre de 2019 (caso *Airbnb Ireland*)

17. Como acabamos de exponer, el TJUE ha determinado que *Uber* es un empresario del sector del transporte y que, por tanto, no tiene la consideración de mero servicio de la sociedad de la información, de conformidad con los criterios fijados por la DSSI. Sin embargo, este mismo órgano jurisdiccional supranacional ha calificado a la plataforma *Airbnb* como un servicio de la sociedad de la información incluido en la DSSI. A su juicio, esta otra plataforma ha de considerarse un simple intermediario digital o electrónico sin intervención en la prestación del servicio de alojamiento u hospedaje²¹.

18. La plataforma *Airbnb* se caracteriza por “poner en contacto a través de medios electrónicos, a cambio de una remuneración, a potenciales arrendatarios y arrendadores profesionales o no profesionales que ofrecen servicios de alojamiento de corta duración, con el fin de que los primeros puedan reservar un alojamiento”²². La determinación de la verdadera naturaleza jurídica de la actividad desarrollada por esta otra plataforma del sector turístico también ha sido objeto de una cuestión prejudicial ante el TJUE, en este caso formulada por el Tribunal de Primera Instancia de París. En esencia, el órgano jurisdiccional francés preguntó si el servicio prestado por *Airbnb* debe clasificarse como mero servicio de la sociedad de la información o si, por el contrario, ha de reputarse un prestador de servicio de alojamiento sujeto a la ley nacional motivo de la controversia (la *Ley Hoguet*).

19. Como se verá a continuación, el TJUE destaca que el servicio prestado por *Airbnb* no puede asimilarse al servicio de intermediación ofrecido por *Uber*, en la medida en que esta plataforma que oferta viviendas de uso turístico no ejerce el nivel de control o influencia decisiva en la prestación del servicio constatado en la sentencia del TJUE de 20 de diciembre de 2017 (caso *Uber*). Antes bien, considera que *Airbnb* presta únicamente un servicio de intermediación que tiene por objeto conectar oferentes y demandantes de un servicio de alojamiento de corta duración, aunque al mismo tiempo también brinde servicios complementarios relacionados con su función principal.

20. En el caso de *Airbnb*, la Asociación Francesa para la Defensa del Alojamiento y el Turismo Profesional argumentó que el servicio proporcionado por la plataforma forma parte de un servicio integral, siendo el elemento principal la prestación de servicios de alojamiento. Según la asociación, *Airbnb* no se limita a conectar la oferta y la demanda a través de una plataforma digital, sino que también ofrece servicios adicionales propios de la intermediación en transacciones inmobiliarias.

21. El TJUE, empero, no aceptó este planteamiento. Al contrario, consideró que el servicio de intermediación se puede dissociar de la transacción inmobiliaria propiamente dicha, ya que la función de *Airbnb* es más bien facilitar la conclusión de contratos mediante la creación de un listado de las diferentes viviendas de uso turístico ofertadas. De hecho, la creación de ese listado es el principal rasgo de la plataforma, a juicio del tribunal²³.

Además, el TJUE determinó que el servicio prestado por *Airbnb* no es imprescindible o esencial para desarrollar la prestación de servicios de alojamiento, ya que tanto la oferta como la demanda tienen

²⁰ Sentencias 2 febrero 2017 del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid, núm. 6/2017 y 18 febrero 2019 de la Audiencia Provincial de Madrid, núm. 1255/2019. Sobre *Blablacar* y la hipotética deslealtad de su actividad, *vid.* S. BOBOS, “BlaBlaCar: ¿Un posible supuesto de competencia desleal?: Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid, de 2 de febrero de 2017”, *Revista de Derecho de Transporte*, n° 19, 2017, pp. 241 y ss.

²¹ STJUE 19 diciembre 2019, asunto 390, *Airbnb Ireland*, ECLI:EU:C:2019:1112.

²² R. LÓPEZ ORTEGA, “Las plataformas...”, *cit.*, p. 189.

²³ STJUE 19 diciembre 2019, asunto 390, *Airbnb Ireland*, ECLI:EU:C:2019:1112, apdo. 53°.

a su disposición otros muchos medios para poner a disposición de los usuarios las viviendas de uso turístico, como las agencias inmobiliarias o los anuncios clasificados en papel o en formato electrónico,²⁴. Es más, incluso señaló que el hecho de que *Airbnb* compitiera directamente con estos últimos ofreciendo un servicio innovador basado en las particularidades de una actividad comercial de la sociedad de la información no es suficiente para considerar que la plataforma es indispensable para la prestación de un servicio de alojamiento²⁵.

Por otro lado, a diferencia de lo argumentado tanto por la asociación antes mencionada como por el Gobierno francés, el TJUE sostuvo que el servicio proporcionado por *Airbnb* no podía equipararse al servicio de intermediación que fue objeto de las sentencias del 20 de diciembre de 2017 y del 10 de abril de 2018, ya que los servicios ofrecidos por *Airbnb* no eran comparables a los de *Uber*. Sobre todo, porque en el caso *Airbnb* no era observable el mismo nivel de control que sí fue constatado en esas otras resoluciones judiciales relativas a la plataforma *Uber*.

22. Con facilidad se desprende de la sentencia comentada que, opuestamente a lo concluido para la plataforma *Uber* (que, a los ojos del TJUE, sí ejerce una influencia decisiva sobre las condiciones de la prestación de transporte efectuada por los transportistas efectivos), no se sostiene que *Airbnb* ejerce una influencia importante o significativa sobre los propietarios de viviendas de uso turístico que se ofrecen en su plataforma. En particular, el TJUE considera que esta plataforma no determina ni directa ni indirectamente el precio de los arrendamientos, al igual que tampoco elige a los arrendadores ni los alojamientos ofertados en su plataforma.

23. La conclusión precedente, además, no se ve afectada por los diversos “servicios accesorios” que presta la plataforma, entre los cuales pueden destacarse: a) la puesta a disposición de una plantilla opcional en la que se define el contenido de sus ofertas, b) el ofrecimiento de un servicio de fotografía opcional, c) la existencia de un seguro de responsabilidad civil y una garantía por daños, d) la puesta a disposición de una herramienta opcional de estimación del precio de su arrendamiento en función de los precios medios del mercado, e) el hecho de que el pago se efectúe directamente a *Airbnb*, quien detrae una parte en concepto de gastos y del servicio prestado por la plataforma y, f) la utilización de un sistema de valoración mediante el cual el arrendatario puede hacer valer su opinión, consistente en una puntuación de entre cero y cinco estrellas.

III. Reflexiones al hilo de las sentencias del Tribunal de Justicia referidas: análisis complementario de la cuestión a través del criterio del poder de mercado

24. Como se infiere (o, al menos, intuye) de la intitulación del epígrafe que ahora desarrollamos, en él nos proponemos abordar un par de cuestiones que nos surgen al hilo de los pronunciamientos judiciales a los que acabamos de aludir. 1ª) En primer lugar, nos preguntamos si es necesario que la plataforma ejerza un determinado grado de influencia o control sobre los efectivos prestadores del servicio subyacente o si, por el contrario, tan solo se requiere la capacidad, en abstracto, de influir o controlar el servicio subyacente [*infra*, 1]. 2ª) En segundo lugar, nos cuestionamos una de las premisas de las que parte el TJUE en su resolución del caso *Airbnb*, concretamente, la relativa a que dicho *marketplace* no fija ni directa ni indirectamente los precios de las viviendas de uso turístico ofertadas a través de la plataforma [*infra*, 2]. La respuesta a estos interrogantes nos conducirá, finalmente, a ofrecer unas reflexiones en torno a los conceptos de poder de mercado, fijación de precios e influencia decisiva, que nos permitirán concluir que existe (o ha de existir) una relación directa entre unos y otros, esto es, que a

²⁴ *Airbnb* encajaría, por tanto, en la definición de plataforma en línea del art. 3 LSD.

²⁵ Sobre este particular, nos preguntamos si podría haberse seguido en el caso *Uber* antes comentado exactamente el mismo planteamiento. A nuestro juicio, ambas plataformas merecen la misma valoración acerca de este extremo, ya sea en un sentido o en otro, pero la posibilidad de ofrecer o buscar las viviendas de uso turístico por otros medios no nos parece que sea un argumento suficiente para justificar un trato diferente al que recibió *Uber*. No en vano, la actividad desarrollada por esta plataforma no es nueva en absoluto, sino que resulta plenamente sustituible respecto a la realizada por los taxis desde hace décadas.

mayor poder de mercado de la plataforma, mayor será la probabilidad de que desarrolle la prestación de un servicio que exceda de la mera intermediación digital [*infra*, 3].

Es claro que las consideraciones que se exponen a continuación son realizadas desde la perspectiva del Derecho de la competencia empresarial. Y no menos indubitado es también que la materia sobre la que versa este trabajo no puede calificarse propiamente como concurrencial. No obstante, no podemos obviar, por un lado, que el ordenamiento jurídico es un todo unitario, de modo que las distintas parcelas que lo conforman están estrechamente conectadas entre sí, lo que debe ser aprovechado por el jurista a la hora de analizar la realidad²⁶. A lo que ha de añadirse, por otro lado, cómo la experiencia reciente ha evidenciado que el Derecho de la competencia sigue siendo vital en la era digital para proteger el bienestar social en nuestro modelo económico, en la medida en que las innovaciones tecnológicas disruptivas y la dinámica del mercado no protegen por sí mismas de los abusos monopolísticos²⁷. De ahí que algún autor haya afirmado (con razón) que, lamentablemente, no hemos alcanzado la “arcadia procompetitiva” que la revolución digital parecía prometer²⁸. Y de ahí también que nos parezca interesante introducir la perspectiva antimonopolio (hasta ahora muy poco explorada) en el debate acerca de la determinación de la verdadera naturaleza jurídica de los servicios que prestan las plataformas digitales.

1. ¿Es suficiente cualquier nivel de influencia?

25. Como se sabe —y se ha puesto de relieve al comienzo de este trabajo—, las plataformas digitales desempeñan un papel relevante en numerosos sectores económicos. Han transformado la forma en que se prestan y consumen servicios. Desde servicios de transporte compartido hasta alquileres de viviendas, estos nuevos operadores han dinamitado la manera en que los usuarios venían accediendo tradicionalmente a estos diferentes servicios, generando con ello controvertidos debates jurídicos y regulatorios en torno a su naturaleza y responsabilidades.

26. Más arriba hemos aludido expresamente a que un aspecto crucial en este contexto lo constituye el concepto de “influencia” que las plataformas digitales ejercen sobre los servicios subyacentes. Pues bien, en relación con esta materia resulta pertinente plantear la siguiente pregunta: ¿qué grado de control sobre los proveedores y las condiciones en las que se prestan los servicios es requerido para que una plataforma no sea considerada únicamente como proveedora de un servicio de la sociedad de la información? En otras palabras, ¿es suficiente con que los intermediarios digitales ejerzan cualquier tipo de influencia o, por el contrario, es exigible la superación de un cierto umbral?

27. Ofrecer respuesta a la pregunta que acabamos de formular parece, *a priori*, un cometido carente de dificultad. En la Comunicación de la Comisión sobre la Agenda europea para la economía colaborativa se afirma que la plataforma ejerce un nivel de control de una “importancia significativa” sobre el prestador efectivo de dicho servicio cuando ofrece el servicio subyacente²⁹. Razón por la cual

²⁶ Como subraya la doctrina, el carácter unitario del ordenamiento exige, por ejemplo, no considerar lícito por el Derecho de contratos lo que es declarado ilícito por la disciplina de la competencia desleal y a la inversa. Según estos autores el ordenamiento jurídico requiere armonía entre las decisiones y valoraciones jurídicas pertenecientes a estos sectores normativos, como lo corrobora de forma muy clara (añaden estos autores) la doctrina de las restricciones accesorias (*ancillary restraints*). Acerca de esta doctrina de origen americano y de la conexión que a través de ella se realiza entre el Derecho de contratos y el Derecho de la competencia, puede consultarse ampliamente: L.M MIRANDA SERRANO, “Restricciones accesorias y Prácticas colusorias”, *Derecho de los Negocios*, núm. 122, 2000, pp. 1 y ss. e ÍDEM, “En el Derecho *antitrust* también lo accesorio sigue la suerte de lo principal: a propósito de la recepción por el Tribunal Supremo de la doctrina de las restricciones accesorias”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 13, 2013, pp. 15 y ss.

²⁷ A. CAPOBIANCO y A. NYESO, “Challenges for competition law enforcement and policy in the digital economy”, *Journal of European Competition Law and practice*, Vol. 9, n° 1, 2018, p. 23 y F. GONZÁLEZ CASTILLA, “El concepto de empresa y la aplicación del derecho de la competencia a los prestadores de servicios a través de plataformas digitales”, en MARTÍ MIRAVALLS, J y RODILLA MARTÍ, C (DIRS.), *Competencia en mercados digitales y sectores regulados*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 66.

²⁸ F. GONZÁLEZ CASTILLA, “El concepto de empresa...”, *cit*, p. 66.

²⁹ *Comunicación Una Agenda Europea...*, *cit*, p. 6.

parece exigirse que la influencia sea significativa, en la medida en que se utiliza la expresión “un gran nivel de control”, con referencia a la injerencia de la plataforma que justifica su consideración como prestadora del servicio subyacente.

28. La conclusión anterior se corrobora si atendemos a la mencionada Comunicación de la Comisión Europea en otros idiomas. En inglés, por ejemplo, se habla de “significant importance” o de “high level of control”³⁰. En francés, por su parte, se alude a un control de “une grande importance”³¹. Con bastante similitud, se habla en portugués de “grande importância” e “influência significativa”³². Finalmente, en alemán se emplea la expresión “sehr bedeutend”³³.

29. Por otro lado, no causa sorpresa ni extrañeza que obtengamos un resultado idéntico tan pronto prestemos atención a la jurisprudencia. Efectivamente, las sentencias del TJUE sobre la materia también demuestran que no cualquier influencia es suficiente para concluir que la plataforma digital realiza el servicio subyacente, sino que es necesario que dicho control sea importante o significativo. Las resoluciones dictadas en los casos *Uber* y *Airbnb*, analizadas *supra*, son un buen ejemplo de ello³⁴.

30. Cabe por tanto afirmar, sin miedo a equivocarnos, que es necesaria la concurrencia de una influencia significativa o un control importante para calificar al intermediario electrónico como prestador del servicio subyacente. De hecho, el debate en torno a esta cuestión es prácticamente inexistente. De modo que el verdadero problema radica en determinar qué ha de entenderse a estos efectos por influencia significativa. Una tarea que resulta esencial al tiempo que compleja en consideración a que dichos términos constituyen un concepto jurídico indeterminado.

31. A la hora de ofrecer ciertos criterios que coadyuven a llenar de contenido el concepto que se está analizando, cabe hablar de un extremo sobre el que no parece existir disenso. Nos referimos a que la influencia significativa es una cuestión que debe ser examinada caso por caso. Por consiguiente, hemos de aceptar que, en última instancia, la respuesta a la pregunta que nos planteamos no puede ser categórica, ni aplicarse de manera generalizada a todas las plataformas digitales. Cada supuesto debe ser analizado individualmente, teniendo en cuenta las características y el impacto específico de la plataforma en cuestión. A este respecto, tanto la propia Comunicación sobre la Agenda europea como la jurisprudencia ya citada consideran relevantes, entre otros factores, la capacidad de establecer precios y condiciones o la influencia en la calidad y seguridad de los servicios prestados.

32. En la dirección indicada, huelga decir que la determinación de cuándo una determinada plataforma ejerce un control importante o significativo no implica únicamente un examen formal. De hecho, se reconoce expresamente la posibilidad de que puedan desempeñar un papel importante para este cometido otros criterios diferentes a los sugeridos³⁵. Esto tiene dos consecuencias fundamentales:

³⁰ *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of regions about An European Agenda for the collaborative economy*, Brussels, June 2th of 2016 COM(2016) 356 final, p. 6.

³¹ *Communication de la Commission au Parlement Européen, au Conseil, au Comité Économique et Social Européen et au Comité des Régions Un agenda européen pour l'économie collaborative*, Brussels, Juin 2th de 2016 COM(2016) 356 final, p. 7.

³² *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões Uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa*, Brussels, Junho 2th de 2016 COM(2016) 356 final, pp. 6-7.

³³ *Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen*, Brussels, Juni 2th, 2016 COM(2016) 356 final, p. 7.

³⁴ SSTJUE de 20 de diciembre de 2017, asunto *Asociación Profesional Élite Taxi* (C-434/15) y de 19 de diciembre de 2019, asunto *Airbnb Ireland* (C-390/18).

³⁵ La Agenda Europea para la Economía colaborativa habla de tres criterios que sirven como indicio, entre los que se señala la fijación del precio. Sin embargo, además de estos criterios, la Comunicación de la Comisión Europea reconoce que “según el caso de que se trate, otros criterios pueden también desempeñar un papel” (Véase, *Comunicación Una Agenda Europea...*, cit., p. 7). En la doctrina, enfatiza esta idea, entre otros: L.M. MIRANDA SERRANO, “Transporte colaborativo: Sobre la naturaleza jurídica...”, cit., pp. 706-707. En concreto, este autor se pregunta si los criterios ofrecidos por la Comisión para determinar si existe o no influencia significativa tienen o no carácter cerrado, ante lo cual se decanta por una respuesta claramente nega-

1ª) Por un lado, el operador digital puede considerarse como prestador del servicio subyacente a pesar de que no se cumplan todos y cada uno de los indicios que la Comunicación y la jurisprudencia han señalado como más relevantes o trascendentes. 2ª) Pero, además, por otro lado, para concluir sin reservas que la plataforma actúa como prestadora del servicio subyacente y no como una mera intermediaria, no basta con cumplir los criterios enunciados. Habrá que analizar caso por caso con el propósito de averiguar si el examen formal se corresponde con un resultado material consistente en el ejercicio por la plataforma de una influencia decisiva o un control significativo o de gran importancia. En este sentido se pronuncia también la doctrina. A su juicio, el concepto de influencia decisiva se presenta como “una noción de resultado y no de medios”, lo que implica que lo importante y decisivo es que la plataforma ejerza un control efectivo sobre los prestadores de los servicios, con independencia de cuáles sean los medios utilizados para ello³⁶.

33. Desde nuestro punto de vista, lo anterior vendría a justificar un enfoque concurrencial en sede de plataformas digitales. Sobre todo, en la tarea de determinar la verdadera naturaleza jurídica de las actividades que desarrollan o los servicios que prestan en el mercado. Y es que si se trata de saber cuándo un control es importante o significativo, el Derecho la competencia puede ser de utilidad, ya que en no pocas materias toma en consideración la importancia o significancia de aquello que examina.

34. Algunos ejemplos que nos permiten entender mejor la afirmación precedente pueden ser los siguientes: 1º) En primer lugar, ocupan un lugar destacado las conductas de menor importancia³⁷. Como se sabe, se trata de comportamientos de mercado que quedan fuera de la normativa *antitrust*, a pesar de que formalmente pueden encajar en las prohibiciones legales, siempre que no afecten a la competencia de forma sensible, significativa o apreciable. 2º) En segundo lugar, cabe recordar que en la Unión Europea no se prohíben las subvenciones a empresas que sean insignificantes debido a su escasa cuantía, lo que se conoce como ayudas *de minimis*³⁸. 3º) En tercer y último lugar, no debe perderse de vista que las autoridades *antitrust* solo examinan las operaciones de concentración de empresas que, además de cumplir ciertas exigencias en volumen de negocios y/o cuotas de mercado, dan como resultado un nuevo operador económico de ciertas dimensiones, especialmente aquellas que representen un obstáculo signi-

tiva, destacando, por un lado, que ni es necesario que concurran todos los criterios para hablar de influencia significativa, ni los criterios tienen carácter cerrado o exhaustivo, pues “nada impide el empleo de otros criterios distintos”. Más brevemente, *ÍDEM* “La economía colaborativa desde la competencia desleal”, en J.I. PEINADO GRACIA (Coord.), *Cuadernos de Derecho para Ingenieros. Economía colaborativa*, vol. 46, Madrid, Wolters Kluwer, 2018, pp. 123-125.

³⁶ L.M. MIRANDA SERRANO, “La determinación de la naturaleza...”, cit., pp. 15-16 de la versión digital, disponible en laleydigital.com; *ÍDEM*, “Transporte colaborativo: Sobre la naturaleza jurídica...”, cit., pp. 706-707; *ÍDEM*, “Economía colaborativa y competencia desleal...”, cit., pp. 197 y ss.

³⁷ Sobre las conductas de menor importancia en el derecho de la competencia, sin ánimo de ser exhaustivo, entre otros: P.M. GONZÁLEZ JIMÉNEZ, *Las conductas de menor importancia en el Derecho de la competencia*, Madrid, Marcial Pons, 2022; C. BERGQVIST, “What does an appreciable negative effect on competition mean?”, *European Competition Law Review*, Vol. 42, nº 9, 2021; F. PALAU RAMÍREZ, “Artículo 5. Conductas de menor importancia”, en J. MASSAGUER FUENTES (Dir.), *Comentario a la ley de la Defensa de la Competencia*, 6ª ed, Madrid, Thomson-Civitas, 2020; M. SONNBERGER, *Die spürbarkeit im europäischen Kartellrecht*, Wien, Verlag Österreich, 2017; L.M. MIRANDA SERRANO “La problemática antitrust de los acuerdos de menor importancia. (En especial, tras la Ley 52/1999 de reforma de la Ley de Defensa de la Competencia)”, *Revista General de Derecho*, nº 676-677, 2001; *ÍDEM*, “La regla de minimis en la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, y su Reglamento de desarrollo”, *Derecho de los Negocios*, nº 216, 2008; R. VALLINA, “¿De minimis lex non curat o de minimis praetor non curat?”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea*, nº 2, 2008; U. SCHNEIDER, *Das Bagatellkartell*, Köln, Heymann, 1994; J. COSTAS COMESAÑA, “Los acuerdos de menor importancia en la Ley de Defensa de la Competencia”, *Actas de Derecho Industrial*, nº 15, 1993; M. LAURILA, “The de minimis doctrine in EEC competition law: agreements of minor importance”, *European Competition Law Review*, Vol. 14, nº. 3, 1993 y M.C. BOUTARD-LABARDE y R. SAINT-ESTEBEN, “Réflexions sur le seuil de sensibilité en droit de la concurrence”, *La semaine juridique. Edition entreprise*, nº 5, 1989.

³⁸ Art. 3 Reglamento (CE) nº 1407/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2013, relativo a la aplicación de los arts. 107 y 108 del TFUE a las ayudas *de minimis* (DOCE L-352/1, de 24 de diciembre de 2013). Sobre *ayudas de minimis*, entre otros, J.A. RODRÍGUEZ MÍGUEZ, “La nueva legislación comunitaria de las ayudas “de minimis”: el Reglamento (CE) 69/2001 de la Comisión, de 12 de enero de 2001”, *Actas de Derecho Industrial*, nº 21, 2000, pp. 1329-1332 y A. ESTOA PÉREZ, “La regulación de las ayudas de Minimis en el Derecho comunitario - comentario al Reglamento (CE) nº 1998/2006”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 27, 2007, pp. 623-636.

ficativo para la competencia efectiva mediante la creación o el reforzamiento de una posición dominante en el mercado común o una parte sustancial del mismo³⁹.

35. Junto a lo anterior, es posible destacar otras cuestiones en las que se realiza un análisis casuístico que, en cierto modo, tiene en cuenta la trascendencia de los efectos de la actuación enjuiciada. Por ejemplo, así ocurre en el examen conducente a determinar si una concreta restricción puede ser reputada “por el objeto”, para lo cual no basta acreditar que la conducta es nociva para la competencia en cualquier grado, sino que éste ha de ser suficiente⁴⁰. Por otro lado, en sede del art. 102 TFUE, el concepto de abuso también requiere que se tenga en cuenta el conjunto de circunstancias del caso concreto, de manera que no merecerá considerarse abuso cualquier conducta que formalmente pueda ser calificada como ejercicio abusivo de una posición de dominio⁴¹.

36. En lo que ahora interesa, esto es, dotar de cierto contenido a los términos “influencia decisiva” o “control significativo”, quizás conviene centrarse particularmente en las conductas de menor importancia. No en vano, la necesidad de un análisis caso por caso de las conductas colusorias para determinar si de ellas deriva un impacto sensible o de cierta importancia sobre el mercado, fue una cuestión enfatizada por la doctrina hace más de cuarenta años⁴². Razón por la cual contamos en esta materia con una amplia y dilatada experiencia. Pero si bien es cierto que existen numerosos criterios definitorios del carácter sensible o apreciable de un comportamiento concurrencial, es especialmente relevante para los fines aquí perseguidos uno de ellos: la cuota de mercado, que es probablemente el que goza de un mayor grado de respaldado y consenso en la doctrina, la legislación y la jurisprudencia⁴³.

37. A nuestro parecer, no se equivoca quien señala que la valoración de la cuota de mercado no es “una mera operación aritmética”, en la medida en que deben tenerse en cuenta otras condiciones del mercado de referencia, como su dinámica y el grado de diferenciación de los productos o la propia estructura de la empresa⁴⁴. De hecho, en nuestra opinión, la utilidad de este criterio radica precisamente en su conexión, en términos generales, con el concepto de poder de mercado, el cual es de suma importancia para el Derecho de la competencia. Tanto es así que algunos autores incluso han afirmado que es una cuestión fundamental en cualquier análisis *antitrust*⁴⁵. De manera que creemos no equivocarnos al sostener que el poder de mercado (y la cuota de mercado como presunción de dicho poder) es un factor

³⁹ Art. 2 Reglamento (CE) n° 139/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (DOCE L-24/1, de 29 de enero de 2004). Sobre este particular, entre otros, L.M. MIRANDA SERRANO, *Las concentraciones económicas. Derecho europeo y español*, Madrid, La Ley, 1994 y L.M. MIRANDA SERRANO y M.A. PÉREZ MOLINA, “El control de las concentraciones de empresas en la Unión Europea”, *Revista de Derecho Mercantil*, n° 294, 2014, pp. 115-170.

⁴⁰ I. FLOREA, “Contributions towards elucidating the concept of restriction of competition by object”, *International Conference Education and Creativity for knowledge-based society: law*, n° 12, 2018, p. 153 tras estudiar la jurisprudencia del TJUE en materia de restricción por el objeto, ha afirmado que en definitiva el criterio legal para determinar si una coordinación entre empresas supone una restricción por el objeto o no es el grado suficiente de nocividad para la competencia.

⁴¹ M. CASPARI, “EEC Enforcement policy and practice: an official view”, *Antitrust Law Journal*, Vol. 54, n° 2, 1985, pp. 605-606.

⁴² H. GRAUEL Y W. MACK, *Das Mittelstandskartell in der Praxis*, Köln, Deutscher Wirtschaftsdienst, 1979, p. 27.

⁴³ Véase a modo de ejemplo la Comunicación de la CE relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del artículo 101, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (BOUE C-291, de 30 de agosto de 2014); la Comunicación de la CE relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (DOCE C-368/13, de 22 de diciembre de 2001); el artículo 5 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE de 4 de julio de 2007) o el art. 1 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la competencia (BOE de 27 de febrero de 2008).

⁴⁴ R. BAHAMONDE DELGADO, “El poder de mercado y su relevancia en el Derecho de la competencia europeo”, *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, n° 17, 2013, p. 496.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 488. Asimismo, hay quien ha afirmado que el “concepto de poder de mercado está en el centro del Derecho antitrust” (G.A. HAY, “Market power in antitrust”, *Antitrust Law Journal*, n° 60, 1991-1992, p. 807.) o que “el poder de mercado es un concepto clave en el derecho antitrust” (W.M. LANDES y R. POSNER, “Market power in antitrust cases”, *Harvard Law Review*, n° 94, 1981, p. 937).

que merece la pena explorar y considerar a la hora de determinar la verdadera naturaleza del servicio prestado por las plataformas desde un enfoque antimonopolio⁴⁶.

38. Al respecto, es difícil negar que el poder de mercado tiene una relación directa con el grado de influencia que una empresa puede ejercer sobre sus competidores y/o clientes. De hecho, nos parece evidente que el poder de mercado, tanto en términos absolutos como relativos, incide en el resultado de cualquier examen que determine el nivel de control ejercido por una plataforma digital o electrónica.

39. Es cierto que, a nuestro juicio, no es necesario exigir una supremacía concurrencial tan pronunciada como la que se constata en un poder de mercado absoluto. Basta con que exista un poder relativo para calificar a una plataforma digital como prestador del servicio subyacente⁴⁷. Lo anterior es bastante simple de entender. En ausencia de poder de mercado en términos relativos, los efectivos prestadores de los servicios podrían optar por cualquiera de los diversos intermediarios existentes, de modo que la influencia potencial que una plataforma digital puede ejercer estaría limitada por el propio mercado. Un ejemplo lo tenemos en las plataformas que ponen a disposición de los usuarios vehículos para realizar breves desplazamientos por carretera. No es lo mismo que *Uber* sea la única plataforma que existe en el mercado o que existan varias *apps* similares y que todas ellas carezcan de dominio relativo de mercado⁴⁸.

40. A mayor fortaleza relativa en el mercado, mayor dependencia de la plataforma digital sufrirán los efectivos prestadores del servicio subyacente. A su vez, cuanto más dependientes sean quienes realizan el servicio, mayor puede ser el nivel de influencia o control que la plataforma puede ejercer sobre ellos. Tanto es así que cuando existe un poder de mercado relativo no creemos que sea adecuado calificar sin más al intermediario como un mero servicio de la sociedad de la información porque así lo sugiera un análisis formal de los criterios generales esbozados por la Comunicación de la Unión Europea y la jurisprudencia del TJUE. Por el contrario, si la plataforma goza de poder de mercado relativo, es más que probable que el nivel de influencia no sea insignificante o de escasa importancia.

41. En cualquier caso, de constatarse un poder de mercado en términos absolutos, habrá de concluirse que adquiere una mayor probabilidad la existencia de una influencia decisiva o un control de gran importancia. Como se sabe, esta situación concurrencial privilegiada hace referencia a la capacidad de una empresa para establecer los precios y condiciones sin tener en cuenta a la competencia. Básicamente, implica un control significativo sobre el mercado en el que opera, lo que le permite actuar de manera más o menos independiente y tomar decisiones que afecten a los precios, la producción y otros aspectos clave del mercado. De modo que, por definición, si una plataforma digital disfruta de este poder, lo más probable es que directa o indirectamente fije el precio y las condiciones en las que se presta el servicio subyacente (por ejemplo, de transporte o de alojamiento turístico) por parte de los prestadores efectivos.

42. Nuestra afirmación, que puede parecer algo temeraria a simple vista, se ve con relativa claridad si se piensa en una mera propuesta de sugerencia de precios. Esta proposición puede ser inocua cuando la realiza un operador que carece de poder de mercado. Pero si quien la hace disfruta de dicho poder, el efecto real que a ella se anuda puede ser muy parecido (o idéntico) a una fijación indirecta de

⁴⁶ Si bien se ha de tener en cuenta que las definiciones de poder de mercado de la jurisprudencia antitrust pueden ser insuficientes para determinar cuándo existe aquél. Sobre este particular, véase G. KIMMELMAN, "Syncing antitrust and regulatory policies to boost competition in the digital market", *Model for platform governance*, 1 de enero, 2019, p. 49.

⁴⁷ Los conceptos de *poder de mercado absoluto* y *relativo* se han estudiado principalmente al hilo del análisis del ilícito del abuso de situación de dependencia económica, pues en él se ha de constatar (como elemento del tipo) la existencia de un poder de mercado *relativo*, frente al poder de mercado *absoluto* presente en el ilícito del abuso de posición de dominio. Al respecto, *vid.* más información y bibliografía sobre el tema en J.I. FONT GALÁN y L.M. MIRANDA SERRANO, *Competencia desleal y anti-trust. Sistema de ilícitos*, Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. 125-156.

⁴⁸ Hoy en día ya existen varias empresas en el mercado de los VTC, como por ejemplo *Didi* (de origen chino), *Cabify* (española), *Lyft* (americana), *Avant app* (mexicana), *Indrive* (rusa) o *Bolt* (estonia).

precios. Y es que se convendrá en que, a mayor poder de mercado, mayor será la capacidad para fijar precios, directa o indirectamente, así como para establecer otras condiciones de la contratación, como la obligación de prestar el servicio o cualquier instrucción acerca de cómo prestarlo.

43. En suma, la *influencia decisiva* implica que la plataforma tiene la capacidad de influir en las condiciones en las que se prestan los servicios, ya sea a través de la regulación de los precios o la imposición de ciertas políticas y requisitos. Esta influencia puede ser directa (*hard influence*), cuando la plataforma toma decisiones de manera activa, o indirecta (*soft influence*), cuando establece un marco operativo que limita las opciones de los prestadores del servicio o incluso de los competidores. En cualquier caso, nos parece obvio que a mayor poder de mercado (absoluto o relativo) mayor capacidad tendrá la plataforma de ejercer un fuerte control sobre el prestador efectivo del servicio o sobre la competencia. De modo que, en presencia de poder de mercado, mayor será la probabilidad de que el operador digital no pase con éxito el examen (formal y material) que determina que actúa únicamente como prestador de un servicio de la sociedad de la información.

44. A mayor abundamiento, no ha de perderse de vista que cuando una empresa cuenta con poder de mercado relativo, surge lo que se conoce como una situación de dependencia económica⁴⁹. Aludimos con estos términos a una posición negocial donde los clientes o proveedores de la empresa que disfruta de dicho poder carecen de opciones o alternativas comparables para llevar a cabo sus actividades comerciales. De modo que el cliente será considerado económicamente dependiente en tanto que no pueda prescindir de las relaciones comerciales que mantiene con la compañía que posee el poder de mercado relativo, sin poner en riesgo de manera significativa su viabilidad económica⁵⁰. En consecuencia, en este tipo de situaciones se observa una relación contractual en la cual una parte ejerce una posición de cierto control o influencia respecto de otra más vulnerable.

45. Los parámetros o indicadores que permiten determinar la presencia de poder de mercado relativo (o, si se prefiere, de una situación de dependencia económica) se basan principalmente en dos aspectos: 1º) El primero estriba en la identificación del mercado relevante, la cual se rige por tres criterios: objetivo, geográfico y temporal. 2º) El segundo consiste en la verificación de la existencia (o no) de alternativas equivalentes disponibles para un cliente o proveedor específico.

46. En cuanto al primero de los elementos señalados, es crucial percatarse de que la determinación del mercado relevante se realiza principalmente desde una perspectiva subjetiva, es decir, adaptada a la empresa en cuestión con vistas a determinar si está o no en una posición de dependencia con respecto a otra⁵¹. Esto, como es natural, contrasta abiertamente con la delimitación objetiva del mercado relevante, que prevalece en el ámbito *antitrust*, conforme a los arts. 102 TFUE y 2 LDC, en lo que atañe al abuso de posición dominante.

47. En relación con el segundo de los elementos expuestos, es esencial verificar la existencia de alternativas equivalentes para el usuario o cliente en cuestión. Tomando el ejemplo de *Airbnb*, esto implicaría examinar si los proveedores de alojamiento turístico tienen a su disposición otras plataformas transaccionales que puedan considerarse alternativas factibles. Al respecto, se considera que no existen

⁴⁹ Una situación de desequilibrio de poder que podría ser calificada como un acto de competencia desleal si se abusa de ella (art. 16 LCD). Sobre este ilícito de deslealtad, entre otros, M. ZABALETA DÍAZ, *La explotación de una situación de dependencia económica como supuesto de competencia desleal*, Madrid, Marcial Pons, 2002; J.I. RUÍZ PERIS, “El abuso de dependencia económica en el derecho de defensa de la competencia en el marco de la lucha contra las conductas abusivas”, en F. CACHAFEIRO, R. GARCÍA PÉREZ y M. LÓPEZ SUÁREZ (Coords.), *Derecho de la competencia y gran distribución*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, pp. 31-56 y R. MAESTRE BENAVENTE, “El abuso de situación de dependencia económica: grupos de casos”, *Derecho de los negocios*, n° 231, 2009, pp. 29-38.

⁵⁰ M. ZABALETA DÍAZ, *La explotación de una situación de dependencia...*, *cit. passim*.

⁵¹ Entre otras, STS 75/2012, de 29 de febrero. ECLI: ES:TS:2012:1580; SAP A Coruña 328/2020, de 7 de octubre. ECLI: ES:APC:2020:2811 y SAP Barcelona 349/2020, de 18 de febrero. ECLI: ES:APB:2020:851.

dichas alternativas cuando carecen de la posibilidad de conectarse con otras empresas para promocionar y ofrecer su propiedad vacacional dentro del área geográfica y el período temporal considerados⁵². Pero no solo en ese caso tan extremo cabría hablar de dependencia económica por carencia de alternativas. También se podría argumentar la existencia de dicha situación de dependencia en aquellos supuestos en los que, pese a existir alternativas, estas no resultan equivalentes en términos de suficiencia y viabilidad. Además, no debemos olvidar que otras circunstancias, como la prominencia de la marca que se distribuye en una relación de suministro vertical o una cuota de mercado significativa por parte del proveedor de bienes o servicios, pueden sugerir también la existencia de dependencia económica⁵³. Finalmente, otros indicios que permiten acreditar la situación de dependencia económica serían la duración de las relaciones comerciales, el volumen de negocio que la empresa dependiente tiene con la empresa con poder relativo de mercado y el tipo de mercado en el que actúa la empresa dependiente (a mayor especificidad, menor número de operadores y mayor posibilidad de dependencia)⁵⁴.

48. El abuso del poder de mercado relativo da lugar a un ilícito de deslealtad conocido como abuso de dependencia económica (art. 16.2 LCD). Se trata de un comportamiento ilícito que, aunque hoy conforma indubitadamente una prohibición de la LCD, en un momento histórico ya pasado estuvo tipificado en nuestra LDC⁵⁵. Esto probablemente se explique por tratarse de un ilícito de deslealtad singular que, a diferencia de la mayor parte de ilícitos de la LCD, toma en consideración el poder de mercado del sujeto agente de la conducta, que es un asunto al que normalmente es ajena la disciplina de la deslealtad concurrencial (no así, sin embargo, la *antitrust*, para la que el poder de mercado constituye uno de sus ejes principales). De ahí que el abuso de situación de dependencia económica se catalogue por la doctrina como un ilícito de deslealtad de mercado⁵⁶.

49. En cualquier caso, poder relativo y poder absoluto (de mercado) son conceptos disímiles que no han de equipararse. De hecho, se pueden dar perfectamente situaciones en las que determinadas empresas dependen económicamente de otra que no goza de una posición dominante en el mercado relevante⁵⁷. De ahí que el ilícito de deslealtad del abuso de la situación de dependencia económica haya de diferenciarse necesariamente del ilícito *antitrust* relativo al abuso de posición de dominio, tipificado en los arts. 2 LDC y 102 TFUE.

50. En la comunidad jurídica existe consenso en entender que cabe hablar de posición de dominio cuando una empresa detenta un poder sustancial en el mercado en cuestión que le otorga la capacidad de actuar de manera autónoma ante sus competidores y clientes, y en última instancia, de ejercer influencia sobre los precios y otros aspectos concurrenciales⁵⁸. El TJUE ha forjado una sólida jurisprudencia con el fin de definir cuándo efectivamente una empresa ostenta una posición de dominio. Al respecto, se han identificado varios criterios o elementos que conforman este análisis. Entre ellos cabe destacar los siguientes:

51. Primero: La participación en el mercado. Aunque la cuota de mercado de la empresa constituye un indicador significativo, es crucial examinar este dato de forma conjunta con la estructura del mercado y otros factores. En otras palabras, no existe una cuota específica que automáticamente

⁵² Entre otras, SAP de Córdoba 111/2008, de 3 junio. ECLI: ES:APCO:2008:1688 y SAP Madrid 313/2011, de 28 de octubre. ECLI:ES:JMM:2019:221.

⁵³ M. ZABALETA DÍAZ, *La explotación de una situación de dependencia...*, cit, *passim*. A este respecto, parece evidente la importancia de la marca *Airbnb* a la hora de ofertar una vivienda turística, así como su cuota de mercado.

⁵⁴ *Ibidem*, entre otros.

⁵⁵ Sobre este momento histórico y su controvertida presencia en la LDC, véase por todos J.I. FONT GALÁN y L.M. MIRANDA SERRANO., *Competencia desleal...*, cit, pp. 125-126..

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 142.

⁵⁸ Al respecto, puede consultarse, por ejemplo, lo que se expone (y la doctrina y jurisprudencia que se cita) en L.M. MIRANDA SERRANO, "La entrada definitiva de las posiciones dominantes colectivas en el sistema comunitario europeo de control de concentraciones", *Derecho de los Negocios*, n° 113, 2000, pp. 19 y ss.

categorice a una empresa como dominante⁵⁹. Sin embargo, es lógico inferir que a medida que la cuota de mercado aumenta, también se incrementa la probabilidad de que la empresa se encuentre en una posición de dominio.

52. Segundo: La existencia de barreras de entrada. Una posición de dominio puede derivar también del control sobre recursos esenciales por parte de la empresa o de la existencia de barreras de diferente naturaleza que dificulten la entrada de competidores al mercado⁶⁰. A este respecto, en el ámbito concreto de las plataformas transaccionales, cabría preguntarse si la propia plataforma o los datos que genera han de ser considerados o no una hipotética barrera de entrada sustancial⁶¹.

53. Tercero: La capacidad para actuar sin competencia. Asimismo, una empresa con posición dominante debe tener la capacidad de comportarse en el mercado de manera independiente, sin tener en cuenta a los competidores (que, en rigor, no merecerían dicha consideración)⁶². Esto significa poder fijar precios de manera unilateral o tomar por sí misma otras decisiones de mercado.

54. En conjunto y a grandes rasgos, es evidente que, si existe semejante poder de mercado, el control significativo sobre la empresa más débil (por ejemplo, en el caso del alojamiento turístico, los distintos anfitriones) resulta obvio e indiscutible. Sin embargo, no creemos que deba exigirse un poder concurrencial tan notable para considerar que una determinada plataforma es la prestadora del servicio subyacente. Por el contrario, coincidimos con la tesis favorable a entender que la exigencia de una posición de dominio es considerada cada vez más una medida insuficiente para salvaguardar unos niveles mínimos de competencia efectiva⁶³. De modo que el parámetro de valoración más adecuado para determinar la verdadera naturaleza de los servicios prestados por la plataforma es sencillamente el poder de mercado relativo. Esto, sin perjuicio de que la efectiva concurrencia de una posición de dominio sea un indicio difícilmente rebatible de la existencia de un control significativo por parte de la plataforma, aunque en ningún caso un requisito indispensable para afirmar la existencia de una influencia decisiva. Piénsese, por ejemplo, que *Uber* difícilmente puede considerarse que tiene posición de dominio en todos los mercados en los que opera. Sin embargo, la ausencia de ese poder de mercado absoluto no ha impedido colegir que dicha plataforma transaccional es quien en realidad presta el servicio subyacente, para lo cual podría ser relevante —en el sentido que aquí proponemos— la constatación de la existencia de un poder relativo (o, si se prefiere, de una situación de dependencia económica) entre los prestadores de los servicios de transporte y dicha plataforma.

55. A continuación, al hilo de las anteriores reflexiones, sugerimos que la solución dada por el TJUE al asunto *Airbnb* quizá haya sido demasiado precipitada. Más allá de la respuesta que ha ofrecido a este asunto el órgano jurisdiccional supranacional y que hemos recogido más arriba, lo cierto es que, si analizamos el caso desde una perspectiva *antitrust* o antimonopolio, podemos considerar discutible que *Airbnb* merezca ser categorizado como un mero prestador de un servicio de la sociedad de la información.

⁵⁹ Entre otras, STJUE 13 febrero 1979, asunto 85, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Comisión*. ECLI:EU:C:1979:36.

⁶⁰ Sobre la existencia de barreras de entrada en el Derecho de la competencia recomendamos la lectura de A. PETITBÒ I JUAN, “Barreras de entrada y competencia”, *Anuario de la competencia*, nº 1, 2003, pp. 185-206. En la jurisprudencia, entre otras, STJUE 29 marzo 2012, asunto 336, *Telefónica, S.A., y Telefónica de España, S.A. c. Comisión*. ECLI:EU:T:2012:172.

⁶¹ Sobre datos masivos y derecho de la competencia, sin ánimo de ser exhaustivos, pueden consultarse a C. HERRERO SUÁREZ, “Big data: ¿Hacia un nuevo instrumento de poder de mercado?”, en L.M. MIRANDA SERRANO y J. PAGADOR LÓPEZ (Dir.), *Desafíos del regulador mercantil en materia de contratación y competencia empresarial*, Madrid, Marcial Pons, 2021, pp. 341-358 y V. ROBERTSON, “Excessive data collection: Privacy considerations and abuse of dominance in the era of big data”, *Common Market Law Review*, Vol. 57, nº 1, 2020, pp. 161-190.

⁶² Entre otras, STJUE 14 febrero 1978, asunto 27, *United Brands Company y United Brands Continentaal BV c. Comisión*. ECLI:EU:C:1978:22.

⁶³ *Ibidem*, p. 151.

2. ¿Es cierto que *Airbnb* no fija (ni directa ni indirectamente) los precios?

56. La solución ofrecida por el TJUE al asunto *Airbnb* (a la que nos hemos referido expresamente más arriba), no ha gozado del apoyo unánime de la doctrina. Hay voces favorables a sostener, con buen criterio, la existencia de argumentos para considerar que *Airbnb* no es meramente un intermediario, pues de su funcionamiento y actuaciones se infiere que debe ser categorizada como algo más que un mero prestador de un servicio de la sociedad de la información⁶⁴.

57. Por un lado, la doctrina advierte que, tras el inicio de la pandemia por COVID-19 en marzo de 2020, *Airbnb* implementó unilateralmente una política de cancelación por motivos relacionados con la crisis sanitaria global⁶⁵. No deja de sorprender el carácter unilateral de esta medida, sin previa consulta ni consentimiento de los propietarios afectados, siendo, como es, una decisión dotada de una indiscutible repercusión en la relación contractual sinalagmática entre arrendadores (huéspedes) y arrendatarios (anfitriones); una relación en la que, según los propios términos de uso de la plataforma, *Airbnb* asegura no tener injerencia. Sin embargo, es evidente que imponer una condición de tanta trascendencia contractual, que afecta a la misma existencia y continuidad del contrato bilateral entre anfitrión y usuario, demuestra que la plataforma no es ajena a la relación contractual, sino que ejerce sobre ella una influencia decisiva⁶⁶.

58. Por otro lado, parece claro e indubitado que la plataforma digital no ostenta la titularidad de los activos necesarios para proporcionar el servicio de alojamiento, es decir, los inmuebles. De hecho, su modelo de negocio se caracteriza precisamente por la ausencia de ese tipo de activos empresariales. No obstante, esto no debería impedir considerarla como prestador del servicio subyacente, ya que en el ámbito del alojamiento tradicional los empresarios hoteleros están avanzando cada vez más hacia una gestión desligada de la propiedad. En efecto, las sombras de la crisis inmobiliaria y financiera de 2008, junto al aumento de la competitividad en el sector, han derivado en poner un mayor foco en la gestión, en detrimento de la parte inmobiliaria (la propiedad del inmueble). A esto se le conoce en Norteamérica como estrategia empresarial “*asset-light*”, es decir, “libre o ligera de activos”, caracterizada por requerir poco activo no corriente y, en consecuencia, menores necesidades de financiación externa.

La afirmación que acabamos de hacer es fácilmente verificable. Según el informe “Gestión de activos hoteleros” de 2017, elaborado por la consultora *Magma HC*, solo el 36,36% de los activos hoteleros en nuestro país se encuentran gestionados por el propietario⁶⁷. De hecho, las dos grandes sociedades anónimas cotizadas de nuestro país que se dedican a la explotación de activos hoteleros corroboran sin fisuras esta realidad. Así lo confirman los datos de 2022 facilitados por el Grupo *NH Hotels*, según los cuales la titularidad de sus activos hoteleros oscila en sus diferentes mercados entre un 6 y un 37%⁶⁸. Pero las cifras son aún más contundentes en el caso de *Meliá Hotels*, donde la propiedad sólo alcanza al 11% de activos hoteleros explotados⁶⁹.

59. A lo anterior, hemos de añadir que la plataforma digital en sí misma puede ser un activo casi imprescindible para cualquier oferente que pretenda conseguir la contratación de su servicio de alojamiento vacacional. De lo contrario, sería casi imposible llegar a tantos potenciales clientes. Pero es que, además, si consideramos que la plataforma digital normalmente goza de un poder de mercado importante, puesto que exige un elevado número de usuarios para imponer sus servicios y ser rentable, es evidente que un propietario que quiera ofertar una vivienda de uso turístico lo tendrá muy complicado si permanece fuera de este *marketplace*. En este sentido, es importante destacar que *Uber* tampoco es

⁶⁴ A. MARTÍNEZ NADAL, “Capítulo 2. Naturaleza...”, cit. pp. 395 y ss.

⁶⁵ Sobre esta cuestión, más extensamente, *vid.* A. MARTÍNEZ NADAL, “COVID-19, alquiler turístico y políticas de cancelación. Emergencia en tiempos de pandemia de la oculta(da) naturaleza de las plataformas digitales”; *IDP: revista de internet, derecho y política*, nº 32, 2021, versión online disponible en raco.cat/index.php/IDP/issue/view/29005.

⁶⁶ A. MARTÍNEZ NADAL, “Capítulo 2. Naturaleza...”, cit. p. 397.

⁶⁷ Informe disponible en acceso abierto en: docplayer.es/52430501-Gestion-de-activos-hoteleros.html

⁶⁸ Según información facilitada por la presentación disponible en: nh-hotels.es/corporate/accionistas-e-inversores.

⁶⁹ Según información facilitada por la presentación disponible en: meliahotelsinternational.com/es/ourCompany.

propietaria de los vehículos que realizan los transportes de pasajeros y, sin embargo, ello no ha impedido reconocerle que posee un activo esencial: la propia plataforma.

60. Finalmente, conviene reparar en que la configuración del modelo de tasas de servicio de *Airbnb* es muy similar al modelo propio del comisionista, el cual recibe en pago una comisión por cada reserva realizada, en lugar de ser simplemente un proveedor de datos que gana dinero por la mera publicación de anuncios, independientemente de las reservas posteriores⁷⁰. Así, no causa sorpresa ni extrañeza que la empresa esté sumamente interesada en promover la contratación dentro de su plataforma, dado que, a mayor número de contratos, mayor será su remuneración. Además, no debemos olvidar que, a mayor precio por noche en las reservas realizadas, mayor remuneración recibe la plataforma. Y es que si la comisión se configura como un porcentaje del subtotal de la reserva (precio por noche + gastos de limpieza), es evidente que será más elevada cuanto mayor sea el precio por noche, otro motivo por el cual es difícil concebir a la plataforma como ajena a la relación contractual y a la fijación del precio⁷¹.

61. Esto último explica que, en nuestra opinión, la afirmación realizada por la STJUE, de 19 de diciembre de 2019, sobre el caso *Airbnb Ireland*, según la cual se asevera que la plataforma no controla *ni directa ni indirectamente* los precios, deba considerarse bastante apresurada⁷². De hecho, como ya hemos adelantado, el recurso en esta materia al Derecho de la competencia permite concluir la existencia de razones más que suficientes para pensar que la plataforma no solo controla de modo indirecto los precios, sino que, además, lo hace muy probablemente de una forma de dudosa licitud⁷³.

62. Para comprender mejor la afirmación anterior quizá convenga poner un ejemplo imaginario. Pensemos, en concreto, en una asociación de empresas dedicadas a la gestión y explotación de activos hoteleros con presencia en la hermosa Costa del Sol. Y supongamos que esta asociación toma una decisión merced a la cual se recomienda a todos los hoteles que participan en ella que suban sus precios. O, si se prefiere, imaginemos que el presidente de dicha asociación sugiere en un artículo de la prensa local que la subida de precios es la única opción razonable para las empresas en un contexto de una subida notoria y generalizada de los costes. Se ha de enfatizar que ni la recomendación ni el artículo de prensa suponen una imposición para los empresarios. Se trata de meras sugerencias que los hoteles pueden seguir o no libremente.

63. Al respecto, es ampliamente reconocido y compartido que la normativa de defensa de la competencia, tanto en el ámbito nacional como comunitario, presupone que cuando una asociación de operadores económicos toma una decisión secundada por los asociados, es como si todos ellos la hubieran adoptado⁷⁴. De ahí que el caso puesto como ejemplo no pueda considerarse una actuación unilateral. En rigor, podría catalogarse como una conducta colusoria con encaje en la prohibición del art. 1 LDC. De hecho, se sostiene que este precepto es aplicable a los supuestos de mera recomendación carente de efectos vinculantes para los asociados⁷⁵ y no seguida por ellos⁷⁶. Es más, una mera nota de prensa,

⁷⁰ A. MARTÍNEZ NADAL, “Capítulo 2. Naturaleza...”, cit, p. 399.

⁷¹ Sobre las comisiones de servicio de *Airbnb* puede consultarse la web de la propia plataforma: airbnb.es/help/article/1857.

⁷² STJUE 19 diciembre 2019, asunto 390, *Airbnb Ireland*, ECLI:EU:C:2019:1112, apdos. 55º, 56º y 62º.

⁷³ En nuestra opinión, que coincide con la de otros autores, lo más razonable sería sopesar los efectos positivos y negativos del uso del algoritmo, es decir, comparar los efectos procompetitivos y anticompetitivos. Pero, en cualquier caso, nos parece indudable que el empleo del algoritmo de sugerencia de precios *Airbnb* tiene efectos anticompetitivos. Cuestión distinta es que esos efectos se vean compensados por supuestos efectos procompetitivos. Sobre esta postura, véase K.A. BAMBERGER y O. LOBEL, “Platform market power”, *Berkeley Technology Journal*, Vol. 32, nº 3, 2017, pp. 1078-1079.

⁷⁴ Una recopilación amplia de decisiones y recomendaciones colectivas prohibidas en sede nacional puede encontrarse en F. DÍEZ ESTELLA y A. GUERRA FERNÁNDEZ, “Artículo 1. Conductas colusorias”, en J. MASSAGUER FUENTES; J.M. SALA ARQUER; J. FOLGUERA CRESPO y A. GUTIÉRREZ (Dir.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, 6ª edición, Cizur Menor (Navarra), Civitas, 2020, pp. 148-154. En el ámbito comunitario, vid. A. EZRACHI, *EU Competition Law. An Analytical guide to the leading cases*, 4ª edición, Gran Bretaña, Hart Publishing, 2014, pp. 83-84.

⁷⁵ RCNC de 17 de mayo de 2010, *Almacenes Hierro* (Expte. 106/08) y de 16 de septiembre de 2013, *Transportes Madrid* (Expte. 397/12).

⁷⁶ RTDC de 13 de febrero de 2004, *Empresas cárnicas* (Expte. 556/03).

como la aludida en nuestro ejemplo, ha sido prohibida en virtud del art. 1 LDC en alguna ocasión⁷⁷. A la luz de estos precedentes, lo previsible es que la decisión o recomendación colectiva de la asociación de empresarios hoteleros de la Costa del Sol también reciba el mismo tratamiento y, consecuentemente, resulte prohibida en consideración a su carácter colusorio.

64. Sin perder de vista lo anterior, imaginemos ahora que una plataforma donde se ofertan viviendas turísticas comparte información con todos los propietarios (anfitriones) de una determinada zona, como la Costa del Sol. Supongamos que la plataforma les proporciona datos sobre las ganancias promedio de un alojamiento en esa ubicación e incluso la tasa media de ocupación mensual.

65. Pero eso no es todo. Imaginemos también que esa plataforma digital tiene una sección llamada “estrategias de precios” en la que se encuentran numerosos artículos dedicados a la fijación de precios y, en especial, se hace mención al establecimiento de unos “precios inteligentes” y a una “herramienta de precios para multiplicar reservas” facilitada por la propia plataforma. En términos generales, esto significa que un algoritmo recomienda precios a los propietarios teniendo en cuenta la oferta y la demanda. De modo que cuando la demanda es alta, por ejemplo, porque hay un determinado evento deportivo, el algoritmo “invita” a los anfitriones a que fijen precios superiores a aquellos con los que se podrían conformar. Incluso puede que la plataforma los fije automáticamente, utilizando su inteligencia artificial, sin necesidad de que el anfitrión esté pendiente de la fluctuación de los precios de mercado. Pues bien, este supuesto no es ficticio, sino que se trata del *modus operandi* de *Airbnb*⁷⁸.

66. Algunos podrían argumentar que esto no es equivalente a la recomendación de una asociación de empresarios, ya que los propietarios de viviendas de uso turístico no son empresas en sí mismas. Sin embargo, esta posible objeción parece carecer de fundamento. El concepto de empresa ha sido delimitado de manera muy amplia en el ámbito comunitario⁷⁹. El aspecto clave a considerar siempre ha sido lo que hace o realiza un determinado sujeto en el mercado. No, desde luego, su configuración jurídica. Tanto es así que la doctrina es unánime al afirmar que no existe, en el ámbito de la Unión Europea, una regla *de minimis* subjetiva que excepcione del Derecho *antitrust* a microempresas ni, tampoco, a trabajadores por cuenta ajena⁸⁰.

67. Lo mismo ocurre en el ámbito nacional. La propia DA 4ª de nuestra LDC afirma que a sus efectos “se entiende por empresa *cualquier persona o entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación*”⁸¹. Como se comprueba con facilidad, también aquí se define la empresa en términos muy amplios⁸². Así lo confirma el Tribunal Supremo, para quien “la conducta prohibida puede ser realizada por *cualquier agente económico, entendido en un sentido amplio que incluye no sólo a las empresas, sino también a todos aquellos, cualquiera que sea su forma jurídica, que intermedien o incidan en el mercado, y también las asociaciones o agrupaciones de aquellos agentes económicos*”⁸³. De modo que parece hartamente difícil que los oferentes de viviendas de uso turístico puedan eludir la consideración de empresas en sede *anti-*

⁷⁷ RCNC de 14 de octubre de 2009, *FIAB y Asociados y CEOPAN* (Expte. 53/08) y de 31 de marzo de 2011, *Conservas* (Expte. 181/09).

⁷⁸ El apartado “estrategia de precios” está disponible en airbnb.es/resources/hosting-homes/t/pricing-strategies-9; el correspondiente a “precios inteligentes” en airbnb.es/help/article/1168 y el relativo a la “herramienta de precios para multiplicar reservas” en airbnb.es/resources/hosting-homes/a/pricing-tools-you-can-use-to-attract-more-bookings-464.

⁷⁹ Sobre el concepto de empresa y sus límites en el Derecho comunitario, por todos, *vid.* A. JONES, “The boundaries of an undertaking in EU competition law”, *European Competition Journal*, Vol. 8, nº 2, 2012, pp. 301-331.

⁸⁰ F. GONZÁLEZ CASTILLA, “El concepto de empresa...”, *cit.*, p. 69.

⁸¹ Énfasis añadido.

⁸² J. MASSAGUER, FUENTES, “Introducción a la legislación española de defensa de la competencia”, en J. MASSAGUER FUENTES; J.M. SALA ARQUER; J. FOLGUERA CRESPO y A. GUTIÉRREZ (Dirs.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, 6ª edición, Cizur Menor (Navarra), Civitas, 2020, pp. 101-103.

⁸³ STS 19 de octubre 2018, núm 1516/2018, ECLI: ES:TS:2018:3622.

trust, aunque esto deba evaluarse caso por caso, esto es, a través de un análisis singular y específico de cada plataforma⁸⁴.

68. Más verosímil resulta afirmar que *Airbnb* no es una asociación y que, en consecuencia, su recomendación o sugerencia de precios (merced a la inteligencia artificial) no encaja en el art. 1 LDC. Al respecto, es importante destacar que, según la jurisprudencia comunitaria, existe un concepto amplio de asociación en el Derecho de la competencia⁸⁵. Pero, a pesar de ello, reconocemos que parece forzado reputar a *Airbnb* una asociación y no una auténtica empresa con entidad propia. No obstante, aun cuando justifiquemos la recomendación de precios de *Airbnb* gracias a este argumento, aún cabría la posibilidad de que nos encontremos ante un potencial acuerdo colusorio. Particularmente, será necesario descartar que el esquema de fijación de precios por noche dentro de la plataforma no se ajusta al concepto de práctica concertada.

69. Analizar el esquema de fijación de precios por noche para las viviendas de uso turístico publicadas en *Airbnb* requiere comprender dos tipos de relaciones: una de carácter vertical y otra de carácter horizontal. Por un lado, existe una relación entre la plataforma y los distintos anfitriones (propietarios de alojamientos turísticos). Pero, por otro lado, también es importante tener en cuenta que la plataforma constituye un *marketplace* en el que se encuentran no solo oferentes y demandantes de alojamientos turísticos, sino también distintos empresarios que, en principio, son competidores entre sí. Si estos empresarios intercambian entre ellos información, aunque no sea de forma directa, sino utilizando a la plataforma como intermediadora (o cooperadora necesaria), podríamos hablar de un potencial acuerdo colusorio. Y es que lo conflictivo no es tanto la relación entre la plataforma y los anfitriones, sino el hecho de que aquella sirve de medio para intercambiar información sensible en materia de precios. Seguidamente tratamos de explicar mejor esta idea.

70. En el caso *Tabacos*, por ejemplo, la CNMC sancionó a distintas empresas tabaqueras por intercambiarse información sensible⁸⁶. Sin embargo, esta información no se intercambiaba directamente entre ellas, sino que utilizaban un esquema algo más complejo. Concretamente, *Logista S.A* actuaba como intermediaria entre los distintos competidores, quienes compartían información sobre precios a través de su distribuidora común. De modo que cada una de las tabaqueras proporcionaba información a *Logista*, quien luego la entregaba agregada a cada una de las empresas tabaqueras.

En este caso, la CNMC tuvo muy en cuenta que *Logista* es el principal distribuidor de cigarrillos en nuestro país, ostentando nada más y nada menos que una cuota de mercado del 99% de las ventas de cigarrillos a nivel mayorista. Por si esto fuese poco, además, es el único distribuidor de los principales fabricantes a nivel nacional. Esta posición preeminente en el mercado, a ojos de la autoridad *antitrust*, “supone para la distribuidora el acceso a la práctica totalidad de los datos de ventas de todos los fabricantes a nivel nacional y, en particular, de los datos de los principales fabricantes de tabaco, por lo que representa una fuente de información de indudable valor y de gran interés estratégico para estos últimos”⁸⁷. En este contexto, se consideró que el hecho de que *Logista* proporcionara a todos los fabricantes de tabaco información estratégica que difiere sustancialmente de la que periódicamente publica el CMT (y que por ende no puede considerarse como pública) constituye una práctica prohibida según el art. 1 de la LDC.

71. El esquema anterior es muy similar en *Airbnb*, aunque a otra escala y en otro mercado⁸⁸. No en vano, cada usuario, ya sea huésped o anfitrión, proporciona una ingente cantidad de datos a la plata-

⁸⁴ F. GONZÁLEZ CASTILLA, “El concepto de empresa...”, cit, pp. 75-76.

⁸⁵ STJUE 29 octubre 1980, asunto 209, *Heintz van Landewyck Sari*, ECLI:EU:C:1980:177 y 30 enero 1985, asunto 123, *BNIC*, ECLI:EU:C:1985:33.

⁸⁶ RCNMC de 10 de abril de 2019, *Tabacos* (Expte. 607/17).

⁸⁷ *Ibidem*, FD 4º.

⁸⁸ Sobre el modelo de negocio y sus implicaciones *antitrust* en materia de fijación de precios, véase A. EZRACHI y M.E. STUCKE, “How pricing bots could form cartels and make things more expensive”, *Harvard Business Review*, 27 de octubre, 2016, disponible en hbr.org/2016/10/how-pricing-bots-could-form-cartels-and-make-things-more-expensive y E. OLMEDO PERALTA, “Liberalizar el transporte...”, cit, p. 267.

forma. Esta información es de lo más variada e incluye el número de búsquedas para una determinada zona, características valoradas por los huéspedes, precios máximos o mínimos fijados por los anfitriones, nivel de ocupación, precio medio que se ha pagado con anterioridad a una determinada fecha, etc.

72. Todos estos datos pueden ser procesados por el algoritmo y puestos a disposición de cada uno de los anfitriones a través de los “precios inteligentes” o la “herramienta de precios para multiplicar reservas”. De modo que el algoritmo no hace sino procesar esa información y sugerir un precio que el anfitrión puede seguir o no. No obstante, aunque la sugerencia no es vinculante, resulta lógico que ese precio sea el seguido en la mayoría de los casos, ya que la plataforma maneja más datos que el oferente de viviendas turísticas⁸⁹. Además, no debemos perder de vista que la sugerencia o recomendación de la plataforma no es inocua y desinteresada, pues (como tuvimos ocasión de precisar *supra*) la remuneración que recibe aquella depende principalmente de dos variables: número de reservas y precio pagado por ellas.

73. En efecto, hay que tener en cuenta que en la práctica protagonizada por *Airbnb* se dan dos características en común con el asunto Tabacos. En primer lugar, *Airbnb* goza de una posición prominente en lo que respecta a la intermediación entre demandantes y oferentes de viviendas de uso turístico. No es eficiente que existan muchas plataformas que conecten a huéspedes y anfitriones. Antes bien, lo natural (y económicamente racional) es que unos y otros se concentren en pocas o muy pocas plataformas⁹⁰. Es un modelo económico en el que va todo al ganador (o ganadores), fenómeno que se conoce como “*tipping*”⁹¹. Como ha señalado la doctrina, esta posición puede dar lugar a un sistema “*hub-and-spoke*” en el que el desarrollador del algoritmo, como centro, contribuya a orquestar la colusión en todo el sector, lo que conduce a precios más altos⁹². Además, no debe olvidarse que, una vez conseguida esta dimensión, resulta difícilmente discutible⁹³. En segundo lugar, la información suministrada de forma gratuita merced a los “precios inteligentes”, esto es, al algoritmo, no está disponible públicamente en su mayor parte y, en la medida en que lo está, un oferente de viviendas de uso turístico no dispone de una capacidad de manejo de datos (tanto en tiempo como en forma) similar al de la plataforma.

⁸⁹ Para A. ZURIMENDI ISLA y A. FERNÁNDEZ GARCÍA DE LA YEDRA, “Naturaleza jurídica...”, cit. p. 19, esto no es sino una ayuda o recomendación lógica propia de toda relación de intermediación, que no es ningún obstáculo para que el propietario fije el precio libremente. Se sobreentiende así que, para estos autores, *Airbnb* no fija ni directa ni indirectamente los precios ni mucho menos que lo haga de manera ilícita.

⁹⁰ Entre otros, E. OLMEDO PERALTA, “Las plataformas de economía colaborativa ante la propuesta de Ley de Mercados Digitales: ¿son suficientemente disputables los mercados colaborativos?”, en L.M. MIRANDA SERRANO y J. PAGADOR LÓPEZ (Dir.), *Desafíos del regulador mercantil en materia de contratación y competencia empresarial*, Madrid, Marcial Pons, 2021, p. 361; A. ROBLES MARTÍN-LABORDA, “El poder de mercado...”, cit. p. 103; C. ESTEVAN DE QUESADA, “Desequilibrios de poder en los mercados digitales: Plataformas y dependencia”, *Actas de Derecho Industrial y Derechos de Autor*, n° 42, 2022, p. 66 y R. BAHAMONDE, “Competencia y plataformas digitales en Portugal”, en J. MARTÍ MIRAVALLS y C. RODILLA MARTÍ (Dir.), *Competencia en mercados digitales y sectores regulados*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 153. Sin embargo, hay autores que, desde una óptica empresarial, han cuestionado esta aseveración afirmando que la competencia entre plataformas no consiste únicamente en construir la mayor red, sino en su capacidad de ofrecer contenidos únicos y atractivos. Al respecto, véase C. CENNAMO y J. SANTALO, “Platform competition: strategic trade-offs in platform markets”, *Strategic Management Journal*, Vol. 34, n° 11, 2013, pp. 1346-1347.

⁹¹ M. KATZ y C. SHAPIRO, “Systems competition and network effects”, *Journal of economics perspectives*, Vol. 8, n° 2, 1994, pp. 105-106. Al respecto, es interesante destacar que hay quien ha afirmado que la legislación *antitrust* no debe impedir ni atacar el efecto económico natural del mercado hacia un escenario “the winner takes it all” en la economía digital de plataformas. Sobre esta postura, véase G. KIMMELMAN, “Syncing antitrust...”, cit. p. 46.

⁹² A. EZRACHI y M.E. STUCKE, “How pricing bots...”, cit. Sobre este sistema en el sector del transporte urbano de pasajeros véase S. BOBOC, “La determinación de precios por Uber como ilícito concurrencial”, en M.V. PETIT LAVALL y A. PUETZ (Dir.), *El transporte como motor del desarrollo económico*, Madrid, Marcial Pons, 2018, pp. 630-633 e ÍDEM., *Las plataformas en línea y el transporte discrecional de viajeros por carretera*, Madrid, Marcial Pons, 2021, *passim*. También señala que el riesgo de que una adaptación de precios sea anticompetitiva aumenta cuando algún operador controla una parte importante del mercado, como es el caso de *Airbnb*, E. OLMEDO PERALTA, “Competencia dentro de las plataformas de economía colaborativa: posibles prácticas restrictivas de los mal llamados prosumidores”, en I. GONZÁLEZ CABRERA y B. FONTICIELLA HERÁNDEZ (Dir.), *Las viviendas vacacionales: entre la economía colaborativa y la actividad mercantil*, Madrid, Dykinson, 2019, p. 217.

⁹³ E. OLMEDO PERALTA, “Las plataformas de economía colaborativa...”, cit. pp. 365; ÍDEM., “Competencia dentro de las plataformas...”, cit. p. 223 y M. THOMAS; P. LE MASSON; B. WEIL y J. LEGRAND, “The future of digital platforms: conditions of platform overthrow”, *Creativity and innovation management*, Vol. 30, n° 1, 2021, p. 93.

74. La irrelevancia de la práctica desarrollada por *Airbnb* en lo relativo a la determinación indirecta queda descartada si, a lo anterior, añadimos que la propia plataforma compele a sus anfitriones a establecer un precio mínimo en caso de que la demanda fuese baja. De hecho, afirma lo siguiente: “Nuestra intención es proporcionarte la información más fiable a la que tenemos acceso para que puedas tomar decisiones comerciales informadas y que te den buenos resultados. Es posible que nuestras sugerencias de precios no siempre reflejen los matices de tu actividad como anfitrión ni aquello que consigue que tu espacio sea único. Por eso, es importante que añadas un *precio mínimo* que garantice que los *Precios inteligentes solo te consigan reservas por importes que consideres suficientes*”⁹⁴.

75. A esta aseveración debemos de añadir otra para el caso contrario, esto es, para los supuestos en los que la demanda fuese alta. Para esta otra hipótesis la plataforma dispone lo siguiente: “En tal caso, lo que realmente hace falta son herramientas que te aseguren que no pierdes dinero por estar cobrando *un precio demasiado bajo* cuando hay mucha demanda. Por eso, hemos dedicado la primera mitad de 2018 a analizar este problema y hemos aplicado mejoras a nuestras sugerencias de Precios inteligentes para seguir las tendencias del mercado durante los periodos de gran demanda”⁹⁵.

76. Si lo anterior no fuese suficiente, la plataforma añade: “el modelo actualizado examina los datos de *Airbnb* de años anteriores y la relación entre la demanda (reservas) y los precios de los alojamientos reservados en tu zona. Al tener en cuenta estos factores, tus sugerencias de Precios inteligentes serán más útiles. Este es solo el primer paso. Seguimos trabajando en nuevas formas de conseguir que nuestras sugerencias de precios se adapten mejor a tus objetivos y en modos de ofrecerte más datos de mercado, en vez de sugerencias, para que puedas tomar decisiones informadas sobre el precio que estableces”⁹⁶.

77. A nuestro juicio, resulta sorprendente que no se conozca aún ninguna investigación acerca de esta práctica, dada su posible naturaleza anticompetitiva. Especialmente si tenemos en cuenta dos datos. Por un lado, que en los últimos años el uso de algoritmos ha despertado un gran interés en la comunidad jurídica⁹⁷. Por otro lado, que *Airbnb* tiene que ser calificado bien como un intermediario del servicio de alojamiento, bien como el efectivo proveedor del servicio subyacente. Si el TJUE ha descartado la segunda opción, debe optar por la primera. En este caso, la integración del modelo de *Airbnb* en un sistema “*hub-and-spoke*” parece factible⁹⁸. No en vano, sería deseable garantizar que la propia aplicación funcione en condiciones de competencia, evitando que lleve a cabo prácticas que distorsionen o falseen la competencia dentro de la plataforma⁹⁹. En cualquier caso —y al margen del posible carácter *antitrust* de esta práctica—, resulta difícilmente comprensible que la sentencia del TJUE, de 19 de diciembre de 2019 (caso *Airbnb Ireland*), considere tan alegremente que *Airbnb* no determina los precios ni directa ni indirectamente¹⁰⁰.

⁹⁴ Énfasis añadido. Texto literal extraído de “Respuestas de Airbnb: sugerencias de precios”, disponible en community.withairbnb.com/t5/Actualizaciones-de-Airbnb/Respuestas-de-Airbnb-sugerencias-de-precios/td-p/790647.

⁹⁵ Véase, nota anterior.

⁹⁶ Véase, nota anterior.

⁹⁷ A modo de ejemplo acerca del interés despertado, y sin ánimo de desmerecer a otros autores, véase: A. ROBLES MARTÍN-LABORDA, “Cuando el cartelista es un robot. Colusión en mercados digitales mediante algoritmos de precios”, *Actas de Derecho Industrial*, n° 38, 2018, pp. 77-103; A. EZRACHI y M.E. STUCKE, “Artificial intelligence & collusion: When computers inhibit competition”, *University of Illinois Law Review*, 2017, pp. 1775-1810; U. SCHWALBE, “Algorithms, machine learning, and collusion”, *Journal of Competition Law & Economics*, Vol. 14, n° 4, 2018, pp. 568-607; M. PASTRANA ESPÁRRAGA, “Algoritmos, big data e inteligencia artificial: nuevos desafíos en el derecho de la competencia”, en E. OLMEDO PERALTA (Dir.), *La aplicación del derecho de la competencia en la economía de los datos*, Cizur Menor, Aranzadi, 2021, pp. 219-247; E. SOLERNAU SANZ, “La colusión en el contexto de los algoritmos”, *Revista de estudios europeos*, n° 78, 2021, pp. 138-153 y J. FRAMIÑÁN SANTAS, “La colusión tácita mediante algoritmos de precios”, en A. GARCÍA VIDAL (Dir.), *Big data e internet de las cosas: nuevos retos para el derecho de la competencia y de los bienes inmateriales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 255-303.

⁹⁸ En relación con el sector transporte, en términos similares S. BOBOC, “La determinación de precios por *Uber*...”, cit, p. 633.

⁹⁹ E. OLMEDO PERALTA, “Competencia dentro de las plataformas...”, cit, p. 224.

¹⁰⁰ STJUE 19 diciembre 2019, asunto 390, *Airbnb Ireland*, ECLI:EU:C:2019:1112, apdos. 55°, 56° y 62°.

3. Poder de mercado, fijación de precios e influencia decisiva

78. A la luz de lo expuesto, parece innegable que *Airbnb* ejerce influencia, al menos de manera indirecta, sobre los precios. Sin perjuicio de la valoración que merezca la práctica analizada de acuerdo con el art. 1 LDC (lo que va más allá del propósito perseguido en estas páginas), es indudable que *Airbnb* no es ajena a la fijación del precio. La influencia ejercida en materia de precios puede ser lícita o ilícita, pero en cualquier caso existe¹⁰¹. Hay diversos motivos que respaldan esta afirmación: 1º) la plataforma tiene un interés indirecto en maximizar tanto el precio como el número de reservas, pues así también se maximizan sus comisiones y, por ende, sus beneficios; 2º) “los precios inteligentes” propuestos por *Airbnb* emplean diferentes variables, las cuales pueden ser determinadas por la plataforma gracias a la información de la que dispone; 3º) la propia plataforma reconoce que dicha herramienta trata de maximizar la rentabilidad de los alojamientos cuando la demanda es alta; 4º) la plataforma permite e incluso invita al establecimiento de un precio mínimo que complemente el uso de la herramienta “precios inteligentes”; 5º) por último, la plataforma goza, al menos en cierta medida, de una posición de dominio relativa, lo que le permite que sus propuestas o sugerencias tengan efectos relevantes en el mercado y en el nivel de competencia vía precio, el cual se ve sensiblemente afectado.

79. A nuestro juicio, habría sido deseable que el TJUE, en su conocida sentencia de diciembre de 2019, hubiese tomado en consideración el poder de mercado a la hora de determinar la verdadera naturaleza jurídica del servicio prestado por *Airbnb*. En nuestra opinión, un intermediario digital puede o no ser calificado como prestador del servicio subyacente, teniendo en cuenta, entre otros factores, la fuerte o débil posición económica de la que disfruta la empresa. No en vano, a mayor poder de mercado, mayor será la influencia decisiva que puede ejercer el operador digital sobre el servicio subyacente. He aquí la principal propuesta que hacemos a través de este trabajo, convencidos de la utilidad del criterio del poder de mercado para determinar la verdadera naturaleza jurídica de los servicios prestados por las plataformas transaccionales.

80. La imposición de mayores obligaciones a intermediarios digitales basándose en su posición o fuerza económica no es algo extraño en nuestro Derecho. Antes bien, existen ejemplos de normas recientes que fijan mayores obligaciones para operadores de gran tamaño. La Ley de Servicios Digitales, por ejemplo, establece en sus arts. 33 y siguientes obligaciones adicionales de gestión de riesgos sistémicos para prestadores de plataformas en línea de muy gran tamaño y de motores de búsqueda en línea de gran dimensión¹⁰². Por otra parte, la Ley de Mercados Digitales define en su art. 3 qué es un guardián de acceso teniendo en cuenta la tenencia de un elevado volumen de negocios y número de usuarios. Estos guardianes de acceso, como no podría ser de otro modo, quedan sometidos a una serie de obligaciones que no tienen otros operadores de menor tamaño, como se infiere de los arts. 5 a 7¹⁰³.

¹⁰¹ K.A. BAMBERGER y O. LOBEL, “Platform...”, *cit*, pp. 1078-1079.

¹⁰² Sobre esta ley, sin ánimo de ser exhaustivos: A. FERNÁNDEZ GARCÍA DE LA YEDRA, “Ley de servicios digitales: Nuevas obligaciones en torno a la responsabilidad de las plataformas electrónicas de intermediación”, en L.M. MIRANDA SERRANO y J. PAGADOR LÓPEZ (Dir.), *Desafíos del regulador mercantil en materia de contratación y competencia empresarial*, Madrid, Marcial Pons, 2021, pp. 213-223; C. SANDEI, “Digital Services Act: regolazione d’impresa e tutela del mercato. New wine in old bottles”, en A. MARTÍNEZ NADAL (Dir.), *Plataformas digitales: aspectos jurídicos*, Thomson Reuters- Cizur Menor, Aranzadi, 2021, pp. 415-431 y S. MERABET, “Le Digital Services Act: guide d’utilisation de lutte contre les contenus illicites”, *La Semaine Juridique*, nº 42, 2022, pp. 1959-1964.

¹⁰³ Sobre esta ley, sin ánimo de ser exhaustivos: J.I. RUÍZ PERIS, “La nueva digital market act, una respuesta híbrida de la Unión Europea a los gatekeepers”, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, nº 57, 2021, *passim*; E. OLMEDO PERALTA, “Redefiniendo el ámbito de aplicación de la Ley de Mercados Digitales: ¿a quién? ¿cómo? y ¿para qué?”, en A. TATO PLAZA; J. COSTAS COMESAÑA; F. CARBALLO-CALERO; F.J. TORRES PÉREZ y S. LOUREDO CASADO (Dir.), *Nuevas tendencias en el derecho de la competencia y la propiedad industrial III*, Granada, Comares, 2022, pp. 87-116; F. DÍEZ ESTELLA, “La DMA: ¿Un nuevo Reglamento para -o contra- los mercados digitales en la UE?”, en E. HERNÁNDEZ SÁINZ; C. MATE SATUÉ y M.T. ALONSO PÉREZ (Dir.), *La responsabilidad civil por servicios de intermediación prestados por plataformas digitales*, A Coruña, Colex, 2023, pp. 51-79 y J.J. MONTERO PASCUAL y M. FINGER, “La regulación de las plataformas digitales como industrias en red”, *Revista general de derecho de los sectores regulados*, nº 9, 2022, p. 9 y ss.

81. Por ello creemos no equivocarnos al afirmar que la posición económica relativa de una compañía en el mercado relevante debe tenerse en cuenta para determinar la verdadera naturaleza del servicio prestado por una plataforma digital. Esto debería conducir a sostener que una plataforma podría realizar el servicio subyacente cuando, además de encajar en alguno de los parámetros utilizados por el TJUE en su jurisprudencia, goza de posición de dominio relativa (en el sentido más arriba explicado).

Es cierto que lo anterior puede parecer discriminatorio. Sin embargo, en nuestra opinión, no lo es. Y es que no ejerce una influencia decisiva quien quiere, sino quien puede. El poder de mercado del que goza la compañía guarda una relación directa con el concepto de influencia decisiva. Por lo tanto, una plataforma que conecta a huéspedes y anfitriones, en principio, no tiene por qué ser calificada como prestadora del servicio subyacente.

82. Si una nueva plataforma que ofrece viviendas de uso turístico presenta un modelo similar al de *Airbnb*, pero ostenta una pequeña posición en el mercado, difícilmente ejercerá una influencia decisiva. Sobre todo, porque no tendrá capacidad para imponer sus condiciones, en la medida en que los anfitriones disponen de alternativas con más usuarios. Sus sugerencias de precios serán menos nocivas para la competencia efectiva por idéntico motivo. De hecho, si la nueva empresa pretende disputar la hegemonía de los grandes operadores, tendrá que ofrecer ventajas competitivas significativas. Sin embargo, los grandes operadores de ese mercado, como pueden ser *Airbnb* o *Booking*, sí que pueden influir, dada su dimensión, en las condiciones y fijación del precio de las transacciones entre anfitrión y huésped. De ser así, deberían ser calificadas como prestadores del servicio subyacente, incluso si no son propietarios de los activos o no fijan directamente los precios.

83. Por otro lado, un mismo servicio prestado por otra empresa que no tiene esa posición de mercado no debe ser considerado como servicio subyacente, a pesar de cumplir con algunos de los parámetros utilizados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en las sentencias sobre *Uber* y *Airbnb*. La razón es simple. Si una empresa no disfruta de una posición fuerte en ese mercado, en realidad no ejerce una influencia decisiva. Esto se puede observar fácilmente en el caso de los servicios de transporte interurbano.

84. El TJUE determinó en 2017 que *Uber* era prestadora del servicio subyacente. Sin embargo, cada vez existen más alternativas a esta empresa a nivel mundial: *Didi* (de origen chino), *Cabify* (española), *Lyft* (americana), *Avant app* (mexicana), *Indrive* (rusa) o *Bolt* (estonia), por citar solo algunas. En un escenario ideal desde la perspectiva de la competencia, en el cual varios de estos operadores funcionarían en un determinado mercado y tuvieran una cuota similar entre sí, ninguno ejercería una influencia decisiva en el servicio subyacente. Una plataforma concreta dejaría de ser un activo esencial, en la medida en que existan otras. La fijación del precio obedecería más a una cuestión de mercado que de fijación unilateral de la plataforma, salvo acuerdos colusorios entre las distintas *apps*. Además, los conductores podrían prestar sus servicios en varias plataformas, a no ser que alguna impusiese en sus condiciones cierta exclusividad, lo cual también puede plantear problemas desde el punto de vista *antitrust*. En este escenario idílico (aunque no imposible), no es tan intuitivo sostener que son las plataformas las que ejercen una influencia decisiva sobre el servicio subyacente y que, por tanto, han de ser tratadas como si fuesen las prestadoras de dicho servicio.

IV. La sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de abril de 2022: un paso al frente en la toma en consideración del poder de mercado de la plataforma

85. Acabamos de exponer y comentar en los epígrafes precedentes la jurisprudencia del TJUE acerca de la verdadera naturaleza de los servicios de intermediación prestados por las plataformas digitales. Ahora es el momento de abordar una resolución judicial de la cual podemos extraer interesantes conclusiones sobre nuestro tema de estudio. Nos referimos, en concreto, a la sentencia del TJUE, de 27 de abril de 2022, asunto *Airbnb Ireland UC vs Région de Bruxelles-Capitale*.

En particular, este pronunciamiento resulta aquí de interés por dos cuestiones. 1ª) En primer lugar, en él el TJUE parece enmendar por la puerta de atrás, o al menos matizar, la conclusión alcanzada en la sentencia de 19 de diciembre de 2019. No en vano, reconoce que *Airbnb*, en tanto que operador digital de cierto tamaño que cuenta con un elevado número de intermediaciones y de cuota de mercado, puede quedar sujeto a obligaciones de información que no son exigibles a una empresa tradicional que carezca de dicho carácter digital y de una dimensión similar. 2ª) En segundo lugar, asegura que la imposición de más obligaciones para este tipo de operadores no resulta discriminatoria ni socava el principio de neutralidad tecnológica. El trato diferencial se justifica en el mayor número de transacciones en las que intermedia y en la elevada cuota de mercado. Con estas afirmaciones parece que el TJUE abre la puerta a considerar la posición económica o de poder de mercado de una empresa al determinar la verdadera naturaleza del servicio que presta y, por consiguiente, las responsabilidades a las que ha de quedar sujeta.

86. El supuesto de hecho enjuiciado por la sentencia referida trata sobre un par de cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Constitucional belga acerca de la compatibilidad de cierta normativa nacional, que obliga a los prestadores de servicio de intermediación a facilitar determinada información a la Administración tributaria, con la Directiva 2000/31/CE, de Servicios de la Sociedad de la Información y con el art. 56 TFUE. Concretamente, se exige a los intermediarios digitales como *Airbnb* que faciliten, previa solicitud por escrito de la Administración tributaria y so pena de multa administrativa, datos sobre el operador, las señas de los alojamientos en cuestión, el número de pernoctaciones y de unidades de alojamiento explotadas durante el año anterior. Previsión que, según *Airbnb*, es incompatible con el art. 56 TFUE porque en la práctica supone una discriminación respecto a sus competidores que operen mediante un modelo de negocio tradicional.

87. Pues bien, dejando al margen detalles fácticos y jurídicos que carecen de interés para la cuestión que ahora nos concierne, lo llamativo y destacable de este pronunciamiento es que el TJUE justifica la normativa belga y su afectación dispar a operadores tradicionales y digitales, merced al elevado número de transacciones que llevan a cabo estos últimos e, incluso, a su cuota de mercado. Si bien es cierto que el órgano jurisdiccional no se contradice ni cambia de línea jurisprudencial expresamente, no menos cierto es que, implícitamente, llega a reconocer que *Airbnb* ha de asumir algunas responsabilidades (en este caso, en materia de información de relevancia tributaria) que no ha de asumir de la misma manera un intermediario que opere fuera del ecosistema digital. En definitiva, se evidencia una mayor imputación de responsabilidad a plataformas electrónicas de cierta dimensión, lo cual está en línea con la Ley de Servicios Digitales y la Ley de Mercados Digitales.

88. En palabras del TJUE, “es cierto que la evolución de los medios tecnológicos y la actual configuración del mercado de prestación de servicios de intermediación inmobiliaria conduce a la constatación de que los intermediarios que prestan sus servicios mediante un sitio de Internet pueden hacer frente, en aplicación de una normativa como la controvertida en el litigio principal, a una obligación de transmisión de datos a la Administración tributaria más frecuente y más importante que la que recae sobre otros intermediarios. Sin embargo, *esta mayor obligación no es más que el reflejo del número más elevado de transacciones que llevan a cabo dichos intermediarios y de su cuota de mercado respectiva*. Por consiguiente, de ello no se deriva ninguna discriminación”¹⁰⁴.

89. En consecuencia, de esta STJUE cabe inferir que *Airbnb* ofrece un mero servicio de la sociedad de la información y no ha de ser reputado prestador del servicio subyacente (STJUE de 19 de diciembre de 2019). Sin embargo, puede estar sujeto a mayores obligaciones de información que un agente u operador tradicional en la medida en que realiza un mayor número de transacciones y goza de una cuota de mercado más elevada (STJUE de 27 de abril de 2022). Esto —en lo que aquí interesa— nos lleva a preguntarnos si no debería tenerse en cuenta el poder de mercado en el análisis encaminado a dilucidar si la plataforma digital ejerce o no una influencia decisiva en la prestación del servicio sub-

¹⁰⁴ STJUE 27 abril 2022, asunto 674, *Airbnb Ireland UC vs Région de Bruxelles-Capitale*, ECLI:EU:C:2022:303, apdo. 44°.

yacente¹⁰⁵ Nuestra respuesta, como cabe esperar de lo hasta aquí expuesto, ha de ser necesariamente afirmativa. Aunque el futuro es incierto e impredecible, tal vez algún día esta opinión llegue a ser compartida por el TJUE.

V. Conclusiones (necesariamente provisionales)

90. La calificación de una plataforma digital como prestadora del servicio subyacente o de un servicio de intermediación digital plantea un falso dilema. No es fácil encajar los servicios que prestan estos operadores digitales en categorías tan extremas y antagónicas. Con frecuencia, estas empresas no prestan realmente el servicio subyacente. Pero no por ello deben ser calificados sin más como meros prestadores de un servicio de intermediación propio de la sociedad de la información. Razón por la cual esta disyuntiva debería superarse tanto en sede comunitaria como nacional. En su lugar, habría de adoptarse una nomenclatura más flexible que permita dar cabida a modelos de negocio dispares.

91. No obstante, en tanto que la disyuntiva señalada no sea superada, es deseable, a nuestro juicio, que se tenga en cuenta el poder de mercado relativo de las plataformas digitales de intermediación en el examen encaminado a determinar la verdadera naturaleza jurídica de los servicios que prestan en el mercado. Desde nuestro punto de vista, a esta propuesta pueden atribuírsele, al menos, las tres bondades que exponemos a continuación.

92. La primera de ellas estriba en que la consideración del poder de mercado relativo es respetuosa con el caso concreto y evita juzgar en abstracto los servicios prestados. Si se está de acuerdo en que el parámetro de valoración que determina la auténtica naturaleza del servicio prestado por una plataforma digital es la influencia decisiva, no puede obviarse que dicha influencia dependerá, en buena medida, del poder de mercado del que goce el operador digital. Dos empresas que realicen un servicio muy similar, pero que tengan un poder de mercado dispar, pueden influir de manera muy diferente en la prestación del servicio subyacente. Obviamente, cuando la plataforma disfruta de un elevado poder de mercado, tendrá más fácil fijar precios (aunque sea de forma indirecta) y otras condiciones contractuales. Asimismo, la propia plataforma será un activo más esencial, esto es, se volverá más imprescindible para la prestación del servicio, en tanto que un determinado intermediario digital consiga aglutinar a la mayoría de la oferta y la demanda.

93. Otra bondad de la propuesta que realizamos es el tratarse de una interpretación dotada de efectos procompetitivos, en la medida en que aumenta la disputabilidad entre los diferentes operadores. En efecto, si una plataforma con un elevado poder de mercado relativo asume obligaciones de hacer y no hacer que no ostentan aquellas otras de menor tamaño, ello aumentará la presión competitiva que por propia naturaleza resulta mermada desde el mismo momento que una empresa consigue concentrar una parte importante de ese mercado. De modo que la aplicación del criterio del poder de mercado evitaría, en la medida de lo posible, la existencia de un mercado demasiado concentrado, a la par que una mayor competitividad entre plataformas brindaría mayor libertad a los usuarios, al hacerlos menos dependientes en términos económicos.

94. Finalmente, como última bondad de nuestra propuesta cabe invocar que la aplicación del criterio del poder de mercado posee también efectos positivos sobre los consumidores y la administración pública, ya que los grandes operadores con poder de mercado quedarían sujetos a otras obligaciones que no podrían exigirse a un mero intermediario. De esta manera, el análisis de la auténtica naturaleza del servicio prestado por una plataforma sería más complejo y, en consecuencia, permitiría que ciertos

¹⁰⁵ Si bien compartimos la opinión de aquellos que han señalado que tomar en cuenta solo la cuota de mercado para determinar el poder de mercado de una empresa es engañoso. Sobre este particular, véase W.M. LANDES y R. POSNER, “El poder de mercado en los casos de libre competencia”, *Revista de la Asociación IUS ET VERITAS*, nº 26, 2003, p. 142.

operadores no eludieran responsabilidad so pretexto de su carácter digital o su modelo de negocio ambiguo, a medio caballo entre la pura intermediación y la prestación del servicio subyacente de manera externalizada.

95. En cualquier caso, al margen de las bondades imputables a la adopción del poder de mercado como criterio útil en la determinación de la verdadera naturaleza de los servicios prestados por las plataformas, no nos resistimos a cerrar este trabajo sin realizar una doble crítica en los términos que exponemos a continuación.

96. Por un lado, resulta obvio que, según las normas vigentes, una plataforma debe ser categorizada como una simple intermediaria digital o como prestadora contractual del servicio subyacente. O se es una cosa o la otra, pues no cabe la posibilidad de quedar fuera de ambas categorías. De modo que, si la plataforma ejerce una influencia decisiva sobre los prestadores efectivos, tiene que asumir más responsabilidad que la de un mero intermediario. La dependencia de los empresarios que ofertan sus servicios a través de ella así lo exige. Pero, en caso contrario, esto es, si la plataforma transaccional no goza de ese control de gran importancia sobre los prestadores efectivos, los distintos empresarios han de considerarse independientes y habrá de concluirse que la plataforma actúa como el núcleo de un potencial sistema “*hub-and-spoke*”. En este caso, consecuentemente, su conducta debería ser anticompetitiva.

97. Por otro lado, no termina de convencernos que en el ámbito privado una plataforma como *Airbnb* se considere prestadora de un servicio de la sociedad de la información que no merece mayor responsabilidad que otro operador tradicional, mientras que en el ámbito público-fiscal sí que se justifica ese trato diferenciado a favor del Estado. ¿Son acaso las plataformas digitales como el test de *Rorschach*? A nuestro juicio, no parece conforme con la seguridad jurídica que los legisladores y los jueces puedan encontrar mensajes ocultos y significados profundos en las manchas de tinta cuando se trata de intereses públicos, pero pierdan toda habilidad interpretativa en lo que atañe a los intereses privados.

98. En suma, se explora y sostiene aquí que el concepto de poder de mercado se presenta como un criterio considerablemente útil en la tarea de determinar la auténtica naturaleza jurídica de los servicios proporcionados por las plataformas digitales. Se trata de una propuesta elaborada principalmente desde una perspectiva vinculada al Derecho de la competencia empresarial, a pesar de que la temática que se aborda en este trabajo no se enmarca por completo dentro de la esfera concurrencial. Pero no vemos problema alguno en este modo de proceder. Nos parece un error concebir a las distintas ramas o parcelas del Derecho como compartimentos estancos. De ahí que el empleo del enfoque concurrencial nos parezca muy razonable para abordar la materia aquí analizada.

En la era digital, la importancia del Derecho de la competencia se vuelve primordial, al desempeñar un papel esencial en la protección del bienestar colectivo. En este sentido, es evidente que las innovaciones tecnológicas y la dinámica del mercado por sí solas no son suficientes para prevenir abusos de poder. Es por ello que, en lo que concierne a las tendencias legislativas, podemos identificar un claro patrón hacia la atribución de mayores responsabilidades a las plataformas que gozan de un mayor poder económico. Un ejemplo palpable de esto se encuentra en la Ley de Servicios Digitales. Sus artículos 33 y siguientes estipulan requisitos suplementarios orientados a la gestión de riesgos sistémicos por parte de las plataformas en línea dotadas de una considerable envergadura, así como a los motores de búsqueda en línea de gran calado. Y lo mismo puede afirmarse de la Ley de Mercados Digitales. No en vano, en sus artículos 5 a 7, se imponen una serie de obligaciones específicas a los denominados “guardianes de acceso”, que, sin embargo, no afectan a actores digitales de menor magnitud y relevancia económica.

La inteligencia artificial en el arbitraje internacional 2.0. Oportunidades y desafíos en un futuro que ya es presente

Artificial intelligence in 2.0 International arbitration. Opportunities and challenges in a future that is already present

MARTA GONZALO QUIROGA

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid*

ORCID ID: 0000-0002-6553-3268

Recibido: 14.06.2023 / Aceptado: 04.07.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.8067

Resumen: La inteligencia artificial (IA) es el tema de actualidad. Su vertiginosa y disruptiva irrupción plantea en el arbitraje una serie de cuestiones jurídicas y prácticas metodológicamente abordadas en esta investigación. La IA, y las tecnologías que de ella derivan, permiten la creación de herramientas que introducen desafíos sin precedentes, así como oportunidades insólitas en todas las fases del arbitraje. Programas especializados que asisten desde el nombramiento de árbitros hasta la redacción y ejecución de laudos generan cierta preocupación sobre su veracidad, regulación, control, datos, confidencialidad, transparencia, ¿árbitros robots?... Todo ello se examina aquí científicamente con las garantías, cautelas y responsabilidad que exige el análisis de la IA en el arbitraje internacional 2.0, un futuro que ya es presente.

Palabras clave: Inteligencia Artificial (IA), Arbitraje Internacional 2.0, regulación, confidencialidad, *On line Dispute Resolution* (ODR).

Abstract: Artificial intelligence (AI) is the hot topic. Its vertiginous and disruptive irruption raises in arbitration a series of legal and practical questions methodologically addressed in this investigation. AI, and the technologies derived from it, allow the creation of tools that introduce unprecedented challenges, as well as unusual opportunities, in all phases of arbitration. Specialized programs that assist from the appointment of arbitrators to the drafting and execution of awards, generate some concern about their veracity, regulation, control, data, confidentiality, transparency, the possibility of robot arbitrators?... All this is scientifically examined here with the guarantees, precautions and responsibility required by the analysis of AI in International Arbitration 2.0, a future that is already here.

Keywords: Artificial Intelligence (AI), 2.0 International Arbitration, Regulation, Confidentiality, ODR.

Sumario: I. Introducción y cuestiones de investigación. II. Metodología. III. Ámbito conceptual y referencial. 1. Conceptos: inteligencia artificial y arbitraje 2.0. 2. Marco teórico. IV. Desafíos de la inteligencia artificial en el arbitraje internacional. 1. Reto tecnológico. A) Funcionamiento, formación y capacitación. B) Costes y sostenibilidad: economía y medioambiente. C) Aceptación de las partes y confianza hacia la IA en el arbitraje: datos estadísticos. 2. Desafío normativo: propuestas de regulación, control y protocolos de actuación. A) Marco general: ¿regulación o descentralización? B) Regulación pública e iniciativas de autorregulación privadas: propuestas de protocolos o guías éticas en IA. C) ¿Regulación de la IA en el arbitraje internacional?: planteamiento y propuestas de

solución. D) Autonomía de la voluntad e IA en el convenio arbitral. 3. Datos: privacidad, transparencia y confidencialidad. A) Privacidad. B) Neutralidad, discriminación y sesgo. C) Responsabilidad. D) Confidencialidad: análisis y estadísticas. E) Transparencia. V. Oportunidades de la IA en el arbitraje internacional. 1. Eficiencia: celeridad, economía, estrategia, valor y sofisticación. 2. Calidad y gestión documental: asistencia en la toma de decisiones y presentación de casos. 3. Imparcialidad, transparencia y ODR. VI. Conclusiones.

I. Introducción y cuestiones de investigación¹

1. No es el futuro, ya está aquí y ha venido para quedarse. La inteligencia artificial (IA) es imparable, está en todas partes y son muchos y muy variados los cuestionamientos éticos, científicos, filosóficos, sociales, culturales y jurídicos que plantea. La actualidad y originalidad del tema es incuestionable. El lanzamiento del ChatGPT 4 de OpenAI, en noviembre de 2022, dio lugar a un cambio disruptivo². Lo que parecía algo abstracto y hasta de ciencia ficción de repente se ha convertido en algo tangible y accesible para todos. Nos encontramos en un punto de inflexión similar al que se produjo en 1993 con la introducción de Internet y la web. La era de la IA ha llegado. Y lo ha hecho de manera tan abrupta que ha suscitado una gran cantidad de sentimientos, a favor y en contra, generando, a su vez, una serie de preocupaciones y de replanteamientos de paradigmas en los más diversos ámbitos.

2. En el Derecho, el debate respecto a su regulación está servido. La irrupción de la IA a escala global o auténticamente transnacional exige respuestas jurídicas a la altura, también globales y verdaderamente internacionales o transnacionales. Respuestas que, en realidad, deberían venir de todos los sectores y ámbitos (económico, comercial, ético, social, etc.), no sólo del jurídico, y ser todas ellas globales y transnacionales. Se insta a reclamar la gobernanza de los riesgos digitales, en general³. Sin embargo, en la actualidad, ante el desafío auténticamente internacional que representa la IA no hay un regulador a la altura de las circunstancias⁴. Si bien, los europeos estamos a la vanguardia en su reglamentación con la *Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de mayo de 2022, sobre la inteligencia artificial en la era digital (2020/2266(INI))*⁵ y la aprobación, el 11 de mayo de 2023, del *Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial*, conocido como la *Ley de Inteligencia Artificial*, que entrará en vigor en 2024⁶; la dificultad de aprehen-

¹ La presente publicación se enmarca en el Proyecto de Investigación “ODS, ADR y ODR: Justicia, Derechos Humanos y Cultura de Paz”, dirigido por la autora, dentro de la Convocatoria de Proyectos de Investigación I+D+I de la Universidad Rey Juan Carlos (URJC 2021-24).

² La versión punto 4 es el desarrollo del modelo ChatGPT basado en el GPT-3.5, desarrollado por OpenAI, a su vez basado en GPT-3, que fue lanzada en junio de 2020. Si bien, los modelos no tienen una fecha de lanzamiento específica, ya que su desarrollo y entrenamiento son parte de un proceso continuo de mejora y actualización, desde su última versión (2022), disponible en ChatGPT (openai.com), ha batido récords convirtiéndose en la plataforma de IA con más usuarios de la historia al alcanzar 100 millones de usuarios activos en dos meses, según el estudio basado en datos de la empresa de analítica web *Similarweb*, que estima, además, que de media ha habido 13 millones de usuarios de ChatGPT cada día del mes de enero de 2023, más del doble por día en promedio que en el mes anterior. Disponible en <https://www.reuters.com/technology/chatgpt-sets-record-fastest-growing-user-base-analyst-note-2023-02-01/>, consultado el 02 de febrero de 2023.

³ Riesgos digitales que se encuentran en continuo crecimiento y reclaman urgentemente su gestión y control. Sobre la configuración de este nuevo modelo de gobernanza y la estrategia en torno a la IA que concentra las claves de lo que será la futura gobernanza de sus riesgos, *vid.*, J. VIDA FERNÁNDEZ, “La gobernanza de los riesgos digitales: desafíos y avances en la regulación de la inteligencia artificial”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2022), Vol. 14, Nº 1, pp. 489-503. Disponible en <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6695>.

⁴ Sobre la Regulación de la IA frente a la imprevisibilidad de los riesgos y desafíos que plantea su utilización y las distintas opciones para afrontarlo, *vid.*, D. GARCÍA SAN JOSÉ, “Implicaciones jurídicas y bioéticas de la Inteligencia Artificial (IA). Especial consideración al marco normativo internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2021), Vol. 13, Nº 1, pp. 255-276. Disponible en <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5959>; y *vid.*, también, *infra*, epígrafe IV. 2.

⁵ Parlamento Europeo 2019-2024: P9_TA (2022)0140, Inteligencia artificial en la era digital. Disponible en TA (europa.eu).

⁶ Reglamento propuesto por la Comisión Europea en abril 2021: Propuesta 21.4.2021 COM (2021) 206 final 2021/0106 (COD) de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de In-

der esta materia, que evoluciona y cambia a una velocidad inusitada, está dando lugar a propuestas de regulación amplias dirigidas a abarcar no sólo las tecnologías existentes sino también aquellas futuras que están por llegar. Ello, nos ha llevado a cuestionar si la misma urgencia de regulación de la IA en el Derecho, en general, se precisa en el arbitraje internacional, qué hay al respecto y, en su caso, qué propuestas se podrían generar⁷.

3. En este contexto, ciertamente original, novedoso e incierto, los avances vertiginosos y supuestamente revolucionarios de la IA son motivo tanto de preocupación como de oportunidad. Preocupación, porque la irrupción de la IA en el ámbito jurídico, y específicamente arbitral, produce evidentes motivos para la desconfianza y el recelo junto a interesantes retos y desafíos que se han de afrontar. En realidad, se desconoce todo su potencial y hasta dónde todo esto nos llevará. También, se teme que la variante de la IA más popular y hoy de moda, el aprendizaje automático, degrade nuestra ciencia y envilezca nuestros valores, nuestra justicia -aplicada ésta de forma tradicional o extrajudicial- y nuestra ética, al incorporar a nuestra tecnología una concepción fundamentalmente errónea del lenguaje y el conocimiento⁸. Oportunidad, por apreciar en la IA una herramienta con la que encontremos soluciones y resolvamos conflictos y problemas de los tipos más variados en diversos ámbitos. Y ello, obviamente, adquiere una importancia trascendental en el campo de la Justicia y del Derecho, en especial en cuanto a los Métodos Alternativos o -Adecuados- de Solución de Conflictos (MASC) o *Alternative Dispute Resolution (ADR)*: negociación, mediación, y arbitraje, en particular, y la gestión y resolución de las controversias en línea a través de los *Online Dispute Resolution (ODR)*⁹.

4. Todo ello, aplicado estrictamente al arbitraje, recuerda a las dudas y recelos que despertó en sus orígenes la propia institución arbitral, respecto a la justicia tradicional, en su doble naturaleza -contractual y jurisdiccional- y el planteamiento de los riesgos, en especial aquellos relativos al orden público¹⁰, y la posible banalización del arbitraje¹¹. Recelos y anhelos que, por otra parte, surgen ante todo cambio y novedad en cualquier ámbito, más aún si es tan accesible y novedoso como el que estamos experimentando con la IA. De ahí que, como línea de principio, haya que disipar esos miedos -incidiendo en que la IA no es más que una herramienta- y tratarla desde una visión científica centrándonos en conocerla, ver cuál es su funcionamiento, prevenir los riesgos de su (mal) uso y potenciar sus oportunidades y beneficios, en esta investigación, aplicados al arbitraje internacional.

5. Así, la utilización de la IA en el arbitraje internacional plantea diversas cuestiones que, sin ánimo de exhaustividad, han sido sistematizadas en la siguiente tabla:

teligencia Artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados Actos legislativos de la Unión. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0008.02/DOC_1&format=PDF.

⁷ Para la cuestión esencial de la regulación de la IA y su aplicación en el arbitraje internacional, *vid. infra.*, epígrafe IV. 2.

⁸ Contradicción, entre la preocupación y el optimismo, despertada por la IA, que ha sido puesta de relieve en varios trabajos sobre el particular aquí citados. Destacando que, en general, la tecnología no es buena ni mala, el problema reside en el uso que hagamos de la misma, *cf.*, I. Antón Juárez, “Marketplaces que personalizan precios a través del Big Data y de los Algoritmos: ¿Esta práctica es legal en atención al Derecho de la Competencia Europeo?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2021), Vol. 13, Nº 1, p. 42. Disponible en <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5951>.

⁹ Sobre la tecnología y su aplicación extrajudicial, los ODRs y la E-Justicia alternativa, *vid.*, M. GONZALO QUIROGA, “Covid-19, innovación y tecnología en la e-justicia alternativa: ¿algo hemos aprendido?” en F. Fariña Rivera *et al.* (coord.), *Reflexiones mediadoras en la post pandemia*, Santiago de Compostela, ed. CUEMYC/USC, 2022, pp. 184-206.

¹⁰ Riesgos puestos de manifiesto, a inicios del nuevo milenio, en uno de los primeros trabajos al respecto, donde la expansión del arbitraje privado internacional y el espectacular desarrollo de su autonomía había llevado a plantear los retos y límites del arbitraje internacional en relación con las normas imperativas y el orden público, *vid.* M. GONZALO QUIROGA, *Las normas imperativas y el orden público en el arbitraje privado internacional*, Tesis Doctoral, UCM, año 2000, disponible en <https://eprints.ucm.es/id/eprint/4807/1/T24965.pdf>, y *Orden público y arbitraje internacional en el marco de la globalización comercial*, Madrid, Dykinson, 2003.

¹¹ Sobre la banalización del arbitraje internacional, *vid.* B. Oppetit, *Théorie de l'arbitrage, Droit, Ethique, Société*, Paris, Presses Universitaires de France (Puf), 1998, 127, pp.

Tabla 1. Planteamiento y cuestiones de investigación dirigidas a analizar el uso de la IA en el arbitraje internacional.

Planteamiento	Cuestiones de investigación	Estudio (ubicación) y valoración crítica
Uso y utilidad de la IA en el arbitraje. Funcionamiento de la IA, formación y capacitación.	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Qué hay en la actualidad? ¿Qué plataformas de IA se emplean en el arbitraje internacional? • ¿Para qué se utilizan? • ¿Sabemos usarlas? ¿Conocemos su funcionamiento? ¿Estamos formados para ello? • ¿Cómo afecta la IA al rol de los árbitros en el arbitraje internacional? ¿Arbitrajes y árbitros formados y capaces en IA? 	<p>Epígrafes:</p> <ul style="list-style-type: none"> • III. 1. Parágrafo 13: Plataformas de IA utilizadas en el arbitraje internacional. • IV. 1. A). Reto tecnológico. Funcionamiento, capacitación y formación.
Validación y aceptación de la propia IA en el arbitraje 2.0.	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Nos fiamos? ¿Aceptamos el uso de la IA en el arbitraje internacional? ¿Estamos hoy preparados o preferimos esperar? • ¿Podría ser de utilidad establecer estándares y mecanismos para validar la calidad y confiabilidad de los sistemas de IA utilizados para que la IA sea ampliamente aceptada en el arbitraje internacional? 	<p>Epígrafes:</p> <ul style="list-style-type: none"> • IV. 1 C). Análisis y datos estadísticos. Para todo aquello que sea beneficioso en el uso de la IA en el arbitraje internacional sería importante garantizar que todas las partes involucradas en el arbitraje pudieran aceptar y confiar en el uso de la IA como parte del proceso arbitral. • IV.2. B). Protocolos o guías éticas.
Regulación de la IA en el arbitraje internacional.	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Qué normativa hay al respecto? ¿Regulación o descentralización? ¿Hay que regular la IA específicamente en el arbitraje internacional? ¿Hacer algo? • ¿Ámbito público o privado? ¿Guías éticas o protocolos de actuación? 	<p>Epígrafe IV. 2. Desafío normativo y propuestas.</p>
Ética profesional en el arbitraje internacional.	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Cuáles son los estándares éticos y profesionales que deben seguir los profesionales del arbitraje al utilizar IA? • ¿Cómo se asegura el cumplimiento de estos estándares éticos en el diseño y uso de sistemas de IA en el arbitraje? 	<p>Epígrafes:</p> <ul style="list-style-type: none"> • IV. 2. B) y C). • Transversalidad.
Confidencialidad del proceso arbitral, privacidad y protección de datos.	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Cómo se protegen los datos personales y comerciales utilizados? ¿Y aquellos de terceros? • ¿Se cumplen las normas legales y éticas de privacidad en la IA aplicada al arbitraje internacional? • ¿Cómo se obtienen los datos para alimentar la IA si la mayoría de los laudos arbitrales son confidenciales? 	<p>La utilización de la IA en el arbitraje requiere la recopilación y el análisis de una gran cantidad de datos, su alimentación, los sesgos y su privacidad y confidencialidad, con carácter especial en el arbitraje internacional, analizados en los epígrafes IV. 3. A), B), C), D) y E).</p>
Transparencia, sesgo y neutralidad en el arbitraje 2.0.	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Cómo podemos asegurarnos de que los algoritmos utilizados en un procedimiento de arbitraje para la toma de decisiones por los árbitros sean neutrales y no estén sesgados? • ¿Cómo se puede garantizar la transparencia en los procesos de toma de decisiones de la IA en el arbitraje? 	<p>Cuestiones, sobre la transparencia, el sesgo y la neutralidad en el arbitraje 2.0 en torno a los algoritmos que la sostienen tratadas en los epígrafes:</p> <ul style="list-style-type: none"> • IV. 3. A), B), C), D) y E) y • V. 3.

Planteamiento	Cuestiones de investigación	Estudio (ubicación) y valoración crítica
Responsabilidad en la toma de decisiones en un procedimiento arbitral basadas en la IA.	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Quién es responsable de tomar una decisión fundada en un algoritmo de IA? • ¿De qué manera se abordan los errores o las decisiones incorrectas? • ¿Cómo se determina la responsabilidad legal en caso de que las decisiones de la IA causen daños o perjuicios? 	Surgen, además, otras cuestiones sobre la responsabilidad en la toma de decisiones en un procedimiento arbitral basadas en la IA, examinadas en el epígrafe IV. 3. C).
Interpretación de la IA y el contexto cultural aplicados al arbitraje internacional 2.0.	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Cómo se aborda el desafío de asegurarse que la IA entienda y utilice adecuadamente las normas culturales y legales pertinentes en un determinado caso arbitral? 	Epígrafes: transversalidad. De forma transversal y conexas, los cuestionamientos anteriores despiertan planteamientos relativos a la interpretación y el contexto cultural aplicados al arbitraje internacional 2.0, ya que, aunque la IA utiliza algoritmos y datos para tomar decisiones, la interpretación de las leyes y de los contratos puede variar según el contexto cultural y legal aplicado a cada arbitraje determinado.
Eficiencia, neutralidad y calidad.	<ul style="list-style-type: none"> • ¿La implementación de la IA en el arbitraje internacional mejora la eficiencia y la imparcialidad del proceso arbitral? • ¿Cuestiones de eficacia, economía, tiempos y costes? • ¿Cuestiones de estrategia y valor en el arbitraje? 	Oportunidades para el arbitraje internacional analizadas en el epígrafe V.
Gestión documental y admisibilidad y validez legal de las pruebas generadas por sistemas de IA en un procedimiento arbitral.	<ul style="list-style-type: none"> • ¿IA en la gestión de documentos y presentación de pruebas en el arbitraje? • ¿Qué condiciones deben cumplirse para que los tribunales arbitrales reconozcan y apliquen evidencias y decisiones basadas en IA? • ¿IA y ODR? 	Epígrafe V. 2 y 3.

Fuente: elaboración propia (enero-junio 2023).

6. De momento, estas son solo algunas de las cuestiones que surgen al plantear la IA en el arbitraje internacional. Preguntas y preocupaciones que habrán de abordarse cuidadosamente a medida que se desarrolla y se adopta la tecnología derivada de la IA en los procedimientos de arbitraje. La claridad en los marcos legales, la transparencia en los algoritmos y modelos utilizados, así como la supervisión humana efectiva, son elementos clave para asegurar un uso responsable y efectivo de la IA en este contexto. Tenemos que ser capaces de aprovechar las extraordinarias oportunidades que nos brinda la IA en el arbitraje internacional, pero para garantizar la integridad, eficacia y justicia del proceso arbitral es crucial abordar estos desafíos a medida que avanza la tecnología y se desarrollan nuevas aplicaciones de IA. El planteamiento de estas cuestiones y sus correspondientes respuestas han dado lugar a clasificarlas en epígrafes diferenciados, en función de su resultado, entre las oportunidades y los desafíos de la IA en el arbitraje internacional, objeto de este trabajo.

II. Metodología

7. La inclusión de este apartado se justifica por haber sido la primera vez que se utiliza la propia IA como herramienta metodológica en el proceso de análisis e investigación. Así, como novedad, se ha empleado el uso de la IA para desarrollar este artículo científico. En concreto, se han utilizado los siste-

mas de IA más avanzados en este momento (Chat GPT de Open AI, versiones 3 y 4.0, Bing de Microsoft y Google). Para cada uno de los epígrafes se han realizado las mismas preguntas concretas, formuladas y reformuladas, en diferentes días y meses, analizando las respuestas que ofrecían, comprobándolas de forma veraz y dilucidando si estas pudieran ser de utilidad o meramente orientativas, como así ha sido, para nuestra investigación.

Sorprende que, desde el inicio de la investigación hasta el final, las respuestas a las mismas preguntas eran cada vez más precisas y sofisticadas. Para algunas de nuestras cuestiones los sistemas respondían, por ejemplo “*no encontré información específica sobre los desafíos en mis resultados de búsqueda. ¿Te gustaría que busque más información o te gustaría saber algo más?*” y, en aquellas en las que obteníamos una respuesta, estas han sido verificadas con las fuentes (solo Bing señala las fuentes) y contrastadas. Su utilidad no ha ido más allá, acreditándose, en todo caso, la originalidad del artículo en el estricto seguimiento de los estándares éticos y académicos más relevantes y de la cita adecuada de las fuentes utilizadas.

Consideramos que la IA todavía es incipiente en investigaciones científicas de este tipo, pero no cabe duda de que con el tiempo mejorará y quién sabe a dónde nos llevará. Su utilización también ha servido para corroborar las conclusiones alcanzadas en la investigación, experimentando en primera persona problemas similares a los que se enfrentará un árbitro o abogado en la aplicación de la IA a un arbitraje internacional en su versión 2.0.

8. En consonancia, la metodología empleada en este estudio parte de una observación analítica de distintas bases legislativas, documentales, bibliográficas y jurisprudenciales de laudos arbitrales, en IA y arbitraje internacional. La investigación se basa en la metodología cualitativa y cuantitativa sustentada en la técnica de formulación de preguntas de investigación, como las enunciadas en la tabla introductoria (Tabla 1) y la evaluación de diferentes datos estadísticos. Las cuestiones aquí planteadas condensan aspectos teóricos, temáticos, metodológicos y empíricos, constitutivos del eje transversal del proceso de indagación. Todo ello abordado desde un estricto rigor metodológico combinado con una cierta dosis de crítica, innovación y creatividad, plasmada tanto en los distintos epígrafes como en las propuestas aportadas y en la alegoría final.

9. Es claro que el objeto de esta investigación aborda cómo está afectando la IA al arbitraje internacional y cuáles son sus implicaciones legales y prácticas conforme a las principales oportunidades y desafíos que plantea la aplicación de la IA en la institución arbitral. Para ello se ha realizado una exhaustiva revisión de la doctrina, más bien escasa, existente sobre el tema en su aplicación concreta al arbitraje internacional. Más de utilidad, ha sido el estudio de fuentes generales sobre IA en diferentes ámbitos del Derecho y su intersección con el arbitraje internacional, analizando los avances más recientes en el campo y las diferentes perspectivas existentes. El marco teórico y conceptual ha adquirido aquí una relevancia fundamental al definir los conceptos claves y los principios fundamentales que subyacen en el uso de la IA en el arbitraje. Para el diseño de la investigación se han recopilado datos estadísticos sobre el uso de la IA en casos de arbitraje extraídos de las últimas encuestas en el sector¹². Y, además, se ha realizado un análisis comparativo de diferentes sistemas de IA utilizados en arbitraje y de la frecuencia con la que la IA es utilizada en el arbitraje internacional¹³.

10. De este modo, la producción de la información y el análisis de los datos obtenidos ha permitido elaborar una serie de relaciones conceptuales que han facultado la teorización y orientación de la investigación, explicada en cada uno de los epígrafes del texto, en los que se aborda cada una de las informaciones seleccionadas analizando, en cada caso, el estado de la cuestión actual para, desde un análisis crítico, intentar aportar respuestas y propuestas al respecto. Se ha tratado así de analizar la IA en el arbitraje internacional 2.0, desde las últimas innovaciones aplicadas de manera telemática y a través

¹² Vid. *infra*, epígrafe IV. 1. C) y IV. 3. D) y E), el análisis y los gráficos de elaboración propia a partir de las encuestas de *Queen Mary London University & Pinsent Masons, School of International Arbitration*. Disponible en Research - School of International Arbitration (qmul.ac.uk).

¹³ Vid., *infra*, gráfico número 1, epígrafe IV. 1. C).

de la IA, planteando sus oportunidades como herramienta para el arbitraje así cómo evidenciando sus retos y desafíos. Ello ha dado lugar a la elaboración de una tabla y cuatro gráficos de investigación. Para finalizar, las conclusiones y recomendaciones ofrecen los hallazgos más relevantes de la investigación, identificando las limitaciones de este estudio y algunas recomendaciones y propuestas prácticas a aplicar ante la urgencia que precisa dar respuestas a la irrupción de la IA en el arbitraje internacional.

III. Ámbito conceptual y referencial

1. Conceptos: inteligencia artificial y arbitraje 2.0

11. La IA comprende los programas informáticos que ejecutan operaciones similares a las de la mente humana, como el aprendizaje de máquinas o el razonamiento lógico, utilizados para resolver problemas o buscar soluciones más rápidas y eficientes¹⁴. Según las *Directrices para una Inteligencia Artificial fiable del Grupo de Expertos de Alto Nivel de la Comisión Europea*, parágrafo 144: “La IA es una disciplina científica que incluye varios enfoques y técnicas, como el aprendizaje automático (del que el aprendizaje profundo y el aprendizaje por refuerzo constituyen algunos ejemplos), el razonamiento automático (que incluye la planificación, programación, representación y razonamiento de conocimientos, búsqueda y optimización) y la robótica (que incluye el control, la percepción, sensores y accionadores así como la integración de todas las demás técnicas en sistemas ciberfísicos)”¹⁵. Una vez programada, la IA tiene capacidad de autoaprendizaje (*machine learning*) de aprender por sí misma, al igual que la inteligencia natural, lo que le proporciona un gran potencial¹⁶. Gracias a los avances de la IA se han desarrollado programas orientados a procesar grandes cantidades de información, lo que permite acceder a datos, ordenarlos y sistematizarlos de manera que puedan ser determinantes para la elaboración de estrategias legales y jurídicas. Estas herramientas de análisis y procesamiento de información pueden ser de gran utilidad en investigaciones y procesos de todo tipo, incluyendo, como no, los procedimientos arbitrales.

12. La versión digitalizada, modernizada y apoyada por la IA aplicada al arbitraje se ha dado en llamar Arbitraje 2.0. Término utilizado para describir la forma en que se utilizan eficazmente todos los recursos virtuales para perfeccionar un proceso de arbitraje. La IA ya está presente en el arbitraje internacional y es indudable que su actuación se intensificará en un futuro inmediato¹⁷. Como resultado del uso de la tecnología y de la IA en el arbitraje internacional, nos enfrentamos a nuevos desafíos y oportunidades en un arbitraje internacional 2.0. Actualmente, los sistemas de *software* avanzados, entre otras tareas, están ayudando en la revisión de documentos jurídicos y en la predicción de resultados y la gestión de casos. Y, se prevé que la llegada de una Inteligencia Artificial Fuerte (IAF), todavía más evolucionada en un futuro no muy lejano, podría permitir la aparición de árbitros y arbitrajes automatizados potencialmente capaces de resolver los litigios con mayor eficacia y eficiencia¹⁸.

¹⁴ Según la definición del *Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (RAE -ASALE)*, disponible en <https://dle.rae.es/inteligencia> (consultado el 11 de abril de 2023). *Vid.*, también, el *Proyecto LEIA: Lengua Española e Inteligencia Artificial*: Proyecto, concebido y liderado por la RAE que tiene como objetivo la defensa, proyección y buen uso de la lengua española en el mundo digital y, especialmente, en el ámbito de la IA y las tecnologías actuales, <https://www.rae.es/leia-lengua-espanola-e-inteligencia-artificial>. Además, *vid.*, los conceptos de IA de la *Enciclopedia de Filosofía de Stanford*. Disponible en <https://plato.stanford.edu/entries/artificial-intelligence/#Bib> (consultado el 11 de abril de 2023) y “Racionalidad e Inteligencia” de S. Russell de la División de Informática de la Universidad de California. Disponible en <https://people.eecs.berkeley.edu/~russell/papers/aij-cnt.pdf> (consultado el 12 de abril de 2023).

¹⁵ *Cf.*, Comisión Europea, Dirección General de Redes de Comunicación, Contenido y Tecnologías, *Directrices éticas para una IA fiable*, Oficina de Publicaciones, 2019. Disponible en <https://data.europa.eu/doi/10.2759/14078>, p. 48.

¹⁶ Sobre la IA, algoritmos, *Machine Learning* y *Deep learning*, *vid.*, I. ANTÓN JUÁREZ, “Marketplaces que personalizan precios a través del Big Data y de los Algoritmos ...”, *loc. cit.*, pp. 48-49. En especial, sobre *Machine Learning*, *cf.*, nota al pie núm. 36, p. 49.

¹⁷ Según A. Acevedo Rehbein, *Inteligencia artificial en el arbitraje internacional: de la predicción legal a los laudos emitidos por robots* | Garrigues, 19/02/2019 (Consultado el 27 de enero de 2023).

¹⁸ *Cf.*, E. MÉNDEZ ZAMORA, “La inteligencia artificial en el arbitraje internacional”, 13/06/2019, disponible en LexLatin | La inteligencia artificial en el arbitraje internacional (Consultada el 27 de enero de 2023).

13. En el arbitraje 2.0 destacan, entre otros, los programas de IA *Arbitrator Intelligence*¹⁹ y *Dispute Resolution Data*²⁰. Y, otros instrumentos legales más generales que también son de gran utilidad en procesos arbitrales, como *Luminance*²¹, *eBrevia*²², *Jurimetria*²³, *Judge Analytics*²⁴, *Arbilex*²⁵, etc. Estos programas resultan de gran ayuda y utilidad en los procedimientos arbitrales, tanto internos como internacionales, procesando la información de un modo tan rápido que ahorra mucho tiempo y trabajo en los arbitrajes. Ello, aplicado a este método extrajudicial de resolución de conflictos que tiene en la rapidez una de sus principales ventajas respecto a la justicia tradicional, incrementa en gran medida las prerrogativas atribuidas a la institución arbitral: economía y mayor celeridad, entre otras. La IA, además, a través de todas las plataformas enumeradas²⁶, producen resultados y proporcionan servicios que hasta hace poco distaban de estar disponibles y eran hasta inimaginables para muchos de nosotros.

2. Marco teórico

14. En la línea señalada, el marco teórico de la IA en el arbitraje internacional se centra en la aplicación de técnicas de informática sofisticada dirigidas a mejorar la eficiencia y la precisión en la toma de decisiones arbitrales y, en general, la eficiencia, la calidad y la transparencia del proceso arbitral. Su funcionamiento se basa en el uso y aplicación de programas o *software* creados gracias a algoritmos inteligentes, técnicas de aprendizaje automático y el procesamiento del lenguaje natural para mejorar una variedad de aspectos del proceso de arbitraje en todas sus fases: desde la provisión de fondos y el nombramiento de los árbitros, pasando por la sistematización, análisis y comprensión de todos los datos y documentos relacionados con un arbitraje que permitan elaborar mejores estrategias para cada caso; hasta la asistencia y ayuda para la presentación de las pruebas en el arbitraje, previsión y redacción del laudo, etc.

15. Ello, en teoría, proporciona a los árbitros la posibilidad de tomar decisiones más informadas y justas, basadas en una comprensión profunda de los hechos y las pruebas. Y, no sólo eso, sin llegar a cuestiones de fondo, la IA es una herramienta muy útil que también puede automatizar tareas comunes y muchas veces tediosas, como la revisión de documentos, la recopilación de datos, la asistencia a los

¹⁹ <https://arbitratorintelligence.com/> Al respecto, *vid.*, C.A. ROGERS, *Arbitrator Intelligence: From Intuition to Data in Arbitrator Appointments*. *New York Dispute Resolution Lawyer*, volumen 11 No.2 – 2018. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3113800, 11 de enero de 2019 (Consultado el 25 de abril de 2023).

²⁰ Disponible en <https://www.disputeresolutiondata.com/>. Programa de gran utilidad y aplicación no sólo en el arbitraje sino en cualquier método extrajudicial de resolución de conflictos, especialmente arbitraje y mediación, cuyos méritos han sido reconocidos específicamente en el arbitraje internacional, ya que, el 30 de marzo de 2017, *Global Arbitration Review* premió a *Dispute Resolution Data* como la “Mejor innovación de una persona u organización en el campo del arbitraje”. Para su consulta, *vid.*, http://datadog.nationbuilder.com/drd_wins_gar.

²¹ *Luminance* es una de las IA más avanzadas en el procesamiento de documentos legales y la optimización de las operaciones y entrega de valores en las empresas. Disponible en <https://www.luminance.com/>.

²² Programa de IA dirigido, entre otras soluciones, a transformar y ayudar en la revisión de los contratos y documentos legales. Disponible en <https://www.dfinsolutions.com/products/ebrevia>.

²³ *Jurimetria* es una plataforma creada por La Ley y Google España que permite a los profesionales del Derecho explorar y analizar datos, antes de difícil disponibilidad, que ayudan en la gestión y resolución de un caso concreto. Estos incluyen los detalles más pertinentes sobre un caso judicial en particular, su duración, la probabilidad de recurso, la trayectoria del juez que lleva el caso en otros asuntos similares llevados por el mismo magistrado y los precedentes jurídicos más relevantes sobre la materia. También proporciona información sobre los antecedentes de la contraparte y la argumentación utilizada por ambas partes en casos similares. Disponible en <https://jurimetria.laleynext.es/content/Inicio.aspx>.

²⁴ *Judge Analytics* proporciona un análisis de jurisprudencia conforme a las sentencias dictadas por los jueces de la Corte Suprema y otros Tribunales Superiores. Disponible en <https://www.manupatraft.com/Feature/Judge-Analytics-Law-Legal-Judgment-Ai.aspx>.

²⁵ IA para inversiones y finanzas. Disponible en <https://www.arbilex.co/>.

²⁶ Y algunas más que seguramente aparecerán antes de la publicación de este trabajo, dada la rapidez con la que nuevas compañías de IA están saliendo al mercado, ya que cada semana se crean en todo el mundo unas 10.000 herramientas nuevas de IA y sus previsiones para 2030 son todavía mayores, según datos estadísticos extraídos de Inteligencia artificial (IA) - Datos estadísticos | Statista (consultado en enero, febrero y mayo de 2023).

árbitros, abogados y partes, etc., en todo el proceso de arbitraje para resolver cuestiones incidentales o mejorar la presentación de un peritaje o caso a través de técnicas audiovisuales. Así, permite a los árbitros centrarse en cometidos más importantes y complejos, mejorando con ello la eficiencia del proceso de arbitraje. No hay que olvidar que la IA en sí misma no es positiva ni negativa. Sólo es una herramienta más que, bien utilizada, es y podría ser de gran ayuda para los procedimientos arbitrales. Sin embargo, para que este escenario sea del todo veraz, sostenible y justificable, las nuevas tecnologías deben superar ciertos obstáculos y desafíos, sistematizados a continuación, que podrían impedir su aplicación con éxito en el arbitraje internacional.

IV. Desafíos de la IA en el arbitraje internacional

16. El desarrollo de la IA en el arbitraje internacional plantea importantes retos o desafíos que se han de afrontar. Gran parte de ellos responden a los planteamientos y a las cuestiones de investigación (Tabla 1) entre las cuales destacan las relativas a la propia formación y capacitación en IA; a la regulación, la privacidad de los datos, su veracidad y los sesgos; la transparencia y el complicado equilibrio que ésta tiene con la confidencialidad propia de la institución arbitral, etc.

1. Desafío tecnológico

A) Funcionamiento, formación y capacitación

17. Ante las cuestiones de investigación relativas a si realmente los usuarios del arbitraje conocemos el funcionamiento de la IA y sabemos utilizar la tecnología a ella asociada, la respuesta viene de la mano de fomentar una capacitación y supervisión adecuada. Para que la IA se utilice con éxito en el arbitraje internacional es necesario que los profesionales involucrados (abogados, peritos, árbitros, etc.) reciban capacitación apropiada y obtengan una supervisión constante para garantizar la calidad y la ética del uso de esta tecnología. Una vez que sepamos usarla y conozcamos su funcionamiento podremos hacer uso de plataformas de IA de gran utilidad para el arbitraje internacional, reiteramos, en tareas tediosas de recopilación de información, periciales, audiencias, práctica de pruebas, nombramiento de árbitros, etc. Desafío que, por lo tanto, una vez superado, se convierte en una clara oportunidad y beneficio para el arbitraje²⁷. De ahí que, lo primero por lo que se debería abogar es por aumentar el conocimiento y la formación en estos sistemas.

18. En un mundo en que, al descargar cualquier aplicación o utilizar un *software*, lo primero que pregunta una máquina es si Vd. (humano) es un robot, conminándole a aceptar las cookies o diversas formas de admisión y registro, ante todo, hay que entender su funcionamiento, para después tratar de analizarlo y con ello si procede regularlo. Sería de mucha utilidad que todos los usuarios de la IA pudiésemos adquirir cierta cultura al respecto y tener cierta formación o capacitación básica para saber la información esencial de los sistemas que estamos utilizando o pretendemos usar y conocer a qué nos enfrentamos y los peligros que encierran. La capacidad de revelar el razonamiento interno por el que la IA ha llegado a la solución que nos ofrece en la pantalla realmente es uno de los campos en los que menos está desarrollado el *software*. Los sistemas generativos a través del lenguaje se basan en una aproximación, en un enfoque probabilístico. Es decir, el *software* lo que hace es, probabilísticamente según los datos con el que ha sido alimentado y el entrenamiento que ha recibido, proporcionar la respuesta. El sistema es predictivo²⁸. Una vez evidenciado este funcionamiento técnico básico,

²⁷ Vid. *infra*, epígrafe V: Oportunidades de la IA en el arbitraje internacional y, en concreto, la eficiencia, gestión de documentos y pruebas. Sobre las plataformas de IA más usadas en arbitraje internacional, *vid. supra.*: *Arbitrator Intelligence, Dispute Resolution Data, Luminance, eBrevia, Jurimetria, Jude Analytics, ArbiLex*, epígrafe III. 1, parágrafo 13.

²⁸ Procede a configurar “predecir” una palabra según lo que entiende que, por probabilidad, esa sea la palabra que más

si todo esto lo pasamos al arbitraje internacional, se generan varias de las cuestiones enunciadas en la primera tabla.

19. De hecho, todo está ocurriendo tan deprisa que es un terreno abonado para muchas oportunidades y cosas positivas, pero también para la falta de información. Es nuestra responsabilidad. Tendríamos todos que formarnos y capacitarnos. De ahí que, en general, para después poder ser aplicado al arbitraje internacional, se insista en un llamamiento a la responsabilidad y a la capacitación en IA. Hay que tener cierta cultura y formación también para los usuarios que utilizan estas soluciones para que sean conscientes de la (falta) de seguridad en la información y de los riesgos que ello entraña en cuestiones de privacidad y confidencialidad. Peligro de ataques más sofisticados y riesgo de ser también objeto de un fraude o de un ataque cibernético.

20. En definitiva, como punto de partida, el mayor reto de la IA en el arbitraje internacional somos nosotros mismos. Todos los implicados en el arbitraje: árbitros, instituciones arbitrales, académicos, peritos, juristas y usuarios del arbitraje, tenemos que entender cómo funciona la tecnología a fin de que nosotros mismos podamos determinar si las usamos como herramientas en un determinado procedimiento arbitral. Y, ello, hoy por hoy, se puede hacer perfectamente. De ahí que, otra propuesta de actuación en el arbitraje internacional sea la capacitación o formación en IA aplicada al arbitraje internacional. En la actualidad, todavía estamos en un escenario precario. En el futuro mejorará, pero ahí están los retos de la justicia -judicial y extrajudicial- y hemos de seguir con un gran control y responsabilidad al respecto con el objeto de mejorar y, si todo está garantizado, sin duda alguna poder utilizar esta magnífica herramienta que proporciona la IA en el arbitraje internacional.

B) Costes y sostenibilidad: economía y medioambiente

21. Otro desafío o reto tecnológico es el económico a fin de poder contar con los recursos necesarios para la IA en el arbitraje. Tener recursos especializados para entender este tipo de tecnología y conocer cómo utilizarlas, para saber *a posteriori* cómo regularlas, requiere de una inversión que lógicamente genera unos costes. No podemos obviar que la tecnología requiere un desembolso económico importante: adquisición de equipos y materiales, licenciamiento de *software*, de servidores, mantenimiento, etc. Costes que no son sólo económicos. La IA es altamente costosa, también, en energía, mantenimiento y emisiones. Existe, en la actualidad, un debate relativo a la sostenibilidad y el medioambiente asociado al auge de la IA que no se ha de descuidar. Aquí, enmarcado dentro de los retos tecnológicos y transversal al mismo, se aboga por un arbitraje verde, más ecológico y preocupado por conseguir procedimientos arbitrales más sostenibles y respetuosos con el medio ambiente.

22. La IA no es la única que ha impuesto un cambio de paradigma en la transformación de la práctica del arbitraje internacional. Otro de los cambios, asociado a este, apuesta por el desarrollo de arbitrajes más sostenibles y amigables con el ambiente. En este sentido, en el año 2019, se alzaron una de las primeras voces en el mundo del arbitraje internacional hacia arbitrajes más verdes, a través del *Green Pledge*²⁹. Iniciativa dirigida a evaluar el impacto de carbono de los arbitrajes internacionales con la finalidad de alentar a la práctica del arbitraje para que tomaran en consideración el medio ambiente en los procedimientos arbitrales que llevaran a cabo. En 2020, la *Campaña por Arbitrajes más Verdes*

cuadra dentro de la serie de cálculos que está efectuando, pero, obviamente, no razona, no nos dice más. Únicamente nos señala lo más probable. Igual que cuando se empieza a escribir en WhatsApp o en Gmail, que ofrece diversas palabras u opciones probables para que continúes, pues eso mismo pero llevado a una escala mucho mayor ocurre en el desarrollo de los sistemas de IA, al menos, por el momento.

²⁹ L. Greenwood, reconocida árbitra internacional especializada en controversias comerciales y de inversión en el sector energético, lidera el movimiento verde en el arbitraje. Sobre el particular, *vid.*, El liderazgo de Lucy Greenwood en la senda hacia arbitrajes más verdes - CAM Santiago (consultado el 22 de marzo de 2023) y sobre la Campaña para Arbitrajes más verdes *vid.*, Campaign for Greener Arbitrations.

(*Campaign for Greener Arbitrations*), proponía seis Protocolos de actuación – Los Protocolos Verdes³⁰- dirigidos a disminuir la huella de carbono en los arbitrajes, en los que se insertan algunas buenas prácticas para ello: incluyendo solicitar documentos electrónicos en lugar de impresos, evitando realizar viajes innecesarios, manteniendo comunicaciones electrónicas con las partes y considerando la posibilidad de realizar audiencias particulares a través de videoconferencias.

23. Como se puede observar, muchas de estas prácticas y algunas más modernas, todavía por descubrir y que podrían ser de gran ayuda para respetar al medio ambiente en los procedimientos de arbitraje internacionales, pueden encontrar un buen aliado en la propia IA. De ahí que, la sostenibilidad, lejos de considerarse un desafío para la práctica de la IA en el arbitraje, pudiera beneficiarse de la misma y mucho. En consecuencia, lo que inicialmente puede representar un reto para la práctica de la IA en el arbitraje internacional, conforma también una gran oportunidad. Dependiendo del buen uso o no que hagamos de la IA en los procedimientos arbitrales internacionales ello nos puede ayudar a conseguir arbitrajes más verdes y respetuosos con el planeta, acorde a las exigencias de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), agenda 2030³¹. Todo ello, en consonancia con los últimos tiempos donde la preocupación por el estado del medio ambiente y las consecuencias del cambio climático se ha extendido a los círculos del arbitraje internacional más responsable y comprometido.

C) Aceptación de las partes y confianza hacia la IA en el arbitraje: datos estadísticos

24. De nada serviría todo lo enunciado: capacitarse y formarse en IA, entender su funcionamiento, adquirir equipos especializados en IA para su empleo en el arbitraje internacional, sostenible y responsable con el medio ambiente, etc., sin la aceptación de las partes. La conformidad de la utilización de la IA en el procedimiento de arbitraje internacional, en el momento en que nos encontramos, puede encontrar cierta resistencia debido a la falta de confianza en la IA por las partes involucradas en el arbitraje. Todavía es algo nuevo, sin regular ni controlar y ello plantea un obstáculo esencial, el de la aceptación y confianza necesaria para la adopción de la IA en el arbitraje internacional. Las partes en un arbitraje deberían acreditar saber cómo funciona la IA para su caso en particular y aceptar que se utilice este tipo de tecnología.

25. De otro lado, en aquellos arbitrajes en ámbitos como el *Blockchain* o los *Smarts Contracts*, que prevean que la propia gestión de resolución de conflictos está automatizada, surge el miedo a esos “árbitros robots” y a la absoluta falta de confianza en las decisiones tomadas por máquinas en lugar de por seres humanos. Se originan aquí retos de todo tipo y cuestiones de responsabilidad. En la actualidad, prácticamente en los inicios de la Era de la IA, ¿Confiamos en ella? ¿Aceptamos hoy la utilización de la IA en el arbitraje internacional? ¿Estamos preparados para utilizar la IA o preferimos esperar? Para responder a estas cuestiones ha sido necesario realizar un gráfico general dirigido a comprobar si ya se está utilizando realmente la IA en el arbitraje internacional y si éste es ya, en consecuencia, un arbitraje 2.0. Y, en su caso, cómo se está usando la IA en el arbitraje ¿Estamos ya utilizando robots? ¿IA en el arbitraje? ¿Para qué la estamos usando?, etc.

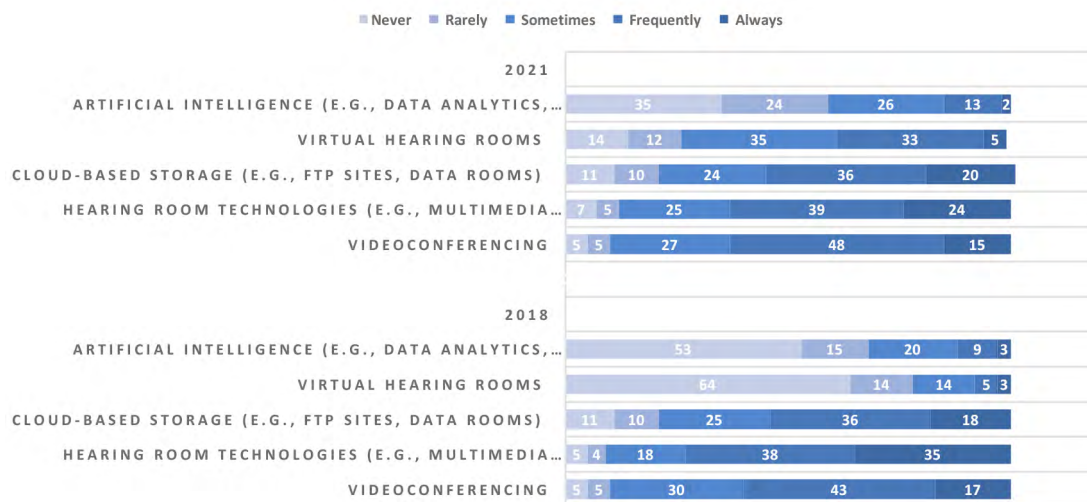
26. Al objeto de enfrentarse a una IA de un modo científico se ha de hacer con datos estadísticos. Para ello son de gran utilidad las encuestas al respecto, partiendo de que, hasta el momento, estas no están todo lo actualizadas que sería de desear. La irrupción de la IA es tan rápida que éstas se quedan anticuadas enseguida. Todas las encuestas que hay sobre el uso de la IA en el arbitraje van desde el 2018

³⁰ Para consultar los seis Protocolos Verdes: 1) Para procedimientos arbitrales y orden procesal verde modelo, 2) Para estudios de abogados, cámaras y proveedores de servicios legales que trabajan en arbitraje, 3) Para árbitros, 4) Para conferencias de arbitraje, 5) Para sedes de audiencias arbitrales y 6) Para Instituciones Arbitrales, y un Marco General, *vid.* Green protocols (greenerarbitrations.com).

³¹ En concreto, con el ODS número 13, dirigido a adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos. Sobre los Objetivos y Agenda 2030 tratado desde diferentes perspectivas, *vid.* AA.VV. en los Núms., 21 (2020) y 23 (2021), *Revista de Educación y Derecho*. Disponible en [Revista de Educación y Derecho \(ub.edu\)](http://Revista de Educación y Derecho (ub.edu)).

y llegan hasta 2021. Por lo tanto, no contemplan la irrupción de los últimos modelos de IA más revolucionarios a partir de 2023. No obstante, teniendo en cuenta este dato, para elaborar el gráfico siguiente se han seguido las encuestas más avanzadas, fiables y actualizadas de las que disponemos según aquellas proporcionadas por *Queen Mary London University & Pinset Masons, School of International Arbitration*, encuesta considerada como una de las más importantes en la comunidad arbitral internacional, si no la más. Con ello, se ha realizado un análisis comparativo según las respuestas encontradas a la siguiente pregunta (2018 y 2021): *How often have you used the following forms of information technology in an international arbitration?*³².

Gráfico 1. ¿Con qué frecuencia ha utilizado las siguientes formas de tecnología en un arbitraje internacional?



Fuente: elaboración propia (Análisis comparativo conforme a los datos extraídos de las encuestas realizadas por *Queen Mary London University & Pinset Masons*, años 2018-2021).

27. ¿Qué dicen las encuestas? Si comparamos la encuesta de 2018 con la de 2021 es evidente que ha habido un incremento considerable en el uso de las nuevas tecnologías en sólo tres años³³. Las tecnologías más maduras, con mayor frecuencia de uso -como la videoconferencia, multimedia, almacenamiento en la nube, etc.-, permanecen estables entre 2018 y 2021, debido a su alto grado de implantación; mientras que las más novedosas -salas virtuales de audiencias y uso de la inteligencia artificial- experimentan un notable incremento. En particular, el uso de la IA pasa de no ser utilizada “nunca” por un 53% de los encuestados en 2018 a solo el 35% en 2021, mientras que crecen los porcentajes de los que la han comenzado a explorar (del 15 al 24%), la usan ocasionalmente (del 20 al 26%) e, incluso, frecuentemente (del 9 al 13%). Gráficamente se observa el “oscurecimiento” en 2021 respecto a 2018 de las barras correspondientes al uso de la IA y las salas de audiencia virtual. Por tanto, se observa que en esos años en los que todavía no había irrumpido la gran revolución del ChatGPT, ya existía un aumento bastante sustantivo en productos y *software* de IA del mercado en el arbitraje internacional.

28. A pesar de este incremento sustancial del uso de la IA en el arbitraje internacional y de la previsión de que éste tendrá un crecimiento exponencial en los últimos años, todavía, sin embargo,

³² Cuestión que comenzó a ser planteada en el año 2018, con otros ítems distintos en el año 2019 (por lo que no ha podido ser considerada) y, reiterándose nuevamente en el 2021, sin contar con el 2020 en plena pandemia. Para ver las encuestas realizadas y los respectivos años enunciados, *vid.*, Research - School of International Arbitration (qmul.ac.uk).

³³ Y ello se ha disparado en 2023. De hecho, todos somos testigos del incremento exponencial del número de tecnologías en los últimos meses. Académicos, científicos, abogados, árbitros, etc., todos hemos recibido diversas llamadas y propuestas comerciales de distintos *softwares* de IA que prometen facilitarnos nuestro trabajo, y las hemos aceptado de forma casi invasiva en los últimos tiempos de un modo prácticamente inusitado en comparación con lo que hasta ahora habíamos experimentado.

también encontramos una fuerte resistencia al cambio. La adopción de la IA en el arbitraje internacional puede encontrarse con cierta intransigencia debido a las preocupaciones derivadas de la eliminación de la intervención humana en un procedimiento arbitral y el miedo a que la IA puede reemplazar a los profesionales del arbitraje y del derecho. La aceptación de la IA en este campo requerirá un enfoque gradual y la demostración de su utilidad y confiabilidad a través de casos de uso de IA en el arbitraje que hayan resultado exitosos. Pero, por el momento, está por ver. Sólo el tiempo nos dirá si este desafío se superará.

2. Desafío normativo: propuestas de regulación, control y protocolos de actuación

A) Marco general: ¿regulación o descentralización?

29. Existe un debate integral y sistémico entre la necesidad de regulación o no de la IA. De un lado, se observa una postura liberal antiestatal según la cual todo tendría que desarrollarse y evolucionar sin la intervención del Estado. De ahí que cuestionen si es realmente necesaria una regulación y aboguen por la descentralización y la autorregulación de la IA. Tendencia libertaria que parece ser que dista de ser tan general como pretende aparentar, sino que está más bien centrada en un sector concreto de la IA, referido a los contratos inteligentes o “*Smarts contracts*”, a las cadenas de bloques o *Blockchain*, y a las criptomonedas³⁴.

30. De otro lado, es una realidad que tanto la inteligencia natural como la artificial procesan la realidad a través de patrones de comportamiento y de parámetros. Las normas nos ofrecen no sólo un marco de actuación sino también proporcionan seguridad y confianza en un sistema. Desde esta perspectiva, la IA no puede quedar atrás. El marco legal, esencial para el desarrollo de una sociedad, también lo es para la evolución -adecuada- de la IA y ello desde una respuesta global auténticamente transnacional³⁵. Marco transnacional normativo que es exigido, incluso por los propios creadores de las empresas tecnológicas más desarrolladas en la actualidad en IA, conscientes de los peligros de esta³⁶.

Sólo una regulación normativa puede garantizar que la humanidad acceda a los múltiples beneficios que les puede proporcionar esta tecnología. De lo contrario, si no hay regulación, la amenaza es real³⁷. Precisamente, la originalidad, el desconocimiento, la actualidad y el desarrollo vertiginoso de esta materia, provoca la necesidad de un marco transnacional de regulación, como el más demandado, para

³⁴ Sobre el proceso de resolución de conflictos online, en el que se utiliza la tecnología descentralizada *Blockchain (BDRs)*, por el que las personas interaccionan con procesos automatizados (*Smart Contract* y *Smart Agreement*), a través de los cuales llegan a un consenso para finalizar el conflicto con un acuerdo en el ámbito del Ciberespacio o en el mundo real, *vid.*, T. Prieto Moraleda y J. De la Torre Hernández, *Bitcoin en la Justicia: DEIUS: Un Caso Práctico de Justicia Descentralizada*, ed. Amazon, 22 marzo 2023.

³⁵ Sobre la regulación y el análisis del marco jurídico de la IA, *vid.* M.J. GONZÁLEZ, “Regulación legal de la robótica y la inteligencia artificial: Retos de futuro. *Revista Jurídica de la Universidad de León*”, 2017, pp. 25-50. Disponible en Regulación legal de la robótica y la inteligencia artificial: retos de futuro/legal regulation of robotics and artificial intelligence: future challenges (researchgate.net), también, *vid.*, J. Lozano y J. Murillo, “Cómo se debe regular la inteligencia artificial”, 27 de octubre 2020, BBVA, disponible en Planes de trabajo de las autoridades regulatorias: transición ecológica y revolución digital (bbva.com) y J. VIDA FERNÁNDEZ, “La gobernanza de los riesgos digitales: desafíos y avances en la regulación de la inteligencia artificial”, *loc. cit.*, pp. 499-502.

³⁶ En la actualidad, entre las empresas tecnológicas más sobresalientes en el sector de la IA destacan, la ya mencionada, Chat GPT-4 y 3.5 de *OpenAI, Bard, Music LM* y *Phenaki* de Google, *VALL-E* de Microsoft y *Claude* de Anthropic, por nombrar sólo algunas de ellas. Todas reclaman una normativa, protocolo o marco regulador que les encauce en su desarrollo y evolución. Uno de los últimos en demandarlo ha sido Sam Altman, cofundador de OpenAI creador del ChatGPT, por el momento la variante más destacada y revolucionaria en este campo. Y lo hizo desde el propio Senado de EE. UU., donde compareció, el 17 de mayo de 2023, para exigir una actuación urgente y, a escala global, dirigida a regular la IA. Sólo de esa manera, según sus palabras, la IA podría ser beneficiosa. También, E. Musk, fundador de Tesla, SpaceX y Paypal, empresas que utilizan IA, ya venía advirtiendo desde 2020, que la IA es mucho más peligrosa que las armas nucleares. Aunque otros grandes de las industrias tecnológicas como Bill Gates y Mark Zuckerberg, opinan lo contrario, *vid.*, Confer “¿Qué es la Inteligencia Artificial y para qué sirve la IA?”, *Revista de Robots*, septiembre 1, 2020. Disponible en <https://revistaderobots.com/inteligencia-artificial/que-es-la-inteligencia-artificial/>, visitada el 08/06/2023.

³⁷ Altman señalaba: “*Mi peor miedo es que esta tecnología salga mal. Y si sale mal, puede salir muy mal*”, *ibid.* En general, sobre la regulación de la IA, los riesgos digitales, los desafíos y sus avances, *vid.*, J. Vida Fernández, *Ibidem*. pp. 489-503.

así dotar de seguridad jurídica que aclare y facilite el desarrollo -idóneo- de la propia IA. La exigencia de una regulación global es, pues, esencial.

Otra cosa es, cómo regularla: por la vía del *hard law*, conforme a la utilización de Tratados Internacionales específicos en la materia; mediante el *soft law*, a través de códigos de conducta; o por una vía intermedia, según la interpretación jurisprudencial teleológica de los tratados en vigor y una vía de estandarización de los principios informadores del *Global Law*, como catalizador de una respuesta mundial y auténticamente transnacional sobre una base consensual colectiva³⁸.

31. En la actualidad, la realidad es que, ante el desafío auténticamente internacional que representa la IA, no hay un regulador global. La complejidad de comprender este tema, que está cambiando a un ritmo sin precedentes, ha llevado a propuestas de regulación basadas en la creación de textos extensos con disposiciones de estrategia generales que permitan regular de manera preventiva no solo las tecnologías actuales sino también las futuras. La *Ley de Inteligencia Artificial*, propuesta por la Comisión Europea en abril 2021 y aprobada por el Parlamento Europeo el 11 de mayo de 2023, es un buen ejemplo de ello³⁹. Con cierta conexidad, el *Reglamento de mercados digitales: Reglamento UE 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2022 sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifica las directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1323*, ha introducido importantes novedades al respecto. En primer lugar, como primicia en el Derecho Internacional, hay que destacar que la regulación comunitaria ya considera a algunas plataformas como sistemas jurídicos propios. La transformación de una economía digital a una economía de plataformas (digitales) es ya una realidad, con sus contratos inteligentes específicos y con sus propios sistemas adecuados de solución de conflictos, que tienen también sus correspondientes sistemas de resolución de disputas en línea a través de los *ODR*.

32. De modo análogo, las históricas sanciones impuestas a Meta, el 24 de mayo de 2023, han marcado un punto de inflexión en cuanto a los datos que alimentan la tecnología y la IA, reactivando, además, la necesidad de abogar por una mayor necesidad de armonización normativa realmente transnacional que aporte una cierta claridad y una mejor delimitación de las reglas de juego⁴⁰. Reglas que proporcionen seguridad jurídica tanto a las empresas que invierten y desarrollan el sector de la IA, como a los usuarios de esta: personas físicas, Estados y personas jurídicas. De ahí que, insistimos, el primer punto sería entender cómo funciona esta tecnología y así poder regularla de forma eficaz y adecuada.

B) Regulación pública e iniciativas de autorregulación privadas: propuestas de protocolos o guías éticas en IA

33. A expensas de una regulación internacional sobre la IA y su aplicación en el marco legal, hemos sido testigos de varios intentos de autorregulación que vienen desde distintos ámbitos y sectores,

³⁸ Sobre la regulación de la IA para frenar los riesgos y desafíos y las distintas opciones de hacerlo: La vía convencional uniformadora a través de Tratados internacionales (*Hard Law*); La vía armonizadora a través de códigos de conducta (*Soft Law*) y la vía intermedia, *vid.*, D. García San José, “Implicaciones jurídicas y bioéticas de la Inteligencia Artificial (IA). Especial consideración al marco normativo internacional”, *op. cit.*, pp. 264-270.

³⁹ *Id. cit.*, disponible en https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0008.02/DOC_1&format=PDF.

⁴⁰ El 24 de mayo de 2023, la *Autoridad Europea de Protección de Datos*, a través de la *Comisión de Protección de Datos de Irlanda (DPC)*, emitió una decisión histórica, sancionando a pagar 1.200 millones de euros a uno de los mayores gigantes tecnológicos: Meta (matriz de Facebook). Por el momento, la multa es la mayor sanción a una compañía tecnológica impuesta jamás, después de los 746 millones de euros que el Tribunal de Luxemburgo impuso a Amazon en 2021. Además de la elevada cuantía económica, la sanción contiene dos obligaciones adicionales. La primera, Meta tiene cinco meses para “suspender cualquier futura transferencia de datos desde Europa a los Estados Unidos”. La segunda, en seis meses tiene que haber finalizado con el procesado de datos y haber borrado el almacenamiento y la información de cualquier ciudadano europeo, *vid.* Sentencia del Tribunal General (Sala Quinta ampliada) de 24 de mayo de 2023. *Meta Platforms Ireland Ltd, anciennement Facebook Ireland Ltd* contra Comisión Europea, Artículos 18, apartado 3, y 24, apartado 1, letra d), del Reglamento (CE) n.º 1/2003, Asunto T-451/20. Identificador Europeo de Jurisprudencia: ECLI:EU: T: 2023:276. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62020TJ0451&qid=1685022081358>.

públicos y privados. De un lado, por parte del sector público, además de la referida *Ley europea de IA*; en marzo de 2023, la *Agencia Italiana de Protección de Datos* bloqueó temporalmente la utilización de ChatGPT hasta comprobar si realmente incumplía el *Reglamento General de Protección de Datos europeo* y las normas de privacidad europea⁴¹. A modo de prohibición, también, el grupo de ética tecnológica *Center for Artificial Intelligence and Digital Policy* (CAID) ha solicitado oficialmente a la Comisión Federal de Comercio de EE.UU que impida que OpenAi emita nuevos lanzamientos comerciales del chatbot, a la vez que ha presentado una queja ante el regulador estadounidense, en la que acusa al GPT-4 de violar “*la ley federal de protección al consumidor*” argumentando, además, que sus respuestas y actuaciones son parciales, engañosas y ponen en riesgo la privacidad y la seguridad pública.

34. Las iniciativas privadas tampoco se han hecho esperar. Desde el sector privado, ya hay estudios jurídicos y despachos de abogados, la mayoría especializados en arbitraje internacional o con un departamento específico de arbitraje, que en el cumplimiento de su objetivo de pretender ofrecer los mejores servicios a sus clientes siempre teniendo en cuenta las mejores herramientas, abogan para que ello no se haga a cualquier precio ni efecto, cuestionando aquí el uso de la IA para el cumplimiento de sus objetivos. De ahí que, en algunos de estos despachos, con una tendencia que se prevé en aumento, hayan realizado determinados protocolos o guías “éticas” dirigidas a ordenar la utilización adecuada de las herramientas proporcionadas por la IA. Herramientas que, no cabe duda, bien utilizadas son de gran ayuda, pero que, por el momento, no resultan tan fiables como sería de desear.

35. En este sentido, por ejemplo, hay ya varios despachos que han aprobado protocolos o guías éticas internas sobre el uso de los sistemas de IA generativa para que abogados, árbitros y profesionales de la organización lo tengan en cuenta. Los principios de esta guía de actuación, a grandes rasgos, tratan varios puntos en relación con la IA.

- En primer lugar, se advierte de no utilizar los textos generativos por IA (por ejemplo, ChatGPT, Bing, etc.) en el asesoramiento a clientes de forma directa.
- La segunda recomendación interna, recuerda que los textos generados por IA no revelan las fuentes de modo concreto ni fiable. Por lo tanto, pueden ser inexactos y pueden ser obtenidos mediante vulneración de protección de datos. Es decir que, en segundo lugar, el funcionamiento interno del Despacho debería abstenerse de utilizar la IA para la generación de textos. Si acaso, sólo para su consulta y, esto último, con cautela y tras una comprobación y verificación adicional, ya que no se puede precisar las fuentes fielmente.
- En tercer lugar, es de importancia esencial no introducir bajo ningún concepto los datos confidenciales de ninguno de los clientes.

Y así, con algunas recomendaciones más para garantizar una deontología mínima en el uso de la IA en los despachos, para que todos los usuarios del arbitraje y de otros *ADRs* y *ODRs*, salgamos ganando y podamos lograr ese equilibrio entre el uso de las tecnologías, el adecuado uso de estas herramientas y la garantía de los procedimientos arbitrales y de la seguridad de los árbitros, abogados y, como no, de todos los usuarios del arbitraje⁴².

⁴¹ En efecto, sumándose a la lista de países que han prohibido, total o parcialmente, la IA: Rusia, China, Irán, Corea del Norte, Venezuela y Bielorrusia; Italia prohibió, con carácter provisional, el uso de ChatGPT en su territorio, por una posible violación de las regulaciones de protección de datos de la Unión Europea (GDPR) por parte de referida herramienta de IA. Prohibición que afectó al resto de países miembros quienes también se preguntan si sería recomendable la prohibición hasta que se tenga una certeza mayor del funcionamiento y uso de esta herramienta. Sobre la prohibición, *vid.*, el comunicado emitido por *Il Garante per la Protezione dei Dati Personali* (GPDR), iel 30 de marzo de 2023. Disponible en: *Provvedimento del 30 marzo 2023* [9870832] - *Garante Privacy* (gdpd.it), consultado el 03 de abril de 2023.

⁴² También, en un ámbito más doméstico, grandes empresas españolas ya prohíben a sus empleados el uso de IA, porque “contiene información errónea”: *Vid.*, <https://www.elmundo.es/economia/empresas/2023/05/21/64679873e4d4d863428b45a9.html>, consultado el 21 de marzo de 2023.

36. Obviamente, las guías o protocolos de actuación, tanto públicas como privadas, irán modificándose conforme tengamos un conocimiento mayor de los diferentes tipos de *software* o plataformas de IA, pero consideramos que sería bueno, conveniente y hasta deseable que todos los usuarios del arbitraje y del derecho, en general, seamos los que adoptemos todas las precauciones necesarias para, precisamente y gracias a ello, poder beneficiarnos de la gran ayuda que estas plataformas de IA nos pueden aportar.

C) ¿Regulación de la IA en el arbitraje Internacional?: planteamiento y propuestas de solución

37. Ante el dilema entre la necesidad de control y regulación de la IA y la propia libertad que implica el procedimiento arbitral, se establece un diálogo entre la regulación y los usuarios del arbitraje que hay que abordar desde el sector concreto del arbitraje internacional. Por el momento, como hemos visto, lo único que tenemos en el horizonte normativo internacional es la *Ley de Inteligencia Artificial* para 2024. No cabe duda de que ésta contiene interesantes aspectos que han de ser tenidos muy en cuenta en el Derecho Internacional Privado (DIPr) y en su forma de gestión o resolución adecuada de conflictos a través del arbitraje internacional⁴³. Además, el Reglamento contiene una especie de mecanismo de riesgos en función de los peligros que supone una determinada tecnología para la salud, la seguridad y los derechos fundamentales. Básicamente, bajo este mecanismo, que es la piedra angular de la ley de la IA europea, hay cuatro niveles de riesgos: 1. Inaceptable. 2. Alto. 3. Limitado y 4. Mínimo. En función del factor de riesgo en una determinada tecnología se establecen diferentes niveles de prohibiciones. Según los niveles indicados; o esta tecnología está prohibida en su aplicación a todos - prohibición *all together*-; o permitida sujeta a ciertas directrices y requisitos; o, por último, permitida sin restricción⁴⁴.

38. Revisando la norma comunitaria de IA, desde el punto de vista del arbitraje internacional, llama la atención que su clasificación en cuanto a los niveles de riesgo es muy parecida a lo que ya hay en las *Directrices sobre conflictos de intereses en el arbitraje internacional* de la *Asociación Internacional de Abogados – International Bar Association-* (IBA)⁴⁵. Curiosamente, el *Reglamento de IA* actúa igual aquí que antes ya lo hiciera la IBA para los conflictos arbitrales. Las Directrices IBA vienen ya clasificando, desde 2014, potenciales conflictos de interés en función de la gravedad y de los riesgos que supone para la independencia e imparcialidad de los árbitros. De ahí que, aquí se defienda que perfectamente estas Directrices se podrían replicar para el uso de la IA en el arbitraje internacional.

39. Tras esta propuesta, no se puede obviar que, por el momento, ante la ausencia de una norma internacional sobre IA y la ausencia, también, de una regulación marco sobre el uso de la IA en el arbitraje internacional y conscientes de que la generación de una norma en este sentido pueda tardar, se apuesta por que las primeras respuestas llegarán a través de normas especiales propuestas por Instituciones arbitrales y organismos internacionales (IBA y la propia UNCITRAL, entre otros). Pero, mientras tanto, hay que hacer algo. No podemos quedarnos con los brazos cruzados. La IA tiene un gran poder y ello conlleva una gran responsabilidad por parte de la institución arbitral. Las exigencias de control y de regulación han de venir también desde el arbitraje internacional.

⁴³ Como se ha enunciado, su aplicación es genérica y general, basada en un texto extenso con disposiciones de estrategia amplias que permitan reglar tecnologías existentes y aquellas futuras que todavía no existen. Factor éste que, sin cuestionar sus indudables méritos, al ser el primer intento de regulación de la materia con carácter transfronterizo e internacional, se prevé que será una fuente de problemas, porque, como es sabido, cuando más amplia y general es una norma más margen hay para la interpretación y cuanta más interpretación más lugar hay para disputas.

⁴⁴ Características y riesgos que fueron analizados en las *II Jornadas sobre Derecho Privado y nuevas tecnologías*, celebradas en la Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, el 31/03/2023.

⁴⁵ *Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional*, adoptadas por acuerdo del Consejo de la IBA el jueves 23 de octubre de 2014, disponibles en: <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=59C60328-61F3-4F0A-9A92-78F4F67C1C50>. *International Bar Association*, disponible en <https://www.ibanet.org/>.

D) Autonomía de la voluntad e IA en el convenio arbitral

40. Como propuesta adicional no se encuentra inconveniente a que en el mismo convenio arbitral se pueda pactar cómo, cuándo y en qué medida se usa la IA. Y todo ello, además, se puede contemplar en cualquier momento en el marco de la negociación que, de otro lado, es la esencia de todo *ADR*, *MASC* y *ODR*. Como suele pasar cuando se aprehenden ambos conceptos, tanto la IA como el propio arbitraje internacional, es más fácil encontrar respuestas. Estas suelen venir de la esencia de las propias instituciones con las que se trabaja. En este caso, de la esencia misma del arbitraje y de su naturaleza, basada en la autonomía de la voluntad y en la libertad de pactos. Así, a nuevos problemas, por tecnológicos que sean, se propone aplicar soluciones sustanciales, invariables en esencia. La IA sólo es una herramienta más, pero los principios básicos de la institución arbitral permanecen inalterables. La autonomía de la voluntad del arbitraje nos ofrece una respuesta con la que lidiar ante la IA. De momento, hasta que no se desarrolle más, mejor regularla con responsabilidad e individualmente en cada convenio arbitral y contrato. Se apela, pues, por la autonomía de la voluntad y libertad de pactos.

41. De ahí que, en primer lugar, se propone hacer constar la voluntad para decidir si queremos o no utilizar la IA y precisar ésta pormenorizadamente. Ello lo podemos plasmar tanto en el convenio arbitral como en el contrato. En el caso en que la controversia surja de convenios arbitrales “antiguos” – que se presume serán la mayoría ya que hasta hace nada la cuestión de la IA era inimaginable y, por ende, no se suele contemplar- se podría apelar, incluso a través de Directrices de la UNCITRAL y de la propia IBA, a la negociación. El estado actual de la situación así lo requiere. Negociar en el propio convenio arbitral, o en el propio contrato o cláusula compromisoria, si en una controversia específica se quiere o no usar la IA; y, en su caso, cuál querríamos emplear (detallarla), cómo y cuándo, estipulando los límites y las condiciones. Es decir, precisar y utilizar la IA como una herramienta más. Inteligencia natural aliada con la IA a través de la negociación del contrato y/o del convenio arbitral.

42. En definitiva, de momento, y desde un escenario todavía precario en cuanto a un marco regulador general de la IA en el arbitraje internacional, se defiende la calma ante la precipitación de la propia IA y que, en cada caso y en cada controversia, se recurra a pactar entre las partes cuestiones específicas sobre el uso de la IA. Y, ello porque, hoy por hoy, si hacemos una legislación específica sobre IA en arbitraje internacional, mañana va a resultar obsoleta. De manera que, en el ámbito del arbitraje internacional no apremia tanto realizar, con carácter de urgencia una regulación específica sobre IA. Deberíamos esperar a que se desarrolle un poco más. Mientras tanto, bajo el imperio de la autonomía de la voluntad, el acuerdo y el pacto que rige todo *ADR* y *ODR*, en particular, el arbitraje, es posible, y hasta aconsejable, pactar específicamente en cada caso el uso de las herramientas de IA que queramos usar en cada procedimiento arbitral, el cómo y cuándo poder hacerlo e, incluso, la prohibición de la IA en el procedimiento. Vaya donde vaya el arbitraje, de la mano o no de la IA, no podemos permitirnos el lujo de olvidar sus orígenes. Y el origen del arbitraje no es otro que la autonomía de la voluntad.

3. Datos: privacidad, transparencia y confidencialidad

43. Los datos es la base de la que se alimenta una IA. El cuestionamiento sobre los mismos es común a todos los ámbitos. Los titulares de los datos ¿han dado su consentimiento? ¿Ese consentimiento es consciente? ¿Es transparente? ¿De dónde vienen los datos de los que se nutre la IA? ¿Son fiables? ¿Cuál es el volumen y variedad de datos mínimo para que una IA pueda funcionar de forma eficiente y eficaz? En función de su fiabilidad y veracidad así será la respuesta que van a dar. Aquí se analizará la confianza y privacidad de estos y su cuestionamiento específico en el arbitraje internacional. La confidencialidad del proceso arbitral, la privacidad y la protección de datos, ya que la utilización de la IA en el arbitraje requiere la recopilación y el análisis de una gran cantidad de datos. ¿Cómo se protegen los datos personales y comerciales utilizados? ¿Y aquellos de terceros? ¿Se cumplen las normas legales y

éticas de privacidad en la IA aplicada al arbitraje internacional? ¿Cómo se obtienen datos para alimentar la IA si la mayoría de los laudos arbitrales son confidenciales?

Cuestiones, también, que versan sobre la transparencia y neutralidad en el arbitraje 2.0 en torno a los algoritmos que la sostienen ¿cómo podemos asegurarnos de que los algoritmos utilizados en un arbitraje para la toma de decisiones por los árbitros sean neutrales y no estén sesgados? ¿Cómo se puede garantizar la transparencia en los procesos de toma de decisiones de la IA? De aquí, surgen otras cuestiones sobre la responsabilidad en la toma de decisiones en un procedimiento arbitral basadas en la IA: ¿Quién es responsable de tomar una decisión procurada por un algoritmo de IA? ¿De qué manera se abordan los errores o las decisiones incorrectas? ¿Cómo se determina la responsabilidad legal en caso de que las decisiones de la IA causen daños o perjuicios?

A) Privacidad

44. El mayor riesgo en cuanto a la privacidad de los datos es utilizarlos sin saber el riesgo que existe. Usarlos, no sólo cuando consientes en el tratamiento y uso de tus propios datos sino cuando, sin saberlo, también puedes estar prestando un consentimiento que afecta a terceros. Riesgo, consciente o inconsciente, por el que se pueda estar proporcionando información confidencial, *know-how*, secretos comerciales, datos sensibles, consentidos o no consentidos, etc. Todo ello de gran importancia de cara a su tratamiento posterior en una institución como la arbitral que tiene en su discreción, neutralidad, privacidad, transparencia, confidencialidad y en el prestigio de su reputación, sus principales valores. Existe el riesgo de poder tener una filtración de datos, propios y de terceros, y que el usuario no sea ni siquiera consciente al no saber muy bien cómo funciona el *software* que está manejando. En realidad, este riesgo existe y puede ocurrir con cualquier sistema tecnológico, pero los sistemas de IA son todavía más opacos y oscuros⁴⁶. Proporcionan, además, una falsa sensación de seguridad en la que el usuario puede tener la impresión de que no está pasando nada de información o que aquella no puede salir del sistema, pero sí que sale⁴⁷.

45. Volviendo a los sistemas de IA ahora más en boga basados en el lenguaje predictivo que aprenden y se alimentan de todo lo que los usuarios les proporcionan, se ha constatado que existe la posibilidad real de que estos podrían acceder a información confidencial y nutrirse de lo que no debieran. De manera que, un tercero puede llegar a obtener esa información, incluso del modo más inocente, sin que en principio se pueda deducir la mala fe o el tráfico de datos. De ahí que, ya se haya evidenciado que en general para que después esta IA pueda ser aplicada de forma fiable y eficiente en el arbitraje internacional se haga un llamamiento a la responsabilidad, formación y capacitación en nuevas tecnologías e IA en el arbitraje. Hay que tener cierta cultura básica al respecto, también para que los usuarios que precisan de soluciones de IA sean conscientes de los riesgos existentes en cuanto a seguridad, privacidad, confidencialidad, sesgos y riesgos de ser objeto de ataques o fraudes cibernéticos. El uso de la IA implica el procesamiento de grandes cantidades de datos, que pueden ser confidenciales, lo que puede plantear preocupaciones sobre la privacidad y la confidencialidad de la información sensible utilizada en los procedimientos arbitrales. Es así crucial garantizar la privacidad y la seguridad de estos datos para evitar violaciones y proteger la confidencialidad de las partes involucradas en el arbitraje.

46. Otro de los obstáculos deriva de un enfoque distinto en cuanto a la privacidad de los datos aplicados al arbitraje. Se piensa, por ejemplo, en desarrollar un sistema de *software* que sea capaz de predecir o de determinar el laudo, o los riesgos o ejecución de un procedimiento arbitral y ser capaz de

⁴⁶ Sobre la opacidad de la IA, *cf.*, D. García San José, “Implicaciones jurídicas y bioéticas de la Inteligencia Artificial (IA)...”, *loc. cit.*, p. 263.

⁴⁷ La sanción impuesta a Meta se debe precisamente a ello. Se ha probado que han transferido datos que, en principio, habían garantizado que no saldrían de Europa y han acabado en servidores de Estados Unidos. De hecho, el borrado de esos datos ha sido una de las exigencias impuestas por la sanción además de la multa, *vid. supra.*, nota al pie núm. 39.

llegar a una conclusión. El sistema tendría, para cada uno de los casos planteados, que alimentarse de datos veraces, cuantiosos y válidos sobre el tema que esté tratando. Pero, por la propia naturaleza de los procedimientos arbitrales, la mayoría de esta información es confidencial de manera que no podrá alimentar al *software* que pretenda nutrirse de la misma para dar soluciones precisas en el arbitraje internacional. Dada la confidencialidad que impregna toda la institución arbitral, la alimentación de casos arbitrales que encuentra el *software* de IA es muy limitada. De ahí que, en el caso en que pueda proporcionar ciertas soluciones replicables, estas no son fiables. Desde la perspectiva tecnológica, la privacidad y confidencialidad de los datos presenta aquí un importante obstáculo que se encuentra por ello muy limitada para poder entrenarse y con ello desarrollar soluciones reales, veraces y fiables en el arbitraje.

B) Neutralidad, discriminación y sesgo

47. Absolutamente todos los sistemas de IA se entrenan. Hay que entrenarlos para que se desarrollen y lleguen a ofrecer respuestas para todo aquello en lo que han sido adiestrados. Sin entrar ahora en cómo conseguimos esos datos para entrenar al sistema y qué ocurriría si esos datos son confidenciales o afectan a terceros que no han dado su consentimiento sobre dichos datos o, incluso, a la creación de una red de tráfico de datos o compraventa ilegal de los mismos⁴⁸, nos centramos en la cuestión aquí esencial. Supongamos que ya tenemos los datos para entrenar una IA útil para el arbitraje internacional (por ejemplo, con los datos de todos los árbitros disponibles en distintos sectores especializados; datos de jurisprudencia arbitral y laudos; datos sobre peritajes en procedimientos de arbitrajes internacionales; datos sobre procedimientos arbitrales en distintos sectores; etc.). A continuación, el sistema operativo de la IA tendría que entrenarlos, en primer lugar, para poder generar las respuestas esperadas y que esta IA sea una herramienta de utilidad. Pero ¿qué ocurre si estos datos están sesgados y, por lo tanto, producen algún tipo de discriminación?

El sesgo es algo propio de todos -humanos e IA-. Por tanto, es muy probable que los datos puedan contener sesgos, errores y omisiones (deliberadas o no). A veces, determinados datos son silenciados y otros sobrerrepresentados, llevando a hacer prevalecer algún punto de vista, consciente o inconscientemente, interesado. Con estos datos, claro está, las respuestas de estos sistemas de IA también van a contener estos sesgos, estos errores y, en consecuencia, esta discriminación⁴⁹. Fallos que, algunas veces podrán ser detectados y otras veces no. De ahí la importancia de los sistemas de revisión y control “por parte humana”. Control que, insistimos, tendría que ser neutral, garantizado y permanente⁵⁰.

48. En el arbitraje internacional, además, hay una falta de datos estructurados. Para entrenar y utilizar eficazmente los algoritmos de IA se requiere una cantidad suficiente de datos sistematizados y relevantes. Sin embargo, en el arbitraje los datos pueden estar dispersos, desorganizados y en diferentes formatos, lo que dificulta su aprovechamiento por parte de los sistemas de IA. A ello hay que sumar la falta de contexto y juicio humano, dado que, a pesar de las capacidades analíticas de la IA, al carecer del juicio humano y del conocimiento contextual y cultural, que a menudo son necesarios en el arbitraje internacional, sus respuestas distan de poder llenar estas lagunas de importancia esencial a la hora de resolver una controversia. De ahí que, algunas decisiones requerirán una evaluación más amplia y un enfoque más flexible que la IA puede tener dificultades para proporcionar. A ello hay que sumar que, aunque se espera que la IA minimice los sesgos humanos, los algoritmos también pueden estar sujetos a sesgos inherentes a los datos con los que se entrenan. Esto puede dar lugar a decisiones sesgadas o discriminatorias, lo que plantea preocupaciones éticas y legales. Así, la IA aplicada al arbitraje internacional nos enfrenta con cuestiones de ética. La parcialidad, la discriminación algorítmica o el acceso

⁴⁸ Cuestiones, algunas de ellas, que serán tratadas en el epígrafe IV. 3. D).

⁴⁹ Discriminación algorítmica evidenciada por, J. Gerards y R. Xenidis: “Algorithmic discrimination in Europe: Challenges and Opportunities for EU equality law”, *European Futures*, 3 December 2020. Disponible en: <https://www.europeanfutures.ed.ac.uk/algorithmic-discrimination-in-europe-challenges-and-opportunities-for-eu-equa>.

⁵⁰ Necesidad de control y revisión permanente “por una parte humana” a la que aludía Altman en el citado discurso ante el Congreso estadounidense en mayo de 2023, *vid. supra*, nota al pie núm. 36.

indebido a la información confidencial origina una importante problemática junto al uso de algoritmos y el análisis de datos. Para garantizar que el uso de la IA en el arbitraje internacional sea ético y legal se vuelve a reivindicar como esencial el establecimiento de normas y mecanismos de control.

49. Ahora bien ¿el sesgo algorítmico es algo propio de IA o está relacionado con el tratamiento de los datos per se? Al final un algoritmo entrena con datos y aprende de los datos que le proporcionan. El sesgo está en los propios datos porque no olvidemos que los datos los facilitan los humanos y éstos también tienen sesgos. Dicho de otro modo, el sesgo de la inteligencia natural (humana) es lo que provoca, en principio, el sesgo de la IA y, sólo después, la IA por sí misma (*machine learning*) genera sesgos.

Algunos ejemplos de sesgos algorítmicos han sido detectados por empresas como Amazon que utilizaba un algoritmo para contratar empleados y se observó que debido a ciertos sesgos en su base de datos tenía cierta tendencia a favorecer a los hombres, perjudicando con ello a la contratación de mujeres y agravando así la desigualdad al introducir este sesgo de género⁵¹. La IA no hace más que replicar a la propia sociedad y los sistemas operativos no hacen más que evidenciar los sesgos humanos. Factor que, aplicado en sentido contrario, podría ser utilizado positivamente para mejorar y eliminar estos sesgos (género, raza, religión, creencias políticas, etc.) que, sin embargo, son prácticamente imposibles de eliminar en el género humano, donde el sesgo forma parte de su propia identidad. De ahí que, una vez detectado y corregido el sesgo de género, la IA podría ser beneficiosa para el desarrollo hacia una mejor sociedad. Y es aquí, donde los propios creadores de la IA evidencian las ventajas y beneficios que ésta nos podría proporcionar, instando, una vez más, por su control y permanente revisión.

50. Hay un riesgo adicional en el caso de los algoritmos y es que si los datos están sesgados los algoritmos tienden a magnificarlos. Ello es cierto por el propio mecanismo de los algoritmos ya que estos acaban aprendiendo de sus propias decisiones. Entonces, si aprenden soluciones que están sesgadas dicho sesgo se retroalimenta y todo ello se magnifica en el propio sistema operativo. Ello, obviamente es un desafío para la veracidad de los datos. Hay un cierto riesgo, entonces, de si no hay control potenciar y magnificar los sesgos porque los sistemas de IA están vivos. De modo que los medios basados en la inteligencia o en el lenguaje natural han compartido ya información sesgada, falsa y obsoleta, pero lo hacen con tal autoridad que parece que es verdad. De ahí que tengamos que ser muy escépticos con las respuestas que nos dan.

51. Tampoco conocemos ciertamente las fuentes, no sabemos de dónde ha salido la información que pretendemos manejar como herramienta y ésta ha podido alimentada por un tercero, de forma maliciosa o fraudulenta, para que parezca real y no lo es. La prudencia se impone como necesaria una vez más.

52. En definitiva, la información ofrecida por IA, si bien en principio puede ser utilizada en un procedimiento judicial o arbitral, no deja de ser una vista previa que ha de ser tratada con mucha cautela. Estos sistemas, aunque tengan una apariencia de autoridad, todavía se están desarrollando. Su información no es, de momento, totalmente veraz, robusta, fiable y seria. Todavía se están entrenando. Pero, de otro lado, cuánto más los utilicemos más datos los irán alimentando. Si hoy, que todavía se está entrenando y lo que estamos conociendo no es más que una vista previa de algo que, a la velocidad de crucero

⁵¹ Curiosamente el sesgo de género es de los más frecuentes en los sistemas operativos, pero ¿acaso no lo es en la sociedad? De igual manera, el sesgo racial también ha dado lugar a varias situaciones de discriminación provocadas por la IA. Otro ejemplo, en este caso de sesgo racial, derivó del propio sistema de *hardware* de Estados Unidos que tenía un algoritmo que utilizaba en los hospitales para predecir qué pacientes necesitarían más asistencia técnica. También aquí se observó que tenía sesgos y favorecía enormemente a la población de raza blanca. Hay múltiples ejemplos que evidencian el sesgo en la inteligencia humana -natural- es trasladado, consciente o inconscientemente, a la IA. Sobre el particular, *vid.*, M. RIVAS VALLEJO, “Sesgos de género en el uso de inteligencia artificial para la gestión de las relaciones laborales: análisis desde el derecho antidiscriminatorio”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, 2022, vol. VII, Nº. 1, DOI: <https://doi.org/10.12795/e-RIPS.2022.i01.04>. Y el trabajo realizado al respecto desde una perspectiva de género, causa y consecuencia de la integración de la autora en el Grupo de Investigación y Proyecto FEMGEN: Grupo de Investigación de Alto rendimiento en Género y Feminismo de la URJC (2022-2025), dirigido por la Dra. Laura Nuño Gómez, al que también se encuentra adscrita la presente publicación.

que va, promete que en un futuro será capaz de mostrar datos muchos más fiables, podemos imaginar a nivel mundial lo que ocurrirá en un futuro no muy lejano⁵². No obstante, todavía hay que tener mucho cuidado con estos sistemas. Si un árbitro se plantea utilizar una herramienta de IA para solucionar todos o ciertos aspectos del procedimiento arbitral, existe el riesgo de que la decisión que tome basada, total o parcialmente, en los parámetros de los *inputs* con lo que se haya entrenado este sistema, también contenga sesgos y errores. De ahí que, la información que obtengamos en los arbitrajes a través de un sistema de IA siempre tiene que ser comprobada y analizada con cautela, control y responsabilidad.

C) Responsabilidad

53. Es de aventurar que el sector de las nuevas tecnologías y de la IA sea uno en los que se vean más cambios y discusiones en cuestiones de responsabilidad. Se plantean aquí diversas cuestiones sobre la responsabilidad derivada del uso de las nuevas tecnologías y de la IA en el arbitraje internacional. ¿Quién es responsable en caso de errores o decisiones incorrectas realizadas por sistemas de IA en el arbitraje internacional? ¿Cómo se asigna la responsabilidad en un entorno donde intervienen tanto humanos como algoritmos de IA? En los próximos años, es probable que los cambios regulatorios, que inevitablemente van a llegar tarde o temprano, puedan afectar negativamente los intereses de alguna empresa. Y, aunque por el momento no se conoce ningún caso, es de prever que el uso de la IA y las cuestiones derivadas de la responsabilidad de su utilización pueden suscitar ciertas controversias en dos tipos de disputas muy habituales en el arbitraje internacional: aquellas sometidas a los arbitrajes de inversión bajo los *Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones* (APPRI); y las controversias entre inversores extranjeros y Estados soberanos bajo los tratados de inversión.

54. La práctica totalidad de los tratados de inversión, bilaterales o no, cubren la propiedad intelectual e incluyen este tipo de activos como parte de los más protegidos en su definición. Es muy probable que alguna de estas empresas acabe por ampararse en los APPRI para hacer valer sus derechos y proteger sus inversiones ante un Estado soberano. Pongamos el caso, referido anteriormente, donde uno de los reguladores del Estado italiano suspendió durante un mes la actividad de una empresa de IA, en concreto aquí la del ChatGPT, mientras investigaba si ésta vulneraba su normativa local sobre protección de datos⁵³. Una medida de prohibición de este tipo, prolongada en el tiempo, podría perfectamente considerarse como una violación del principio del trato justo y equitativo de los tratados e incluso -si se mantuviera temporalmente- podría disminuir e incluso anular totalmente el valor que estaba garantizado por esa inversión con la consecuente reclamación por responsabilidad contractual e incumplimiento del Tratado de inversión al Estado, obligándole a restituir el valor total de la inversión.

55. Se advierte, también, que las reformas de la regulación sobre Protección de Datos, que van a estar muy relacionadas con la IA y con las nuevas tecnologías, pueden afectar de manera retroactiva a la legalidad de ciertas inversiones y ello también podría dar lugar a violaciones de los estándares de protección. Podrían surgir, además, reclamaciones de responsabilidad contra los Estados por no garantizar la ciberseguridad de las inversiones extranjeras y haber permitido la filtración de datos. En virtud de la cláusula de protección de seguridad de algunos tratados se podría plantear una reclamación de esta índole.

56. De hecho, ya tenemos ejemplos de ello con otras tecnologías. En 2016, en Colombia, la empresa de taxis *Cotech S.A.* interpuso una demanda en contra de *Uber Technologies Inc.* y *Uber Colombia S.A.S.* por actos de competencia desleal. Proceso que finalizó el 20 de diciembre de 2019, mediante una sentencia que declaró que las empresas demandadas habrían cometido actos de competencia desleal por desviación de clientela y ordenando el cese inmediato de la aplicación Uber y de sus servicios en el territorio colombiano. No obstante, tan sólo diez días después Uber remitió al Estado colombiano

⁵² Se prevé que esto sea como internet y en el futuro su colonización a escala mundial es más que previsible.

⁵³ *Vid. supra*, nota al pie núm. 40.

un *Notice of Dispute*, invocando la aplicación de la cláusula de resolución de controversias incluida en el Tratado de Libre Comercio (TLC) entre Colombia – EE. UU., para intentar llegar a un acuerdo amigable con el gobierno colombiano. Si en seis meses no se llegaba a un acuerdo satisfactorio para ambos, Uber amenazaba con iniciar un arbitraje de inversiones para reclamar los cerca de 250 millones de dólares que estimaba en daños y perjuicios. Finalmente, el acuerdo fue cerrado en tiempo récord⁵⁴.

57. Se están facilitando sólo algunos ejemplos de lo que podría ocurrir, pero todavía no hay nada sobre la mesa. Lo que está claro es que la combinación entre IA, la proliferación de nuevas tecnologías y la falta de regulación, es un campo minado para futuras controversias incluyendo disputas contra Estados soberanos. El campo controversial está garantizado. Se habrá de estar aquí muy atentos a las regulaciones normativas sobre prevención de riesgos digitales, responsabilidad civil y protección de datos y a la doctrina especializada en este campo⁵⁵. Es un tema apasionante del que seguro seguirán los casos y las investigaciones en los sucesivos años. Además, estas disputas sobre IA se pueden producir por cualquiera de los temas aquí tratados: por sesgos, por falta de transparencia, por responsabilidad: ¿de quién es la responsabilidad en el caso de que ocurra algo, del que desarrolla la IA, del que la utiliza? Hay también distintos agentes que están alrededor del uso de este tipo de tecnologías y ¿sobre quién recaen las responsabilidades?

58. Aparece aquí de nuevo una fuerte conexión entre la tradición y la innovación proyectada en el arbitraje. Desde esta perspectiva, resulta hasta poético que la IA nos vaya a traer al arbitraje internacional disputas de instituciones tradicionales de derecho civil como la responsabilidad civil objetiva o subjetiva. Se va a abrir aquí una posibilidad muy interesante de controversias sobre la determinación de la responsabilidad civil por daños derivados de *software* de IA, teniéndose que establecer un marco de responsabilidad, objetiva/subjetiva en relación de causalidad. En este sentido, se ha visto como el *Reglamento de IA* ya esboza algo con su catalogación de los riesgos, estableciendo una responsabilidad civil objetiva con riesgo alto para los operadores de los sistemas de IA que se entienda que por su propia operación comportan un riesgo para los derechos fundamentales de las personas; y, sin embargo, en el ámbito de menor riesgo, podemos hablar de riesgo medio, como por ejemplo para la conducción automatizada inteligente⁵⁶; o riesgos mínimos para la IA en los videojuegos etc., Se establece así un sistema más tradicional, un sistema de responsabilidad civil subjetiva en el que jugarán los factores de la diligencia debida, análisis de fuerza mayor, etc. También en el contexto del DIPr y del arbitraje de inversión se darán más casos dado que seguramente van a haber ordenamientos jurídicos que adoptarán enfoques diferentes a la regulación de la IA, con los conflictos realmente internacionales que previsiblemente ello generará.

D) Confidencialidad: análisis y estadísticas

59. Es insoslayable, la confidencialidad es uno de los activos más importantes por el que las partes deciden recurrir a arbitraje. Los usuarios de la institución arbitral lo son principalmente por las ventajas que ésta ofrece respecto al orden jurisdiccional destacando, entre ellas, la confidencialidad⁵⁷. Si

⁵⁴ Sobre el particular, *vid.*, ¿Uber derrotado? La nueva carrera de Uber en el arbitraje de inversiones - Enfoque Derecho | El Portal de Actualidad Jurídica de THÉMIS, y *Global Arbitration Review*. *Uber threatens Colombia with treaty claim over ban*, 10 de enero de 2020, disponible en <https://globalarbitrationreview.com/article/1212835/uber-threatens-colombia-with-treaty-claim-over-ban>.

⁵⁵ Por el momento, *vid.*, entre otras, las aportaciones de A. GASTÓN MARCEN, “El Reglamento general de Protección de Datos como modelo de las recientes propuestas de legislación digital europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2021), Vol. 13, Nº 2, pp. 209-232, DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6256>.

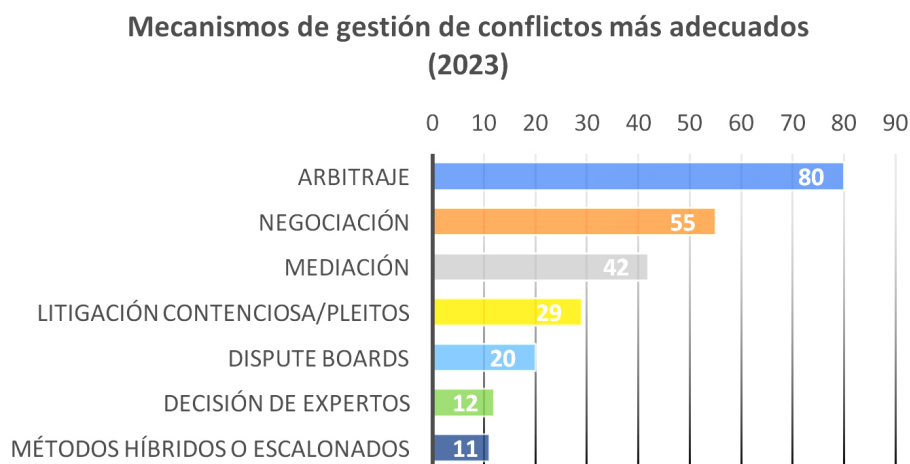
⁵⁶ *Vid.*, al respecto, el trabajo de M^a. C. NUÑEZ ZORRILLA, “Hacia un marco legal europeo uniforme en la prevención de los riesgos y de la responsabilidad civil en el ámbito de la conducción automatizada inteligente”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2023), Vol. 15, Nº 1, pp. 689-723, DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2023.7558>.

⁵⁷ Todos los que tenemos algún contacto con la práctica del arbitraje, abogados, árbitros, y expertos, lo corroboramos, la confidencialidad es esencial en la práctica arbitral. Sobre el particular, *vid.*, M. Gonzalo Quiroga y K. Barriga Villavicencio, “El acuerdo de confidencialidad en el arbitraje”, *Tipología contractual de los mecanismos alternativos de solución de conflictos*,

nos atenemos a uno de los últimos datos estadísticos relativos a este respecto, la confidencialidad sigue siendo un valor en alza en todos los *ADR* y, de manera muy especial, en el arbitraje. Así lo corroboran la gran mayoría de sus usuarios en cualquier sector o ámbito (arbitraje de inversión, energía, comunicación y telecomunicación, construcción, empresas, comercial, etc.).

60. Prueba de ello, las prestigiosas encuestas sobre distintos sectores del arbitraje y diversos temas de actualidad en arbitraje internacional que *Queen Mary University & Pinset Masons* viene realizando desde 2006⁵⁸. En éstas, se constata que, desde sus inicios, el arbitraje sigue siendo considerado el *ADR* más adecuado para gestionar los conflictos en todos los sectores analizados a lo largo de estos años y no tiene intención de abandonar el pódium sobre el resto de los *MASC* analizados. Así se demuestra en la última encuesta de 2022, publicada en enero de 2023⁵⁹, referida al sector energético, igualmente trasladable a las anteriores encuestas en los diferentes sectores en los años precedentes. La cuestión planteada es la siguiente: El Arbitraje sigue siendo unos de los instrumentos más favorecidos para resolver disputas frente a otras formas de gestión de conflictos. ¿Qué mecanismos son los más adecuados para resolver las controversias en este sector?⁶⁰.

Gráfico 2. ¿Cuáles son los mecanismos de gestión de conflictos más adecuados para resolver las controversias?



Fuente: elaboración propia conforme a los datos de la encuesta 2022 *Energy Arbitration Survey* (enero 2023) de *Queen Mary University & Pinset Masons*.

61. A continuación, destaca entre los encuestados, que la confidencialidad es una de las características más valoradas del arbitraje internacional, siendo la cuarta característica mejor considerada por encima de la rapidez con la que se resuelven las disputas; de la elección del lugar del arbitraje; de la flexibilidad en la gestión del caso; de la disponibilidad de medidas provisionales y cautelares; de la elección de la normativa aplicable al procedimiento arbitral; de la elección de árbitros y de la diversidad de candidatos a árbitros; y por encima, también, del compromiso con arbitrajes “más verdes”. Todo ello confirma que la confidencialidad es una de las características más importantes en el arbitraje internacional, de ahí que se deba

EN A. SÁNCHEZ GARCÍA et al. (coord.), *Tipología contractual de los mecanismos alternativos de solución de conflictos*, México, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 113-137.

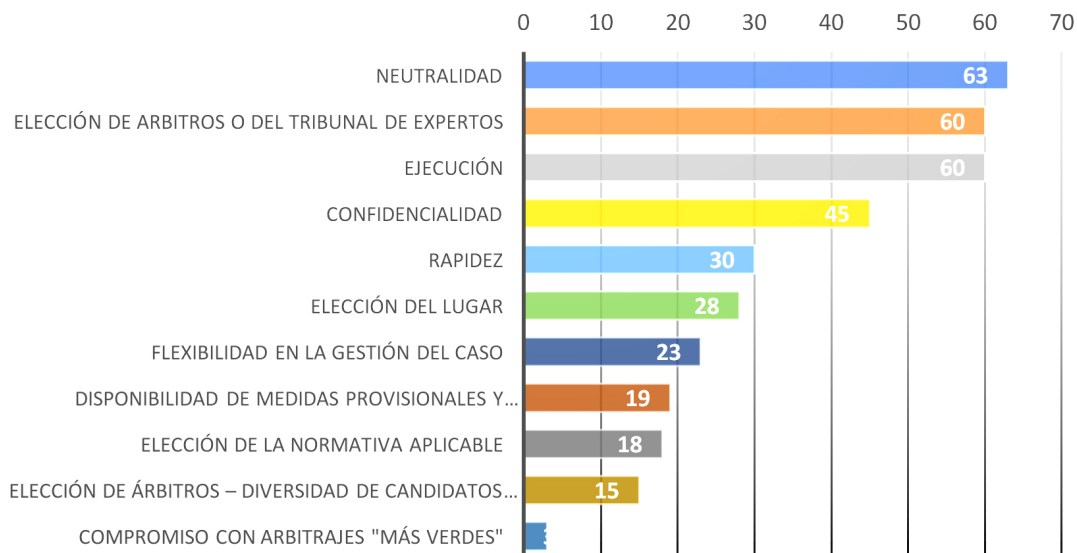
⁵⁸ Las trece encuestas anteriores que ha venido elaborando anualmente la Escuela de Arbitraje Internacional (SIA) y su importante base de datos al respecto, así lo confirman, *vid.* Investigación - Escuela de Arbitraje Internacional (qmul.ac.uk).

⁵⁹ Sobre el Arbitraje en el sector de la energía, *vid.*, 2022 *Energy Arbitration Survey*, disponible en 2022 *Energy Arbitration Survey* - School of International Arbitration (qmul.ac.uk); <https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/Future-of-International-Energy-Arbitration-Survey-Report.pdf>, consultada el 07 de mayo de 2023.

⁶⁰ *Id. cit.* p. 27.

respetar ya que es una de las razones o ventajas más decisorias por la que al final sus usuarios lo eligen. La importancia que se da a la confidencialidad de los datos es incuestionable en el arbitraje internacional⁶¹.

Gráfico 3. ¿Qué características del arbitraje internacional son las más importantes para resolver disputas?



Fuente: elaboración propia, traducción y datos conforme a la encuesta 2022 *Energy Arbitration Survey* (enero 2023). *Id. cit.*, pregunta 30 de la encuesta, p. 30.

62. Una primera aproximación a esta cuestión podría aventurar que la confidencialidad junto a la clásica opacidad de los datos en el arbitraje internacional supone un importante obstáculo para el futuro-presente de la IA en este campo. En efecto, la opacidad en los *ADR* y *ODR*, derivada de su esencia confidencial, supone un desafío importante para la IA. No hay que olvidar que la base de la que se nutre dicha inteligencia son los datos, pero ¿qué supondría la confidencialidad y, por tanto, la ausencia de datos, en la generación de una IA fiable en el arbitraje cuya esencia y razón de ser es, para muchos operadores, la confidencialidad? Entonces, ¿de dónde vienen los datos que han alimentado la IA y, en ese caso, por qué estos datos son más válidos que otros que ha desconocido u obviado? Esta característica o desafío esencial derivado de la naturaleza confidencial de los *ADR* no sólo es aplicable al arbitraje internacional, sino que sería igualmente adaptable a cualquier otro método extrajudicial de solución de conflictos, como la negociación, *Dispute Boards*, mediación, etc.

63. En este sentido, hay que distinguir la clásica confidencialidad de los laudos arbitrales típicamente comerciales de aquellos de inversión, procedentes del *Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones* (CIADI o *ICSIC*, por sus siglas en inglés) que sí son publicados⁶². Ello daría lugar a una distinción en plataformas *ADRS* o cuestiones al respecto generadas por IA en la que sólo se obtendrían respuestas fiables de aquellos laudos CIADI/*ICSIC*. Los datos obtenidos por IA del resto de laudos comerciales internacionales no serían confiables porque no está garantizada la transparencia y autenticidad de sus fuentes. Y, además, en el caso de que lo estuviera, ello entraría en contradicción con el arbitraje en cuestión y la garantía de confidencialidad para las partes con las que éste se realizó.

⁶¹ Se insiste en que, si bien en este caso la encuesta aplica para aquellas disputas relacionadas con la energía, en un previo análisis detallado se ha comprobado que respuestas muy similares han sido referidas para el resto de los arbitrajes comerciales y de inversión analizados desde el 2006 con este mismo parámetro (arbitrajes internacionales de construcción, empresariales, en el sector de la telecomunicación, etc.).

⁶² La publicación de los casos del CIADI se encuentra disponible en: <https://icsid.worldbank.org/es/cases/search-cases>, junto a sus estadísticas: <https://icsid.worldbank.org/es/recursos/publicaciones/la-carga-de-casos-del-ciadi-estadisticas>.

De otro lado, si bien, en la actualidad, instituciones internacionales como la UNCITRAL están llamando a la transparencia y publicación de los laudos arbitrales internacionales, lo cierto es que, por el momento, la mayoría de los laudos comerciales internacionales no son publicados y se encuentran protegidos por el principio de confidencialidad, a riesgo de nulidad del propio procedimiento arbitral si este no es respetado. Así, el debate entre la transparencia y la confidencialidad que abre la vía a la publicación anónima de los procedimientos y laudos arbitrales internacionales, no sólo de inversión sino también comerciales, vuelva a estar de plena actualidad debido a la IA⁶³.

64. Ahora bien, en 2019, la *Cámara de Comercio Internacional* (CCI) dio un importante paso hacia la transparencia *en pro* de la publicación de sus laudos. Tras la actualización de la *Nota* emitida, el 20 de diciembre de 2018, por la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI sobre la conducción del arbitraje de conformidad con el *Reglamento de Arbitraje de la CCI* (párrafos 41 a 46), se estableció que, a partir del 1 de enero de 2019, los laudos arbitrales emitidos por la CCI conforme a su Reglamento podrán publicarse. Las partes tienen la posibilidad de oponerse a su publicación, o exigir que se anonimice o se utilicen seudónimos en todo o en parte del texto, en cuyo caso, el laudo no será publicado o, podrá hacerse de manera anónima o utilizándose seudónimos con respecto a los datos personales incluidos en el laudo y en el texto, conforme a los *Reglamentos de Protección de Datos* aplicables⁶⁴. En aquellos casos protegidos por un acuerdo específico de confidencialidad que cubra ciertos aspectos del arbitraje o del laudo, éste no podrá publicarse ni siquiera con seudónimos. Para su publicación se estará al consentimiento específico de las partes.

No obstante, la propia *Nota* permite una excepción o vía de exclusión. El sistema *Opt-out*, mediante el cual, las partes que en un arbitraje CCI deseen mantener la confidencialidad son autónomas para decidir si desean autorizar la publicación de su laudo o no. Lo habrían de hacer, eso sí, antes del periodo de publicación de dos años tras la notificación del laudo por parte de la Secretaría y así comunicarlo expresamente a la misma Secretaría. En ausencia de cualquier comunicación, el laudo (total o parcial) podrá ser publicado, así como las opiniones divergentes. En general, todo ello persigue una mayor transparencia y una mejoría en la calidad de los laudos CCI⁶⁵.

E) Transparencia

65. La transparencia en el arbitraje internacional, en su relación con la confidencialidad y la IA, no sólo se ha de abordar en cuanto a la publicidad de los laudos arbitrales (y con ello de paso procurar la mejor alimentación de la IA como herramienta a aplicar en el arbitraje) sino también en cuanto a que, incluso con las mejores intenciones, pudiésemos provocar el efecto contrario. Es decir, la falta de transparencia. Y es que, a menudo, los sistemas de IA son cajas negras de las que resulta difícil comprender cómo llegan a ciertas conclusiones. Esto puede generar desafíos en cuanto a la transparencia de las decisiones tomadas con la ayuda de la IA. Los algoritmos que se utilizan en la IA suelen ser complejos

⁶³ Sobre el particular, *vid.*, Y. Febles Pozo, “El debate está servido. La transparencia en los laudos arbitrales. Un tribunal de apelación o un tribunal internacional de inversiones”, *RDUNED. Revista de derecho UNED*, Nº. 30, 2022, pp. 403-474.

⁶⁴ *Vid.*, A. SANCHEZ PEDREÑO, Un paso más en transparencia: Publicidad de laudos arbitrales en la CCI, disponible en Un paso más en transparencia: Publicidad de laudos arbitrales en la CCI - Antonio Sánchez Pedreño (arbitro.eu), viernes, 12 abril, 2019, consultado el 13 de mayo de 2023.

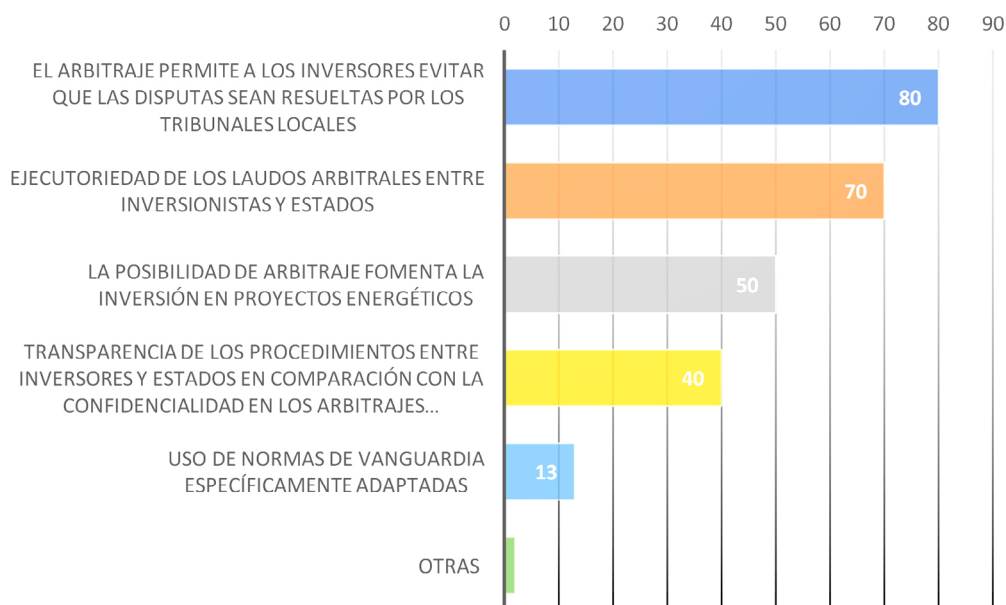
⁶⁵ Transparencia a través de la publicación de todos los laudos arbitrales internacionales, no sólo los de inversión. A ello se refirió D. Fernández Arroyo (2022, septiembre) en Roma, en la conferencia de clausura de la 9th edition of the *Certificate in International Commercial and Investment Arbitration*, organized by Roma Tre University and the Italian Association for Arbitration (AIA) in partnership with the ICC International Court of Arbitration and the Milan Chamber of Arbitration (CAM), 29/09/22: También, se ha trabajado con algunas publicaciones que fueron esenciales para el análisis e investigación de los laudos arbitrales, destacando las de Y. Derains, uno de los primeros en “levantar el velo arbitral”, publicando los laudos de la CCI, *vid.*, *Jurisprudencia arbitral de la Cámara de Comercio Internacional*, Madrid, Fundación Española de Arbitraje, “Public Policy and the Law Applicable to the Dispute in International Arbitration”, *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, Nueva York, 6-9 de mayo de 1986, I.C.C.A. *Congress series* nº 3, 1986, pp. 227-257. Y la interesante y actualizada base de datos sobre jurisprudencia de arbitraje internacional: casos de arbitrajes comerciales: *International Arbitration Case Law (IACL)*, disponible en la página web (internationalarbitrationcaselaw.com).

y difíciles de entender, lo que dificulta la transparencia y la rendición de cuentas. Para que las partes y los árbitros tengan confianza en el proceso deben comprender cómo se toman las decisiones y cómo se llegan a los resultados. Además, los casos de arbitraje internacional suelen involucrar aspectos legales, comerciales, técnicos y hasta culturales, altamente complejos, por lo que la IA puede enfrentar dificultades para comprender y analizar adecuadamente la totalidad de los problemas presentes en estos casos, especialmente cuando se requiere un razonamiento legal sofisticado. Se impone aquí una alta dosis de cautela. El debate entre confidencialidad y transparencia exige hoy ser actualizado bajo el prisma de la utilización de la IA como herramienta.

66. Si bien, en las encuestas analizadas hasta el momento, la confidencialidad era defendida como un activo esencial del arbitraje internacional, de nuevo se ha de hacer notar que, en la mayoría de estas estadísticas, anteriores a 2023, todavía no había entrado la IA con la fuerza con la que lo ha hecho en los últimos meses y, de ahí, que todavía no tengamos una valoración clara de su repercusión real en el arbitraje internacional.

De hecho, en la última encuesta disponible de 2022, ya se ha enunciado que, al igual que en los años anteriores la confidencialidad es altamente valorada en el arbitraje internacional; pero se hace una interesante puntualización en el sector energético en cuanto a la transparencia para el Estado inversor. En ella, se indica claramente la preferencia, de un 40% de los encuestados, por la transparencia de los procedimientos entre inversores y Estados en comparación con la confidencialidad en los arbitrajes comerciales. Así, al preguntar cuáles serían las ventajas que los inversores-Estados aprecian más del arbitraje para resolver controversias (en el sector energético) el 40% responde que valora la transparencia de los procedimientos entre inversores y Estados en comparación con la confidencialidad en los arbitrajes comerciales⁶⁶.

Gráfico 4. ¿Cuáles son las ventajas del arbitraje inversor-Estado como mecanismo para resolver disputas?



Fuente: elaboración propia, traducción y datos conforme a la encuesta 2022 *Energy Arbitration Survey* (enero 2023).

67. Otra cuestión en el diálogo entre transparencia y confidencialidad -al considerar a ésta última como una de las mayores amenazas que tiene el sistema arbitral a la hora de poder disponer de herramientas de IA veraces, fiables, sin sesgos y, por tanto, realmente útiles, eficaces y eficientes- es

⁶⁶ *Id. cit.* cuestión 40 de la encuesta, p. 39.

que, sin perjuicio de la tendencia actual que hay hacia la transparencia (auspiciada principalmente en el contexto de arbitraje de inversión pero también seguida en arbitraje comercial, propulsada por las numerosas iniciativas que se están haciendo por la gran mayoría de las instituciones arbitrales para dar más transparencia a los laudos arbitrales) es cierto que ello sigue entrando en contradicción con uno de los principios esenciales del arbitraje y su carácter confidencial. Actuación que, a través de la propia retroalimentación de la IA, podría alimentar a un monstruo desinformado, parcial, sesgado y falto de veracidad y fiabilidad que, sin control y verificación, será difícil de parar.

68. La confiabilidad de un sistema de IA depende de lo que llaman cuatro uves: volumen, veracidad, velocidad y variedad. Según lo expuesto, el volumen y la veracidad pueden verse especialmente afectados en el arbitraje comercial internacional debido, en cuanto al volumen, a la naturaleza confidencial de los procedimientos arbitrales comerciales y no disponer de suficientes laudos publicados para alimentar la IA. Con ello, se magnifica el sesgo, y la veracidad puede verse, también, seriamente afectada en este campo. Además, se insiste una vez más sobre las posibles carencias y responsabilidad en cuanto a la protección de datos propios y de terceros. Para que el razonamiento se nutra y su enfoque probabilístico sea cada vez más perfecto, la IA debería ser capaz de acceder a laudos, decisiones y resoluciones procesales y arbitrales que muchas veces o no están disponibles o son confidenciales. Puede ser, por ello, que en el ámbito del arbitraje haya una barrera para el desarrollo de la IA en comparación con el sistema judicial. La diferencia entre lo público y lo privado de ambos mecanismos de gestión de conflictos es un desafío que no se puede pasar por alto.

69. Con estos mimbres, la pregunta es si el arbitraje comercial será capaz de ofrecer una base de datos suficiente que genere un volumen de data necesario para que el algoritmo se alimente y pueda operar con garantías. De otro lado, hay que trabajar en la veracidad de dichos datos y, sobre esta base, atender al peligro real de la magnificación de los sesgos, como ya advertimos, por su propio funcionamiento. Y es que, hoy por hoy, desconocemos como se ha hecho el razonamiento de la IA en el arbitraje internacional y, por lo tanto, existe cierta probabilidad de que éste se derive de decisiones erróneas, incorrectas o creadas automáticamente, con un alto riesgo de que el algoritmo lo magnifique. La veracidad se vería comprometida por todos lados. Obviamente, todo ello se podrá perfeccionar técnicamente en el futuro y, aunque previamente se hayan ofrecido propuestas autorregulatorias para afrontar cuanto antes el uso de la IA en el arbitraje internacional es seguro que, más adelante, existirá una regulación de protección del sistema arbitral antes de poder usar de manera directa la IA. Mientras tanto, es probable que, según que *software* de IA de los aplicados estrictamente al arbitraje, nos puedan llevar a reflexiones o argumentos erróneos, parciales o engañosos.

70. De ahí que, a pesar de haber abogado en numerosas ocasiones por la necesidad de la transparencia en el arbitraje y de ser firmes defensores de la transparencia en todas las instituciones -privadas y públicas-, los riesgos que podría suponer la IA en este punto conforman una buena razón para detenerse a reflexionar y llamar a la prudencia. Hasta que no haya cierto control y garantías en la IA, podría ser conveniente frenar el caballo de la transparencia en el arbitraje internacional o, por lo menos, revisar su velocidad en aras de garantizar que los principios esenciales del arbitraje (confidencialidad, neutralidad, independencia, etc.) no se pongan en riesgo por el -mal- uso de la IA.

71. En virtud de todo lo enunciado, en el binomio confidencialidad y transparencia del arbitraje y la necesidad de datos que precisa la IA para dar las respuestas que el propio arbitraje precisa, los datos son un importante obstáculo para el desarrollo de la IA en el arbitraje comercial internacional. De momento, se ha comprobado que todavía estamos en un escenario precario. En el futuro esto mejorará, pero ahí están los retos de la justicia, judicial y extrajudicial. Se ha de seguir con un gran control y responsabilidad al respecto con el objeto de mejorar y -si todo está garantizado- sin duda alguna poder utilizar esta magnífica herramienta que proporciona la IA. Por el momento, la IA no tiene los mecanismos técnicos y jurídicos adecuados para su desarrollo adecuado en el arbitraje internacional. Ya sea por la regulación del procedimiento arbitral, por la confidencialidad, o porque los proveedores de sistemas

de IA en el sector legal -arbitral- tienen determinadas normativas que cumplir para que esa privacidad no se vea vulnerada. Hay varias razones para llamar en este punto a la cautela.

Si a ello le sumamos las cuestiones de responsabilidad enunciadas y la llamada a los principios fundamentales del arbitraje, donde la voluntad de las partes puede limitar la IA en el procedimiento arbitral, de momento, todo ello supone un importante desafío para la IA en el arbitraje internacional que no podemos soslayar. Se necesita tiempo. Sólo una vez superados los desafíos iniciales, o al menos desde una plena consciencia de estos, la IA estará en condiciones de aportar importantes ventajas y oportunidades al arbitraje internacional 2.0.

V. Oportunidades de la IA en el arbitraje internacional.

72. Llegados a este punto es crucial recordar que varios de los desafíos analizados son susceptibles de ser transformados (según el tiempo, la práctica, las garantías y controles y el tratamiento y la implementación que hagamos de los mismos) en indiscutibles oportunidades para el arbitraje internacional. Una vez superados, o al menos tenidos en cuenta y controlados, los retos que presenta la IA en el arbitraje y los obstáculos que se han de abordar para garantizar su implementación efectiva, con la consecuente generación de confianza y aceptación de la IA aplicada a la práctica arbitral, es indudable que la tecnología es y será una herramienta esencial en el arbitraje internacional. Proporciona una ayuda transversal en el procedimiento arbitral y es ya utilizada, y sin duda en un futuro inmediato su uso se incrementará exponencialmente, incluso para potenciar las propias características del arbitraje, que le hacen seguir eligiendo a éste como el *ADR* preferido por las partes para la gestión y resolución de conflictos internacionales. Así, la IA puede incluso realizar arbitrajes más rápidos, transparentes, neutrales, más verdes, justos y eficaces, si cabe, proporcionando tanto un incremento de ahorro de costes, documentación y tiempo como otra serie de beneficios inequívocos para todos los involucrados en el arbitraje.

73. En efecto, la IA y las tecnologías que de ella se derivan tienen el potencial de permitir la creación de una amplia gama de herramientas que beneficiarían a todos los implicados en el mundo del arbitraje. Entre ellas, se destaca que la IA puede ayudar considerablemente en la automatización de tareas consideradas en principio tediosas o “de poco valor”, pero que son esenciales en los procedimientos de arbitraje, como aquellas labores repetitivas dirigidas a la búsqueda de documentación, jurisprudencia arbitral relevante, etc. Los programas o tipos de *software* especializados podrían ayudar, y ya lo hacen, para asistir en todas las fases de los procedimientos de arbitraje, desde aquellas pre-arbitrales hasta las post-arbitrales, pasando por las meramente procedimentales.

Así, la IA incipiente y aquellas que se está desarrollando en la actualidad, es y será de gran utilidad en la predicción de los costes, el nombramiento de árbitros, la gestión de los casos, el resumen de precedentes legales y jurisprudenciales de utilidad para el arbitraje, la duración y el resultado estimado de determinados procesos, el análisis de pruebas, la propuesta de estrategias legales, la evaluación de equipos jurídicos, la redacción inicial de los laudos, la simulación de una revisión judicial, e incluso la ejecución automática de laudos⁶⁷. De este modo, la IA puede ofrecer grandes ventajas, beneficios y oportunidades en el arbitraje internacional sistematizadas en los siguientes apartados.

1. Eficiencia: celeridad, economía, estrategia valor y sofisticación

74. Íntimamente vinculada a las características temporales esenciales del arbitraje (celeridad, economía y ahorro de tiempo), la IA aplicada al arbitraje produce aún una mayor eficiencia, reducción de

⁶⁷ Entre aquellas tareas en las que un *software* puede reemplazar al humano en un arbitraje internacional N. DELENZ LORIETO enumera: la predicción legal, la definición del acuerdo arbitral, la etapa probatoria, el asesoramiento para realizar el cálculo de daños, el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral y la resolución de disputas por parte de robots, *vid.*, “La inteligencia artificial en el arbitraje internacional” (7 de octubre de 2020). Disponible en La inteligencia artificial en el arbitraje internacional — Guardiana, consultado el 14 de abril de 2023.

costes y un ahorro de tiempo considerable. Como se ha enunciado, la IA puede automatizar muchos de los procesos manuales y monótonos asociados con el arbitraje internacional, lo que puede aumentar la eficiencia y reducir los costes. Los algoritmos de aprendizaje automático pueden ayudar a los árbitros a analizar grandes cantidades de datos y documentos complejos de manera más rápida y precisa que si lo hicieran manualmente. Al automatizar la IA tareas repetitivas y procesos administrativos en el arbitraje (como la revisión de documentos, la gestión de evidencias y la redacción de informes, etc.) se permite ahorrar tiempo y recursos, liberando a los propios árbitros y a los profesionales legales que intervienen en el arbitraje para que se enfoquen en tareas más complejas en el arbitraje. De aquí que haya que efectuar ciertas consideraciones estratégicas en torno a los costes y a las tareas consideradas, en el lenguaje informal de la práctica arbitral como de “menor valor” en el arbitraje asociando a la eficiencia con aquellas tareas más pequeñas.

75. Ello lleva, en primer lugar, a realizar una estrategia en cuanto al coste. Es claro que la asistencia de la IA en el arbitraje lo vuelve más económico, reduce los plazos y minimiza los retrasos. Aquí, la IA puede representar una gran oportunidad para las pequeñas empresas, por un lado, y para facilitar soluciones a incidentes procesales en el arbitraje, por el otro lado. Es muy posible que pequeñas empresas sometan disputas pequeñas a IA por el tema del coste; e incluso, en el ámbito de controversias más grandes, también la ayuda tecnológica y de la IA es indispensable. Hay incidentes procesales que obstaculizan, a veces de un modo absurdo, los procedimientos de arbitraje internacionales que se podrían someter a este tipo de herramientas de IA. Pensemos en procedimientos arbitrales en los que habiéndose ya acordado temas de gran trascendencia como el nombramiento de árbitros y la sede del arbitraje, las partes no se ponen de acuerdo en algo, que en principio no tendría apenas relevancia jurídica como es, por ejemplo, fijar el lugar de la audiencia en el arbitraje. No obstante, es sabido cómo las partes a veces se bloquean en aspectos como éste, de lo más absurdos e inesperados pero que, a la larga incrementan considerablemente los gastos y el tiempo en el proceso.

En este escenario, se ve perfectamente posible que se acuda a la IA para solventar este tipo de situaciones que entorpecen considerablemente la buena marcha de los arbitrajes. Con el beneplácito, por supuesto, de las partes, se podrían introducir aquí los parámetros en el *software* para que nos indique cuál es el lugar más adecuado para la audiencia y poder continuar con lo verdaderamente importante en el arbitraje habiendo obtenido, gracias al uso de la IA, un ahorro de tiempo y de dinero notable⁶⁸. Para estas situaciones o similares parece más que justificada el uso de la IA como una inmejorable oportunidad en el arbitraje internacional.

76. Ahora bien, en este punto se impone también una reflexión. No hay tareas pequeñas en el arbitraje. En este oficio todo tiene su justificación y su valor. Es más, no estaría de más valorar, más allá de la eficiencia y de la oportunidad, el impacto que tienen estas tecnologías sobre nuestros equipos y el modo de trabajar para los abogados, peritos, investigadores, árbitros, académicos, etc. Ello, porque muchas de las tareas “tediosas o pequeñas”, que parece van a ser suplantadas por la IA, son encargos que normalmente asumían en los arbitrajes y en los despachos, juristas *juniors*, jóvenes investigadores, personal de asistencia en los arbitrajes procedente del mundo académico, etc. Labores que a muchos nos sirvieron para formarnos y que, de momento, interesan no sólo para formar a los nuevos profesionales en el mundo del arbitraje y transmitirles un cierto estándar profesional, sino que, en base a ello, servían para elegir a los potencialmente mejores para tomar la responsabilidad de tareas más complejas. De modo que, básicamente, estas tareas “pequeñas” son de una utilidad tan grande que valían como referente, criba, parámetro y guía para seleccionar nuestras futuras generaciones en la práctica profesional y arbitral. De ahí que, si eliminamos estas tareas en el ámbito jurídico y arbitral y las dejamos en mano de la IA seguramente vamos a tener que pensar en otras formas de valorar y de formar a nuestros futuros profesionales en el mundo del arbitraje⁶⁹.

⁶⁸ Ejemplos extraídos de la práctica arbitral internacional, referenciados por los conferenciantes en el evento Pre-Open Arbitraje 2023, titulado “*Inteligencia artificial en arbitraje internacional: grandes retos*”, celebrado el 9 de mayo de 2023, en la sede de KPMG en Madrid, *Torre de Cristal, P.º de la Castellana, 259C*, no disponible en web.

⁶⁹ *Ibidem*.

77. En segundo lugar, ante la irrupción de tantos tipos de *software* y el gran impacto de la IA es posible que muchas de las partes valoren que, para las cuestiones pequeñas o incidentales en el arbitraje, es mejor someterse a un sistema de IA valorando que el sesgo de una máquina es equivalente al de un árbitro y, en definitiva, el laudo generado por IA le cueste más barato. También, puede ser que se apueste por un arbitraje automatizado, o por la elección de un árbitro robot para las referidas cuestiones incidentales en el arbitraje (sea este pequeño o grande) o para arbitrajes pequeños, donde sea más barato recurrir para resolver la controversia a un arbitraje automático que a una institución arbitral. No es nada descabellado que, como estrategia del caso y con el propósito de reducir costes, se recurra a una IA para resolver una disputa legal antes que a un arbitraje internacional. Es razonable, posible y estaría totalmente indicado según la estrategia y asesoría jurídica aplicada al caso. No olvidemos que la decisión finalmente la tienen las partes.

78. En este sentido, ya hay ejemplos de árbitros automatizados, coloquialmente llamados árbitros robots, o en los que directamente la propia IA es utilizada como árbitro. Ello ocurre en ámbitos tecnológicos más complejos, como los que aplican tecnología *Blockchain*, y en otros más concretos propios de los activos digitales financieros y las criptomonedas. Ya, en la actualidad, algunos de los principales intercambios en monedas digitales incluyen cláusulas de arbitraje en sus contratos. También existen plataformas tipo *Kleros*, con un servicio de arbitraje descentralizado y abierto que utiliza *blockchain* y *crowdsourcing* para adjudicar en línea disputas de manera justa, con sus propias herramientas de *decision-making* y su propia IA automatizada para resolver *online* las controversias que se pudieran plantear en su plataforma⁷⁰. Sin embargo, la mayoría de estos arbitrajes, aunque altamente desarrollados, se encuentran todavía en una fase incipiente⁷¹. En estos ámbitos, al realizarse todo en línea y ser arbitrajes más ágiles y más baratos, la IA tiene el potencial de hacer que el arbitraje internacional sea más accesible y asequible para los implicados, permitiendo que las partes con recursos más limitados participen en el arbitraje y obtengan una resolución justa y equitativa de sus disputas. Mejor justicia, en definitiva.

79. Incluso, se podría acudir a la IA para consultar un caso, a través de la *justicia predictiva*, gracias a la cual las partes puedan tener un informe de IA respecto a su caso, para indicarnos si sería mejor que éste se lleve a arbitraje, a otros *ADR* (negociación, mediación, transacción, evaluación neutral, *Dispute Boards*, etc.), o a la justicia. Se podría así crear un escenario en que sea la propia IA la que nos aconseje previamente en cuál de estos métodos de solución de conflictos, judiciales y extrajudiciales, las partes puedan encontrar un mejor entendimiento o acuerdo con mejores beneficios y resultados para ambas. Y, así con ello, someter a arbitraje lo que realmente tiene valor agregado y requiere de la especialidad, la decisión y, en general, del valor añadido de un árbitro. La clave es pues el valor adicional que aporta el arbitraje internacional. Un árbitro o tribunal arbitral -humano-, independiente, imparcial y especializado en el caso en conflicto.

80. El progreso bien utilizado puede ser bueno y nos proporciona una gran oportunidad para ser más eficaces y eficientes, en definitiva, de prosperar. Tenemos no sólo que coexistir con la IA, sino que convivir con ella y el avance que representa en una nueva sociedad. Aquí el valor del humano, árbitro/a o abogado/a, no sólo va a permanecer, sino que tiene que hacerlo y es esencial. Se cree firmemente que, quitando estos últimos casos enunciados (las plataformas arbitrales de *decision-making* y aquellas disputas de muy bajo o de menor valor o coste) siempre va a seguir habiendo un margen de valor humano añadido en el arbitraje internacional. No debemos afrontar los diferentes tipos de *software* ni la IA con miedo, sino como una ventaja u oportunidad tanto para la justicia como para la sociedad.

⁷⁰ Para entender mejor su funcionamiento, *vid.*, Homepage | Kleros.

⁷¹ Sobre el particular, *vid.*, las interesantes reflexiones contenidas en los diálogos y conferencias al respecto realizadas en el OPEN de Arbitraje, Madrid, mayo de 2023. Disponible en Litigation, blockchain y cripto desde el punto de vista de los peritos | #OpenArbitraje23 - YouTube.

2. Calidad y gestión documental: asistencia en la toma de decisiones y presentación de casos

81. En conexión con la oportunidad anterior, la reiterada capacidad que tiene la IA de analizar grandes cantidades de datos (casos, jurisprudencia, normativa aplicable, argumentaciones contradictorias, Tratados internacionales y su interpretación, laudos, etc.) y extraer información relevante de ellos, es especialmente útil en el arbitraje internacional para realizar una predicción acertada de los resultados y poder, si se quiere, modelarlos. Gracias al uso de algoritmos y técnicas de aprendizaje automático la IA puede, a modo de oráculo, ayudar a predecir posibles resultados y evaluar escenarios hipotéticos de gran valor para explorar los riesgos, negociar acuerdos y proporcionar asesoramiento estratégico a las partes en el arbitraje. De gran utilidad, también para realizar investigaciones mejores y más exhaustivas, identificar patrones y buscar precedentes legales.

Por todo ello, la IA no sólo mejora la toma de decisiones en el arbitraje, sino que, además, estas decisiones serían de mayor calidad. Estarían mejor informadas y fundamentadas, minimizando la subjetividad y aumentando la consistencia en la resolución de disputas, mejorando la calidad y consiguiendo mayor neutralidad en el arbitraje internacional. Así, los sistemas de IA pueden auxiliar a los árbitros para tomar decisiones más informadas y precisas, proporcionando datos y análisis detallados sobre cuestiones jurídicas complejas. De ahí que la IA sea una herramienta fundamental en la toma de decisiones en el arbitraje internacional. Sin embargo, es importante tener en cuenta que los árbitros humanos siguen siendo responsables de tomar las decisiones finales.

82. La IA es de gran auxilio, además, en la gestión de documentos y en el procesamiento de datos en el arbitraje. Con un clic ahora se consigue lo que antes era un trabajo de muchísimas horas, días e incluso meses. Su gran capacidad para analizar grandes cantidades de datos y extraer los más relevantes para un arbitraje dista años luz de poder compararse con la capacidad humana, mucho más lenta. Los algoritmos de aprendizaje automático y procesamiento de lenguaje natural pueden identificar patrones, tendencias y evidencias pertinentes que pueden respaldar o refutar los argumentos presentados por las partes. Además, no sólo en gestión documental, sino que también la IA es de gran ayuda en la generación de documentos: básicamente plantillas que permiten acelerar el proceso de redacción, herramientas que permiten revisar documentos; extraer información relevante de unos parámetros; traductores especializados; etc. Sus posibilidades son infinitas.

83. En la práctica ya se viene utilizando la IA en el *Legal Research* o *motores de búsqueda*, donde la IA viene, desde hace un tiempo, resultando de inestimable apoyo, tanto en el ámbito académico e investigador, asesoría y consultoría, práctica, arbitraje, etc. También en la gestión de conflictos y el diseño de estrategias a través de la referida *justicia predictiva* con plataformas como *Arbilex*, *Jurimetria*, entre otras y, en especial, los programas de IA que asisten en la selección de árbitros, verbigracia, *Intelligence*, *Dispute Resolution Data*, *Arbitrator*, etc.⁷² Este último, somete básicamente a los distintos árbitros del mercado a unos formularios y les hace responder a una serie de preguntas con la finalidad de determinar la predisposición de ciertos árbitros a tomar una u otra decisión respecto a ciertas cuestiones. Todos los usuarios del arbitraje sabemos que el nombramiento de los árbitros es una labor esencial y en varias ocasiones las dificultades que se tiene para ello. Si la IA nos puede asistir aquí cualquier gasto o inversión en IA que hagamos estaría plenamente justificado. Bienvenida sea, pues, la IA y la tecnología en el arbitraje. Todavía estamos en una fase muy incipiente, pero va a ir evolucionando según avanzamos y, con el control y las garantías necesarias, se pueden convertir en herramientas muy beneficiosas para la práctica arbitral y jurídica.

84. Por último, la IA es de gran utilidad, también, en la exposición y presentación de casos en los arbitrajes. Las herramientas de IA virtual, en la época del *homo videns*, tiene un potencial innegable. Especialmente, aquellas que posibilitan generar imágenes de manera automática bastante rápida permitirían representar y explicar conceptos jurídicos o técnicos a un árbitro, o a las partes de

⁷² Entre otras plataformas previamente enunciadas, *vid. supra*. Parágrafo 13.

un arbitraje, o a los propios abogados o clientes, de manera fácil y veloz. La era del *Project Visual Management* ha llegado y lo ha hecho también en el ámbito jurídico y en el de la justicia, con una incidencia muy especial en el ámbito del arbitraje internacional. Las pruebas ya se están presentando a los árbitros, no como la tradicional lista de *exhibits* en la que se ordena cronológicamente lo que ha pasado (por ejemplo, en una obra o en un proyecto de infraestructura) sino que ahora se puede hacer, mediante un *software*, una plataforma visual en la cual el árbitro puede ir ampliando y consultando hito por hito lo que ha ocurrido en la obra y verlo de una manera visual, clara y explicativa, incluso desde distintos ángulos, permitiendo, además, al árbitro o árbitros del tribunal arbitral hacer búsquedas predictivas de lo que se quiere encontrar.

85. En el ámbito pericial también ha cobrado una importancia esencial la *Computer Simulation* o prueba pericial que se recrea. De particular interés en el contexto, por ejemplo, de incidentes de incendios en los que se representa o simula el accidente y el tribunal arbitral puede, a través de unas gafas especiales o de un video o, incluso, con hologramas u holografías resumen, reproducir exactamente lo que ha ocurrido. Habrá aquí una valoración obviamente humana -que puede ser también puesta en duda por otra prueba del mismo tipo o similar presentada por la contraparte, claro está- pero, para eso está el árbitro y es a éste al que le corresponderá dilucidar cuál sería la válida. Positivamente recrear lo que ha ocurrido es una prueba pericial de evidente ayuda a la hora de presentar el caso gracias a la IA. También algoritmos para encontrar mejor información a la hora de cálculos de daños a través de *software* de IA, etc.

86. La presentación visual de pruebas y del caso a través de la IA también servirá para desbloquear posiciones o puntos gracias a la mejor presentación procurada por la IA que ayude a clarificarlo. Pensemos en un arbitraje con una controversia sobre la distribución eléctrica en cualquier parte del mundo en el que hay que explicar al tribunal arbitral cómo se estructura la red de distribución de una manera directa, clara e inequívoca, a fin de determinar cuál de los operadores tiene que hacerse cargo de cada trozo de la red de la que sería responsable, factor éste determinante en el arbitraje. Aquí, la presentación de este caso y las pruebas asociadas al mismo se harían mucho más fácilmente con una ayuda visual, procurada por una IA gracias a una presentación clara, certera, impecable y, por qué no, visualmente atractiva, de gran ayuda para todos los implicados en el arbitraje. Todo esto nos lleva a que estos tipos de *software* nos están permitiendo hacer una presentación del caso y una resolución de la controversia más precisa que nos lleva a alcanzar la verdad material, más que procesal, en el procedimiento arbitral.

3. Imparcialidad, transparencia y ODR

87. Conforme a lo ya enunciado en los sesgos, la IA puede ayudar a garantizar la imparcialidad y neutralidad del proceso arbitral ya que, una vez corregidos los sesgos, no estaría influenciada por factores como la nacionalidad, el sexo, la raza, la filiación política, las relaciones personales, etc. Esto puede particularmente ser útil en casos que requieran de una evaluación objetiva y libre de prejuicios, por ejemplo, en el nombramiento de las árbitras y los árbitros. Además, la IA también puede ayudar a identificar patrones y tendencias, sesgos, en las decisiones previas del arbitraje, lo que, también, puede ser útil para tomar decisiones futuras. De gran utilidad, también para realizar investigaciones mejores y más exhaustivas, identificar patrones, buscar precedentes legales y evaluar riesgos. La IA no sólo mejoraría la toma de decisiones en el arbitraje, sino que, además, estas decisiones serían de mayor calidad y estarían mejor informadas y fundamentadas, minimizando la subjetividad y aumentando la consistencia en la resolución de controversias. Ello nos llevaría a una mejor y mayor neutralidad.

Si bien, muchas de estas oportunidades han sido ya evidenciadas como desafíos, es cierto que si lográsemos controlar y eliminar todo tipo de sesgos de la IA con ello se conseguiría mayor imparcialidad y consistencia en el arbitraje. Un arbitraje más justo. Una mayor imparcialidad en el proceso promovería también la confianza en las decisiones arbitrales y la propia aceptación de la IA como herramienta beneficiosa en la institución arbitral.

88. Otro de los desafíos que podría ser un importante beneficio para el arbitraje es la transparencia y, con ella, la mejora en la responsabilidad y en la rendición de cuentas. La IA puede ayudar a mejorar la transparencia en el arbitraje internacional al proporcionar un registro completo y rastreable de las decisiones, los argumentos y los datos utilizados en el proceso arbitral, etc. Además, la IA puede ser diseñada para ser explicativa y proporcionar justificaciones claras para sus recomendaciones y decisiones.

89. Finalmente, la IA ayuda considerablemente a desarrollar plataformas en línea para la resolución de disputas. Refuerza, en definitiva, a los *ODR*. Estas plataformas brindan opciones de mediación, conciliación o arbitraje *online* y utilizan algoritmos inteligentes para guiar a las partes a través de un proceso estructurado que facilitaría para muchos, incluso, el acceso a la Justicia. Al reducir los costes, agilizar el proceso y procurar todo el procedimiento de arbitraje en línea, la IA tiene el potencial de hacer que el arbitraje internacional sea más accesible y asequible para las nuevas generaciones que suelen hacer todo *online*, partes con problemas de movilidad, discapacidad visual, auditiva, psicosocial, física, sensorial, múltiple, etc. También, la IA asociada a los *ODR* podría permitir que las partes con recursos limitados participen en el arbitraje y lograr una resolución justa y equitativa a sus conflictos, a la vez que sería más sostenible y respetuosa con el planeta.

VI. Conclusiones

90. La IA ya está aquí y ha venido para quedarse. En el arbitraje internacional la IA tiene el potencial de perfeccionarlo convirtiéndose en una herramienta fundamental para mejorar su eficacia e incrementar su calidad. Procura, además, un análisis de pruebas y datos más preciso en el arbitraje, proporcionando el acceso a conocimientos altamente especializados, acometiendo arbitrajes internacionales más sofisticados, optimizando la imparcialidad y la neutralidad de los árbitros e, incluso, facilitando un mejor acceso a la justicia y a los *ODR*. Sin embargo, también presenta desafíos significativos concernientes a cuestiones de capacitación, regulación, datos, privacidad, sesgos algorítmicos, transparencia y confidencialidad, entre otros. Solo gracias a su abordaje es posible procurar su implementación adecuada y garantizar la aplicación ética y efectiva de la IA en el arbitraje internacional 2.0.

91. Con estas premisas se ha contrastado cómo la práctica totalidad de los desafíos analizados se transforman también en oportunidades y viceversa. Y es que, una vez controlados los retos que presenta la IA en el arbitraje y los obstáculos que se han de abordar para garantizar su implementación efectiva, con la consecuente generación de confianza y aceptación de la IA en la institución arbitral, es indudable que la tecnología es y será una herramienta esencial en el arbitraje internacional. Facilita una inestimable asistencia técnica transversal en todas las fases del procedimiento arbitral y es ya utilizada, y sin duda en un futuro inmediato su uso aumentará incluso para potenciar las propias características del arbitraje, que le hacen seguir eligiendo a éste como el *ADR* y *ODR* preferido por las partes para la gestión y resolución de conflictos internacionales. Así, la IA puede incluso realizar arbitrajes más rápidos, transparentes, neutrales, accesibles, más verdes, justos y eficaces, si cabe, proporcionando tanto un incremento de ahorro de costes, documentación y tiempo como otra serie de beneficios inequívocos.

92. Ahora bien, en principio el mayor reto de la IA en el arbitraje internacional somos nosotros mismos. Es nuestra responsabilidad. Tenemos que entender cómo funciona la tecnología a fin de que podamos determinar si la empleamos en un determinado procedimiento arbitral. De ahí que una de las primeras propuestas se haya dirigido a formar y capacitar en IA a todos los involucrados en el arbitraje.

93. Al mismo tiempo, la IA no es la única que bosqueja un cambio de paradigma en la evolución de la práctica del arbitraje internacional. Otro de los cambios, asociado a éste, apuesta por el desarrollo de arbitrajes más sostenibles y amigables con el medioambiente. Si, de un lado, la IA es altamente costosa en emisiones, mantenimiento y energía, de otro lado, algunas de sus prácticas más modernas (documentos electrónicos, audiencias y acciones en línea -sin desplazamientos y evitando viajes

innecesarios-, videoconferencias, comunicaciones electrónicas, *Computer Simulations* en las pruebas periciales aplicadas al arbitraje, etc.) y otras todavía por descubrir, convierten a la IA en un inesperado aliado para la sostenibilidad en el arbitraje internacional, procurando arbitrajes más verdes, sostenibles y respetuosos con el entorno.

94. La IA tiene ya un gran uso en el arbitraje internacional y se prevé que éste se incremente de forma exponencial. Las encuestas y datos estadísticos examinados han confirmado que incluso antes de la aparición de la IA más revolucionaria basada en el lenguaje predictivo ya se observaba un importante aumento de la IA en el arbitraje internacional. A medida que la tecnología continúa avanzando es probable que veamos un mayor uso de la IA. Sin embargo, todavía se encuentra una fuerte resistencia a adoptar la IA en la institución arbitral derivada de su desconocimiento y del miedo a que ésta puede reemplazar a los árbitros. Sólo si se implementa de manera adecuada y ética la IA puede optimizar significativamente la eficiencia, precisión y calidad del arbitraje internacional, brindando beneficios a todas las partes en el proceso arbitral.

95. En el ámbito concreto de la regulación de la IA no apremia realizar con carácter de urgencia una reglamentación específica en la institución arbitral. Se han proporcionado aquí algunas propuestas de protocolos o guías éticas, pero se debería esperar para regular. Si en estos momentos de incertidumbre hacemos una legislación específica sobre IA en arbitraje internacional mañana va a resultar obsoleta. Ello no implica que el arbitraje deba quedarse de brazos cruzados. Todo lo contrario. La IA tiene un gran poder y ello conlleva una gran responsabilidad por parte de la institución arbitral. Las exigencias de control y de regulación han de venir también desde el arbitraje internacional. De ahí que hayan sido varias las propuestas que aquí se han realizado. De un lado, *las Directrices IBA sobre conflictos de intereses en el arbitraje internacional* se podrían replicar para el uso de la IA en el arbitraje, de un modo similar a lo planteado en un ámbito general para los diferentes niveles de riesgo por la recentísima *Ley de Inteligencia Artificial* europea, que entrará en vigor en 2024. De otro lado, se propone apelar, incluso a través de *Directrices de la UNCITRAL* y de la propia IBA, a la negociación. El estado actual de la situación así lo requiere. Negociar en el propio convenio arbitral, o en el propio contrato o cláusula compromisoria, si en un arbitraje específico se quiere o no usar la IA y, en su caso, detallar cuál querríamos emplear, cómo y cuándo, precisando pormenorizadamente sus límites y condiciones. Inteligencia natural asociada con la IA a través de la negociación del contrato y/o del convenio arbitral.

96. Se ha invitado, además, a plasmar soluciones viables y factibles apelando a los orígenes y naturaleza de la institución arbitral. Vaya donde vaya el arbitraje en su caminar con la IA no se puede permitir el lujo de olvidar sus orígenes, naturaleza y esencia. Y el origen del arbitraje no es otro que la autonomía de la voluntad.

97. La IA aplicada al arbitraje internacional se enfrenta, también, a cuestiones de ética y privacidad. Los problemas existentes con el uso de algoritmos y el análisis de datos pueden incluir parcialidad, discriminación algorítmica o acceso indebido a información confidencial. Si bien la información proporcionada por la IA puede ser utilizada en un proceso judicial o arbitral, de momento ésta ha de ser examinada, analizada y contrastada con cuidado. A pesar de la apariencia de fiabilidad y la autoridad de estos sistemas todavía se están entrenando y desarrollando. Su información dista de ser precisa, sólida, confiable o auténtica. En la actualidad se ha comprobado que todavía estamos en un escenario incierto y precario. Para garantizar que el uso de la IA en el arbitraje internacional sea ético y legal se vuelven a reivindicar normas y mecanismos de control que, por el momento, sólo pueden venir de un humano, el árbitro, pero también de organismos e instituciones de arbitraje que han de hacer todo por implicarse más haciéndose, desde aquí, un llamamiento para que así sea. De ahí la importancia de los sistemas de revisión “por parte humana”. Control que, insistimos, tendría que ser neutral, garantizado y permanente.

98. El debate entre la transparencia y la confidencialidad, que abre la vía a la publicación anónima de los procedimientos y laudos arbitrales internacionales, no sólo de inversión sino también comer-

ciales, vuelva a estar de plena actualidad debido a la IA. En la aplicación de la regla de las cuatro uves de la IA en el arbitraje, se observa que, de momento, existen importantes carencias respecto al volumen y la veracidad, debido a la naturaleza confidencial de los procedimientos arbitrales comerciales y a no disponer de suficientes laudos publicados para alimentar la IA, respectivamente. Así, los datos son un importante obstáculo para el desarrollo de la IA en el arbitraje comercial internacional.

99. Para terminar, el estudio de la IA en el arbitraje internacional nos ha confrontado con lejanos miedos y preocupaciones contenidas alegóricamente en célebres clásicos del cine y de la literatura. De un lado, el miedo a los árbitros robots, similar al profesado a los replicantes en la película *Blade Runner*. Temor que se transforma en reflexión filosófica, y si se quiere existencial, que nos invita a reconsiderar sobre si el verdadero peligro de la humanidad está en una IA que, sin embargo -bien programada- puede llegar a ser “más humana que los humanos”. De otro lado, por el propio acrónimo del Chat GPT, cuyas siglas se corresponden curiosamente con las del nombre del padre de uno de los protagonistas más famosos de la literatura infantil: Geppetto -GPT- padre de Pinocho. Al igual que en la IA, él es el creador, pero el Chat tiene vida propia. En sus orígenes, la IA todavía por desarrollar y aunque crezca tan vertiginosamente, como en proporción también lo hacía Pinocho, se asimila a esta marioneta (herramienta) en que de modo similar está expuesta a múltiples desafíos y, sobre todo, también, miente. Proporciona datos inexactos, sesgados, imprudentes y pone en riesgo cuestiones de privacidad, de confidencialidad y hasta a su propio padre. No obstante, a diferencia de Pinocho, donde la mentira, al crecerle la nariz, era evidente; la IA es tan opaca que sus falsedades son muy difíciles de detectar. De ahí la necesidad de vigilancia. Esperemos que, con el paso del tiempo, al igual que en el cuento y con ayuda del buen hacer de la regulación, el control y la ética (el hada y Pepito Grillo), -en nuestro caso de todos los implicados en el arbitraje (instituciones, árbitros, juristas y usuarios)- la IA pueda ser aceptada, confiable y veraz, sin que ni siquiera sea necesario que se transforme en un humano de verdad. Para ello ya están las árbitras y los árbitros.

100. En definitiva, a excepción de algunos de los casos aquí enunciados (relativos a las plataformas arbitrales de *decisión making*, *Blockchain* y *criptomonedas*; y aquellas controversias de muy bajo o de menor valor o coste; o por cuestión de ahorro y estrategia en pequeñas empresas; o para cuestiones incidentales en grandes arbitrajes que recurran a árbitros automatizados o “árbitros robots”, etc.), siempre va a seguir habiendo un margen de valor humano añadido en el arbitraje internacional. No debemos afrontar los cambiantes y heterogéneos tipos de *software* ni la IA con miedo, sino como una ventaja u oportunidad tanto para la justicia como para la sociedad. El componente humano sigue siendo esencial. La inteligencia natural encuentra un aliado excepcional con la artificial en el arbitraje, pero el factor humano ha de seguir estando ahí y va a seguir siendo muy decisivo en el arbitraje internacional en su versión 2.0.

El principio de no discriminación del Convenio de Nueva York de 1958 y el procedimiento de exequatur de los laudos arbitrales extranjeros en España

The New York Convention principle of non-discrimination and the exequatur procedure for foreign arbitral awards in Spain

NATIVIDAD GOÑI URRIZA

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad Pública de Navarra*

ORCID ID: 0000-0003-0119-3249

Recibido: 08.09.2023 / Aceptado: 15.09.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.8068

Resumen: El artículo III del Convenio de Nueva York de 1958 establece el mandato de reconocer la autoridad de los laudos arbitrales extranjeros con arreglo a las condiciones previstas en el texto convencional a la par que remite, para las cuestiones procedimentales, al derecho doméstico de los Estados contratantes. Esa misma norma contiene una interdicción de discriminación ya que prohíbe que la ejecución de los laudos extranjeros no sea más gravosa que la de los laudos internos. Las reglas españolas sobre competencia judicial y otros aspectos del procedimiento de reconocimiento pueden poner en cuestión el cumplimiento de este mandato. En particular, por la imposibilidad de acumulación de acciones y la diversidad de acceso a los recursos disponibles de la decisión que otorga o deniega el reconocimiento/exequatur.

Palabras clave: Convenio de Nueva York de 1958. Exequatur de laudos arbitrales extranjeros. Procedimiento de reconocimiento y exequatur. Prohibición de no discriminación del artículo III CNY.

Abstract: Article III of the 1958 New York Convention mandates the recognition of the authority of foreign arbitral awards under the conditions provided for in the Convention, while referring procedural questions to the domestic law of the Contracting States. The same rule contains a prohibition of discrimination since it forbids the enforcement of foreign awards to be more burdensome than that of domestic awards. Spanish rules on jurisdiction and other aspects of the recognition procedure may question compliance with this mandate. In particular, because of the impossibility of joinder of actions and the diversity of access to the available remedies for the decision granting or denying recognition/exequatur.

Keywords: 1958 New York Convention. Exequatur of foreign arbitral awards. Recognition and exequatur procedure. Prohibition of non-discrimination in Article III NYC.

Sumario: I Introducción. II. La prohibición de no discriminación *ex* artículo III del Convenio de Nueva York 1958 1. Origen e interpretación. 2. Obligación del reconocimiento de la vinculación del laudo y mandato de ejecución. III. Remisión al procedimiento del Estado requerido de ejecución y condiciones uniformes. 1. Cuestiones sometidas al Principio de no discriminación. 2. Contenido del mandato de no discriminación. 3. Significado de condiciones, honorarios o costas 4. Remisión al ordenamiento jurídico español. A) Determinación de las reglas procedimentales aplicables. B) Órganos competentes. a) Competencia objetiva general. b) Competencia en los convenios bilatera-

les c) Competencia territorial. d) Competencia para la ejecución de los laudos. IV. Consecuencias de las reglas de competencia objetiva. 1) Imposibilidad de acumulación de acciones. 2) Recursos disponibles. V. El procedimiento en España. 1) La declaración de no reconocimiento. 2) El proceso de ejecución VI. Los requisitos formales. VII. Conclusiones.

I. Introducción^{1*}

1. El objeto del presente proyecto es analizar el grado de cumplimiento de España de la máxima de no discriminación previsto en el artículo III *in fine* del Convenio relativo al reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958 (en adelante CNY) a través del examen de las normas internas que relativas al procedimiento de reconocimiento y ejecución del laudo extranjero².

2. La prohibición de discriminación del artículo III CNY se establece mediante el mandato de que el procedimiento de ejecución de los laudos arbitrales extranjeros no puede ser más gravoso que los procedimientos de ejecución de los laudos nacionales. De ese modo, esta disposición crea la obligación para los Estados parte de instaurar un sistema procedimental que respete la igualdad en la ejecución de los laudos extranjeros y los internos o domésticos.

3. La Ley española de arbitraje (en adelante LArb) define el laudo extranjero cómo aquél dictado fuera de España (artículo 46.1 LArb) y regula el procedimiento para otorgar efectos en España mediante una remisión al ordenamiento procesal civil interno establecido para las sentencias extranjeras (artículo 46.2 LArb)³. El artículo 46.2 LArb hace una remisión para el reconocimiento y exequatur de los Laudos arbitrales extranjeros al Convenio de Nueva York y éste, a través de su artículo III para las cuestiones procesales a las leyes españolas. Analizado el sistema procesal interno español se advierte que aparentemente existen dos vías legislativas para otorgar eficacia a las decisiones arbitrales extranjeras.

Por un lado, la prevista en la LOPJ y por otro la prevista en la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil (LCJIMC, de aquí en adelante). Y de esta doble vía se derivan disfunciones importantes.

Estas dos normas tienen diferencias importantes en su regulación. La LOPJ otorga la competencia para conocer de la acción de reconocimiento/exequatur a la Sala de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia y de la acción de ejecución a los Juzgados de Primera Instancia (artículos 73(1) (c) y 85(5) LOPJ), lo que imposibilita la acumulación de ambas acciones al sustanciarse ante órganos judiciales diferentes. En cambio, la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil otorga la competencia para conocer de ambas acciones a los Juzgados de Primera Instancia y de los Mercantil, posibilitándose la acumulación de la acción de reconocimiento/exequatur y de ejecución (artículos 52 y 54 LCJIMC)⁴.

En primer lugar, la consecuencia de esta doble vía legislativa no coordinada ha tenido como consecuencia la aplicación de la LOPJ obligando a los sujetos beneficiados por un laudo arbitral extranjero a distinguir una fase de exequatur y otra de ejecución para poder obtener la tutela de sus derechos en España. La imposibilidad de simultanear las acciones ocasiona una multiplicidad los trámites y procedimientos alargando los períodos de efectividad e incrementando los costes económicos.

En segundo lugar, a pesar de lo que predica el artículo 55 LCJIMC, también se impide la doble instancia porque el auto mediante el que resuelve el TSJ no sería susceptible de apelación -el artículo

¹ * El proyecto que ha dado lugar a estos resultados ha recibido el apoyo de UNED Pamplona, Fundación Caja Navarra y Fundación “la Caixa”, según el acuerdo LCF/PR/PR15/5110007”.

² BOE núm. 164, de 11 de julio de 1977.

³ Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, BOE 26 diciembre 2003, núm. 309. M. GÓMEZ JENE, *Arbitraje Comercial Internacional*, Cizur Menor, Civitas Thomson, 2018, p. 383.

⁴ A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, (Dir.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Valencia, 2022, pp.1011 y ss.

455 LEC dispone que lo son únicamente las resoluciones apelables de los juzgados de paz y de primera instancia- ni de recurso por infracción procesal –el artículo 468 LEC dispone que lo son únicamente las sentencias y autos dictados por las Audiencias Provinciales que pongan fin a la segunda instancia– ni en casación –el 477 LEC dispone que lo son únicamente las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales-.

4. El objetivo del trabajo será estudiar esta doble vía regulatoria y analizar sus consecuencias en la práctica jurisprudencial para medir su alcance y proponer una modificación del régimen en aras a una mejora legislativa que favorezca la efectividad de la solución de conflictos arbitrales en el ámbito internacional. Este análisis nos permitirá concluir sobre el grado de cumplimiento de la disposición del artículo III CNY por parte de España.

II. La prohibición de no discriminación *ex* artículo III del Convenio de Nueva York 1958

1. Origen e interpretación

5. El artículo III del Convenio de Nueva York indica:

Cada uno de los estados contratantes reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y *concederá su ejecución* de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada, con arreglo a las condiciones que se establecen en los artículos siguientes. Para el reconocimiento o la ejecución de las sentencias arbitrales a que se aplica la presente convención, no se impondrán condiciones apreciablemente más rigurosas ni honorarios o costas más elevados que los aplicables al reconocimiento o a la ejecución de las sentencias arbitrales nacionales.

Esta disposición está inspirada en la mención a la obligación de reconocimiento de la autoridad de las sentencias arbitrales extranjeras que realiza el artículo 1 Convención de Ginebra de 1927⁵. Esta Convención no ha estado en vigor en España y dejó de surtir efectos para los Estados contratantes del Convenio de Nueva York (artículo VII CNY)⁶. El artículo III CNY da un paso más allá al incluir *in fine* una salvaguardia que impide que los Estados contratantes puedan imponer obstáculos complicados o procedimientos más onerosos en la fase de reconocimiento/eqxequatur y ejecución de un laudo extranjero⁷.

Mediante esta obligación de reconocimiento de la autoridad de los laudos extranjeros, el Convenio de Nueva York favorece la llamada *libre circulación internacional de Laudos*⁸.

6. El texto definitivo del artículo III CNY es el resultado de un compromiso alcanzado tras la no aceptación de otras opciones propuestas que pretendían, unas, el establecimiento de un régimen uniforme- con las que sin duda se hubiera conseguido una mayor uniformidad, y otras, incorporar la obligación de aplicar el régimen nacional de reconocimiento/exequatur y ejecución de los laudos internos a los internacionales. Estas dos opciones fueron consideradas soluciones que instauraban un sistema rígido⁹.

⁵ Convención de Ginebra de 24 de septiembre de 1927 sobre la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras. Su texto puede consultarse en <https://www.dipublico.org/11396/convencion-para-la-ejecucion-de-las-sentencias-arbitrales-extranjeras-ginebra-24-de-septiembre-de-1927/>

⁶ En cambio, si forma parte de nuestro ordenamiento jurídico la Convención de Ginebra de 1961 que no establece una obligación similar, limitándose a restringir los motivos de denegación del reconocimiento o ejecución de los Laudos dictados en otro Estado Miembro (artículo IX CG). El Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961, BOE de 4 de octubre de 1975, núm. 238.

⁷ M. SCHERER, “Article III. Recognition and Enforcement of Arbitral Awards; General Rules”, en R. WOLFF (Ed.), *New York Convention. Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958 Commentary*, Beck, 2012, pp.193-206, p. 195.

⁸ AAP Madrid, sección 10, 163/2009 de 1 de abril 2009, APM:2009:5039A.

⁹ M. SCHERER, “Article III. Recognition, *op. cit.*, p. 195

Rechazada la propuesta planteada para la fijación de unas reglas uniformes procedimentales, se optó por esta solución flexible de remisión a las normas procedimentales del Estado del reconocimiento que, en todo caso, fija unas reglas de relación entre el derecho uniforme y las normas internas españolas de ejecución de los laudos arbitrales extranjeros¹⁰.

7. El mandato a los Estados contratantes de la primera parte del artículo III CNY de conceder la ejecución de los laudos extranjeros en aplicación de las normas procedimentales internas, “con arreglo a las condiciones que se establecen en los artículos siguientes” se puede interpretar en dos sentidos. Por un lado, en el sentido de que si existen normas procedimentales en el Convenio de Nueva York éstas son aplicables desplazando a las normas internas. Algunos aspectos del procedimiento de obtención del exequatur se han establecido en la Convención, así, el artículo IV regula los requisitos relativos al idioma y las reglas relativas a la prueba del convenio arbitral y del laudo. Estas normas prevalecen y hacen inaplicables las normas internas del Estado de ejecución del laudo. Por otro lado, en el sentido de que incluso en los aspectos no regulados por el Convenio de Nueva York, las normas nacionales no se aplicarán si contrarían las normas materiales (condiciones sustantivas) para la obtención del exequatur establecidas en el Convenio de Nueva York. Esta condición sustantiva consiste en que los requisitos formales y los costes que se aplican a la ejecución de los laudos nacionales constituyen un parámetro de referencia *-benchmark-* para las reglas procedimentales y materiales aplicables a la ejecución de los laudos extranjeros en aplicación del principio de no discriminación¹¹. Se trata, por tanto, de una remisión condicionada al cumplimiento de los parámetros del Convenio.

8. Esta solución de consenso elegida, siendo más flexible sacrifica la uniformidad, dado que al no existir un tribunal superior con competencia para realizar una interpretación uniforme y vinculante del artículo III CNY, serán los órganos judiciales nacionales del Estado en el que se solicita el exequatur los que deberán valorar la compatibilidad de sus normas sobre el procedimiento de reconocimiento con el mandato de no discriminación de la norma convencional. La solución del Convenio de Nueva York no garantiza, por tanto, la aplicación uniforme y puede hacer más gravosa la efectividad de los laudos arbitrales extranjeros en los Estados contratantes si no se aplica adecuadamente el artículo III CNY.

2. Obligación del reconocimiento de la vinculación del laudo y mandato de ejecución

9. La primera frase del artículo III CNY establece un principio general de reconocimiento de los laudos arbitrales extranjeros. El uso del imperativo en la frase “reconocerá la autoridad” de la sentencia arbitral y “concederá su ejecución” deja clara la naturaleza obligatoria del mandato del artículo III CNY para los Estados contratantes¹².

La imperatividad del mandato significa que las partes, de mutuo acuerdo, no pueden someter el reconocimiento y el exequatur de un laudo arbitral a condiciones más rigurosas que las previstas en el Convenio¹³.

Este principio general, que en su redacción en inglés utiliza el término *shall recognize*: “Each Contracting State shall recognize arbitral awards as binding and enforce them in accordance with...”, ha

¹⁰ A. BÖRNER, “Article III”, en H. KRONKE/P. NACIMIENTO/D. OTTO/ N.C. PORT, *Recognition and enforcement of foreign arbitral awards: A global commentary on the New York Convention*, Kluwer Law International, 2010, pp: 115-141, concr. p. 117.

¹¹ *Ibidem*.

¹² Así lo ha reconocido la doctrina que ha analizado esta disposición y la interpretación realizada por la aplicación de los tribunales de los distintos Estados contratantes. E. ONYEMA, “Formalities of Enforcement Procedure (Articles III and IV)”, en E. GAILLARD/D. DI PIETRO, *Enforcement of Arbitral Agreements and International Arbitral Awards. The New York Convention in Practice*, Londres, 2008, p. 598.

¹³ Si contrario, el principio de mayor favorabilidad permite a las partes alegar otra norma (nacional o internacional) para el reconocimiento o exequatur del laudo extranjero. E. ONYEMA, “Formalities of Enforcement Procedure (Articles III and IV)”, *op. cit.*, p. 598. A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, (Dir.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, pp. 4678 y ss. y M. GÓMEZ JENE, *Arbitraje Comercial Internacional*, *op. cit.*, pp. 448-451.

sido interpretado también en el sentido de que no es necesario que una autoridad del Estado de origen del laudo declare previamente la ejecutividad del mismo¹⁴. Es decir, este principio elimina el denominado doble *exequatur*¹⁵.

10. El artículo III CNY no obliga a los Estados contratantes a otorgar el efecto de cosa juzgada a los laudos arbitrales extranjeros, pero ciertos Estados lo han reconocido, incluso expresamente¹⁶.

La mayoría de los Estados contratantes han interpretado esta disposición de tal modo que tratan los laudos extranjeros como obligatorios otorgándoles efecto de cosa juzgada, siendo una minoría los que permiten una revisión judicial sobre el fondo del asunto¹⁷. Nuestro ordenamiento jurídico reconoce en el artículo 43 LArb que “el laudo produce el efecto de cosa juzgada”¹⁸.

El efecto de cosa juzgada del artículo III CNY implicaría que hasta que el laudo se haya anulado exitosamente establece, presuntamente, los derechos y las responsabilidades de las partes intervinientes en el proceso arbitral.

11. El efecto uniformizador del CNY de la obligación de reconocimiento es, por tanto, únicamente parcial, ya que unifica sólo los motivos de rechazo del reconocimiento y la concesión del *exequatur* en la convención. (artículo V CNY) y los documentos formales requeridos para su obtención (artículo IV CNY). Para fortalecer la eficacia de los laudos extranjeros debiera considerarse que los requisitos formales del artículo IV CNY tienen que ser máximos, al igual que las causas de denegación del artículo V CNY¹⁹.

Sin embargo, al no prever el CNY un procedimiento uniforme para proceder al reconocimiento/*exequatur* del laudo en el Estado donde pretenda hacer valer, como ya se ha indicado, abre la puerta a la diversidad estatal²⁰. Esta falta de uniformidad en el procedimiento de *exequatur* y la interpretación divergente de las disposiciones del Convenio puede obstaculizar el reconocimiento en ciertos Estados contratantes de los laudos extranjeros. En particular, la divergencia sobre la interpretación del artículo IV CNY sobre si elimina el requisito de que el actor que solicita el *exequatur* demuestre que el laudo es *final* - la eliminación del doble *exequatur*-²¹.

¹⁴ FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, p. 972.

¹⁵ Así se ha aplicado en el Reino Unido, en aplicación del artículo 103 (2), letra f de la Arbitration Act de 1996 (AA96). Véase, RUSSELL, Section 3. Recognition and Enforcement of Certain Foreign Awards. *Russell on Arbitration* 24 th Ed., 2020, p.10 *Dowans Holdings SA v Tanzania Electric Supply Co [2011] EWHC 1957 (Comm)* at [14], [18]. M. GÓMEZ JENE, *Arbitraje Comercial Internacional*, op. cit., pp. 460-463.

214 For example, the arbitration agreement or the law which governs it, provides that an award shall not

¹⁶ Artículo 1484 CC Francés. G.B. BORN, *International Arbitral Awards. International Commercial Arbitration*, Vol. III, Wolters Kluwer, 2nd edition, 2014, p. 3173. Este autor indica como los países del *Common Law* otorgan el efecto de cosa juzgada a los laudos arbitrales y también otros países de derecho continental siendo una minoría los que no lo hacen.

¹⁷ CNUDMI, “Artículo III”, *Guía relativa a la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras*, 2017, p. 89. También otros países de Derecho Continental como Alemania otorgan este efecto (artículo 1055 de la Ley alemana de arbitraje), siendo una minoría los que no lo otorgan.

¹⁸ Efecto de cosa juzgada que impide que el despacho de ejecución analice los motivos de anulación, C., SENÉS MOTILLA, “Sobre la ejecución forzosa de las resoluciones arbitrales”, en J.L. GONZÁLEZ MONTES, (Coord), *Estudios sobre el arbitraje: los temas claves*, La Ley, 2008, pp. 283-320, concr. p. 309.

¹⁹ ATSJ Cataluña de 16 julio 2015 y de 14 de diciembre de 2015, Cumplidos los requisitos d forma del artículo IV CNY la no comparecencia del demandado no impide el reconocimiento si la Sala no parecía que la materia no es arbitrable o que hay vulneración del orden público. Presentados los documentos mencionados se presume el reconocimiento del laudo extranjero. CNUDMI, “Artículo IV”, *Guía relativa a la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras*, op. cit., pp. 107 y ss.

²⁰ Destaca la doctrina que no existe una armonización internacional del procedimiento ni de las condiciones de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, J.C. FERNÁNDEZ ROZAS/S.A. SÁNCHEZ LORENZO/G. STAMPA, *Principios generales del arbitraje*, CIMA, Tirant Lo Blanch, 2018, p. 117.

²¹ *Ibidem*, p. 105.

III. Remisión al procedimiento del estado requerido de ejecución y condiciones uniformes

12. La obligatoriedad de reconocer y conceder la ejecución de los laudos extranjeros del artículo III CNY se materializa “de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada”²².

Esta norma remite, por tanto, para la regulación del procedimiento del reconocimiento y exequatur del laudo arbitral extranjero al derecho del foro del Estado donde se solicita el exequatur. Esta decisión de política legislativa también existe en normas convencionales, así otros convenios en vigor en España en materia de arbitraje, como el Convenio entre España e Italia, también remiten en la regulación del procedimiento de exequatur al derecho del foro (artículo 21)²³.

1. Cuestiones sometidas al Principio de no discriminación

13. Un adecuado análisis de este principio requiere primero determinar el significado de la expresión “normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada”. Es decir, ¿Qué normas del derecho del foro tienen que respetar este principio? Estas normas serán las aplicables para reconocer la autoridad de la sentencia arbitral extranjera y conceder la ejecución en el Estado requerido.

Los tribunales de los Estados contratantes donde el reconocimiento y el exequatur se pretende han aplicado, en general, sus normas procesales domésticas con exclusión de cualquiera otras, como las de la sede del arbitraje²⁴.

14. El Convenio de Nueva York no utiliza el término *exequatur* porque en el momento de su aprobación no todos los Estados negociadores disponían en su ordenamiento jurídico este mecanismo para dar efecto a las resoluciones extranjeras. Para determinar con precisión cual es el alcance del mandato del artículo III CNY debe partirse de una precisión y diferenciación entre los conceptos de reconocimiento, exequatur y ejecución en sentido estricto²⁵. Hoy día el sistema de Derecho Internacional Privado europeo y español diferencia claramente los mecanismos técnicos para conseguir la efectividad de una resolución extranjera en España. Así se reconoce en los Reglamentos europeos de relativos a la eficacia de las resoluciones judiciales en las distintas materias y en la LCJIMC, aplicable también al procedimiento de reconocimiento y exequatur de los laudos extranjeros²⁶.

La determinación de las concretas normas de nuestro ordenamiento jurídico aplicables a los supuestos de exequatur en España de laudos arbitrales extranjeros no ha sido siempre evidente habiéndose aplicado, erróneamente las disposiciones previstas para el reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales extranjeras que confirman laudos adoptados en dicho país. Cómo ha establecido el Tribunal Supremo, el procedimiento para declarar ejecutivo un laudo en España es el previsto en el Convenio de Nueva York y en las normas relativas al procedimiento de exequatur para los laudos

²² E. GAILLARD/ G.A. BERMAN (Ed.), *Guide on de Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, UNCITRAL, Brill/Nijhoff, Leiden, 2017, p. 92. En los Estados con distintas normas de validez extraterritorial de laudos, esta remisión ha sido interpretada en el sentido de que deben aplicarse las normas vigentes en el territorio donde la ejecución se pretende. STS Canadá 20 mayo 2010, *Yugraneft Corporation v. Rexx Management Corporation*.

²³ F. RAMOS MÉNDEZ, “El Convenio entre España e Italia sobre asistencia judicial y reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil (balance de 10 años de vigencia)”, en, *Arbitraje y litigios transfronterizos en un foro global*, Atelier, Barcelona 2005, pp: 207-214.

²⁴ CNUDMI, “Artículo III”, *Guía relativa a la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras*, op. cit., p. 91. Véase la jurisprudencia allí citada y la elusión de la aplicación de las normas del Estado de la sede del arbitraje u otras leyes.

²⁵ A. CALVO CARAVACA, “Artículo 42”, en A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA (Coord.), *Comentario a la Ley 29/2015 de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*, Bosch, 2017, p. 375.

²⁶ *Ibidem*, pp. 373-375.

extranjeros²⁷. Acudir a otras normas convencionales o nacionales previstas para el exequatur de sentencias judiciales en materia civil o mercantil vulneraría el artículo III CNY en tanto remite a las normas procesales domésticas²⁸.

El ámbito de aplicación de esta prohibición de discriminación debe alcanzar, según BÖRNER, a la aplicación de la *lex fori* del Estado de ejecución tanto al procedimiento de reconocimiento como al de exequatur si éste existe²⁹. Esta cuestión se discutió explícitamente en el proceso de elaboración del Convenio -dada la diversidad de procedimientos internos en los Estados contratantes para otorgar eficacia a los laudos extranjeros- y debido a que el término *exequatur* no se empleaba para los laudos arbitrales extranjeros en algún país (Israel recurre al término *exequatur* exclusivamente para otorgar efectos ejecutivos a las sentencias judiciales extranjeras) se decidió no hacer uso del término *exequatur*. No obstante, debe considerarse incluido el procedimiento de exequatur porque de los trabajos preparatorios se deduce que el principio de no discriminación alcanza a todo el procedimiento de reconocimiento y obtención del exequatur y al procedimiento de ejecución en sentido estricto.

15. En general, los tribunales de los Estados contratantes han aplicado sus normas procesales específicas que regulan el reconocimiento y el exequatur tal y como lo ordena dicho artículo III CNY aunque los términos utilizados no hayan sido siempre precisos³⁰.

En caso de que el Estado requerido no tenga normativa específica para la ejecución de los laudos extranjeros, como es el de nuestro ordenamiento jurídico, tendrá que aplicar las disposiciones relativas a la ejecución de los laudos internos³¹.

Como en España las normas relativas a la ejecución de los laudos son únicas para todo el territorio y unas únicas normas son de aplicación a los laudos internos e internacionales (Libro III LEC) -tal y como ocurre en la mayoría de los Estados- la cuestión de la discriminación del artículo III CNY se plantea a primera vista únicamente relacionada con el procedimiento de obtención del reconocimiento y del exequatur en España³².

Cuestión distinta será la valoración que puede merecer la posibilidad señalada por la doctrina procesalista española de denegar el despacho de ejecución por vulneración del orden público del laudo o por falta de imparcialidad de los árbitros o por cuestiones relativas a la arbitrabilidad de la diferencia resuelta por el laudo³³.

16. La obligatoriedad del principio de no discriminación afecta a cuestiones procesales tales como las siguientes:

El tipo de procedimiento requerido para el exequatur, el tribunal competente para conocer de las solicitudes del reconocimiento y el exequatur de los laudos arbitrales³⁴, los requisitos y restricciones aplicables en dicho procedimiento³⁵.

Los cambios que se pueden requerir al tribunal que realice al laudo para facilitar la acción de exequatur.

²⁷ STS 9 octubre 2003, *Unión Naval de Levante S.A. v. Bisba Comercial Inc.*, ES:TS:2003:6148.

²⁸ La alegación del Convenio de Lugano resulta improcedente a pesar de alegar, para el reconocimiento y exequatur de un laudo dictado en Suiza, una sentencia del Tribunal Federal de Suiza que desestimaba los recursos de anulación interpuestos contra el laudo cuyo reconocimiento se preveía. *Ibidem*, FD 2º.

²⁹ A. BÖRNER, *op. cit.*, p. 119.

³⁰ Se solicita únicamente la ejecución del laudo dictado en Suiza en la STS de 9 octubre de 2003, *Unión Naval de Levante S.A. v. Bisba Comercial Inc.* XXX *Yearbook Comm Arb.*, 2005, p. 623.

³¹ E. ONYEMA, "Formalities of Enforcement Procedure (Articles III and IV)", *op. cit.*, p. 603.

³² Hay países contratantes del Convenio en los que los distintos Estados con distintas leyes procesales en su territorio, Canadá. En España es aplicable el artículo 523 LEC que en su apartado dos establece que la ejecución de los títulos ejecutivos extranjeros se llevará a cabo conforme a lo previsto en la LEC salvo que un Tratado internacional diga otra cosa.

³³ Señala la unanimidad de la doctrina en relación a esta posibilidad en el proceso de ejecución de laudos en España, C. SENÉS MOTILLA, "Sobre la ejecución forzosa de las resoluciones arbitrales", *op. cit.*, p. 310.

³⁴ STS de 13 de noviembre de 2001, *Centrotex, S.A. (Czech Republic) v. Agencia Gestora de Negocios, S.A. (Agensa) (Spain)*, XXXI *Yearbook Comm Arb.*, 2006, p. 834.

³⁵ Sentencia Tribunal Supremo de India, de 19 de febrero 2020, n. 3185 OF 2020, *Government of India v. Vedanta Lmted, Vavva Oil Pte. Ltd. Y Videocon Industries Lmted.*, apdo. IV.

Los derechos de las partes afectadas cuando están pendientes procedimientos o cambios en el laudo después de que éste ha sido adoptado³⁶.

Los recursos disponibles a las resoluciones adoptadas en el procedimiento de ejecución³⁷.

El procedimiento de ejecución.

17. La doctrina es unánime a la hora de considerar que la determinación del órgano competente nacional para conocer del reconocimiento o el exequatur del laudo arbitral extranjero es una cuestión procesal sometida al artículo III CNY a la que debe aplicarse el derecho nacional del Estado contratante³⁸.

18. También debe considerarse aplicable el artículo III CNY a la norma que rige el plazo para la solicitud del reconocimiento y el exequatur³⁹ y al plazo previsto para la ejecución del laudo, una vez haya obtenido el reconocimiento.

El principio de no discriminación debe aplicarse incluso a las cuestiones incidentales al procedimiento de reconocimiento y exequatur porque también deben estar sometidas a los límites del artículo III CNY⁴⁰.

19. La remisión al régimen procesal de los Estados contratantes hace asumir que un mismo laudo arbitral puede ser reconocido y obtener el exequatur en un Estado y no en otro. Esto se debe principalmente a que a ciertas cuestiones se ha aplicado indebidamente el derecho procesal nacional no debiéndose haber sido consideradas, en virtud del artículo III CNY “procesales”. La necesaria interpretación restrictiva del concepto de reglas de procedimiento del artículo III CNY ha ocasionado que la aplicación de determinadas normas nacionales haya sido criticada por la doctrina. Así, el mero hecho de que determinadas reglas, como la relativa a la litispendencia, esté prevista en el cuerpo legal nacional relativo al Procedimiento Civil en Italia no justifica su aplicación en virtud del artículo III CNY⁴¹.

Sin embargo, la existencia de reglas procesales en un Estado y no en otro hace que el régimen interno del Estado en el que se pretende hacer valer el laudo varíe dando lugar a resultados diferentes. Así ha ocurrido respecto de cuestiones como el *Forum non conveniens* o los foros de competencia judicial internacional o territorial, que ha provocado que el resultado del proceso de reconocimiento será distinto⁴².

El hecho de que en los USA se contemple la doctrina del *forum non conveniens* hace que en aplicación del artículo III CNY se pueda denegar un laudo extranjero con base en que el convenio arbitral establecía que dicho laudo solo podría ejecutarse en el Estado donde se dictara, en cambio, dicho laudo puede obtener el exequatur en otro Estado -Israel- con base en que dicha doctrina no estaba contemplada entre las causas de denegación del artículo V CNY⁴³.

Merece ser criticada, la consideración de reglas procesales las relativas a la prelación de créditos, la compensación, la ejecución de las cláusulas de elección de foro o la inmunidad de jurisdicción

³⁶ SAP Zamora de 27 noviembre 2009, núm. 89/2009 (sección 1ª), la determinación de los intereses devengados tras la fecha del laudo puede realizarse por el juez que otorga el reconocimiento/exequatur del laudo extranjero. En aplicación del derecho procesal español aplicable en virtud del artículo III CNY si la decisión condena al pago de una suma, esta devenga intereses anuales y este principio debe aplicarse también a las sentencias extranjeras. XXXV *Yearbook Comm Arb*, 2010, pp. 454-455.

³⁷ M. SCHERER, “Article III. Recognition...”, *op. cit.*, p. 205. Y Netherlands HR, XXXV *Yearbook Comm Arb.*, 2010, p.423.

³⁸ Véase por todos, E. GAILLARD/ G.A.BERMANN (Ed.), *Guide ...*, *op. cit.*, p. 97

³⁹ Yugraneft Corporation. v. Rexx Management Corporation, Supreme Court, Canada, 20 May 2010, 2010 SCC 19 y OAO Ryazan Metal Ceramics Instrumentation Plant (Russian Federation), Constitutional Court, Russian Federation, 2 November 2011, 1479-O-O/2011.

⁴⁰ E. ONYEMA, “Formalities of Enforcement Procedure (Articles III and IV)”, *op. cit.*, p. 602.

⁴¹ Privilegiata Fabbrica Maraschino Excelsior Girolamo Luxardo SpA v. Agrarcommerz AG, Court of Cassation, Italy, 15 January 1992, XVIII *Yearbook Comm Arb.*, 1993, p. 427.

⁴² La doctrina ha criticado que esta doctrina encaje en el artículo III CNY y considera que rechazar el exequatur de un laudo extranjero en los USA por aplicación de esta doctrina vulnera la Convención. G.B. BORN, *International Commercial Arbitration*, Vol. III, Wolters Kluwer, 3 edición, 2021, p. 3231-3224, especialmente, p. 3223.

⁴³ *Zeevi Holdings Ltd. (in receivership) (Israel) v. The Republic of Bulgaria, District Court of Jerusalem*, Israel, 13 January 2009, XXXIV *Yearbook Comm Arb.*, 2009, p. 632 y *Zeevi Holdings Ltd. v. The Republic of Bulgaria, District Court, Southern District of New York, United States of America*, 29 March 2011, 09 Civ. 8856 (RJS), XXXVI *Yearbook Comm Arb.*, 2011, p. 464.

que han sido aplicadas al procedimiento de reconocimiento del laudo extranjero por remisión del artículo III CNY por ciertos Estados contratantes⁴⁴.

20. La diversidad legislativa en torno a la imposición de un plazo para la solicitud del exequatur en el Estado miembro donde se insta también ha provocado discusiones sobre si se trata de una cuestión contemplada en la remisión del artículo III CNY. La prescripción y la caducidad es considerada tradicionalmente como una cuestión de fondo en los países del *Civil Law* y como una cuestión procesal en los del *Common Law*.

Se puede deducir de la no inclusión del transcurso de un plazo de tiempo entre las causas de denegación del artículo V CNY y de las distintas tradiciones jurídicas de los Estados contratantes en el momento de negociación del Convenio que el artículo III CNY no impide que los Estados apliquen estas limitaciones temporales a la obtención del exequatur de los laudos extranjeros si califican como procesales estos plazos⁴⁵.

La calificación de la limitación temporal para la solicitud del exequatur del laudo extranjero en derecho interno no debiera depender de la recibida, ya sea con carácter general o en el ámbito de los contratos en dicho ordenamiento jurídico. De modo que, en España, el hecho de que el artículo 12.1, letra d del Reglamento 593/2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) someta a la *lex contractus* la cuestión de la prescripción y la caducidad no debiera impedir que los órganos jurisdiccionales españoles impongan un plazo para la solicitud del exequatur de un laudo extranjero como “norma de procedimiento” en el sentido del artículo III CNY. Cuestión distinta será si el concreto plazo impuesto vulnera dicha disposición convencional, si, por ejemplo, estipulara un plazo inferior para los laudos extranjeros.

2. Contenido del mandato de no discriminación

21. La segunda parte del artículo III CNY dice que “... *no se impondrán condiciones apreciablemente más rigurosas ni honorarios o costas más elevados que los aplicables al reconocimiento o a la ejecución de las sentencias arbitrales nacionales.*”

Este segundo inciso del artículo III CNY es una frase farragosa que utiliza el término “condiciones” más rigurosas, igual que hace en la primera frase del mismo cuando realiza la remisión a las normas de procedimiento de los Estados contratantes del reconocimiento “con arreglo a las condiciones que se establecen en los artículos siguientes”. Es una frase realmente confusa. El empleo del mismo término puede parecer que se refiere a los motivos de denegación del artículo V CNY y, por tanto, podría deducirse equivocadamente que las autoridades del Estado requerido pueden añadir más causas a las ya previstas en dicha disposición para el no reconocimiento. La misma conclusión debe alcanzarse en relación a los documentos y necesidad de traducción previstos en el artículo IV CNY. Al no exigir esta norma la aplicación de las mismas normas procesales a los laudos internos y extranjeros un Estado contratante podría imponer reglas más rigurosas a la ejecución de los laudos nacionales.

En este segundo inciso de la disposición se establece el que ha sido denominado “principio de prohibición de discriminación” respecto de los laudos internos o domésticos. Este *principio del trato nacional o la prohibición de discriminación* es una manera de limitar la discrecionalidad de los Estados contratantes⁴⁶.

⁴⁴ *Artemis Shipping & Navigation Co. SA v. Tormar Shipping AS, District Court, Eastern District of Louisiana, United States of America, 9 December 2003.* Véase la crítica de A. BÖRNER, “Article IIP”, *op. cit.*, p. 115. M. SCHERER, “Article III. Recognition ...”, *op. cit.*, p. 193, *Zeevi Holdings Ltd. v. The Republic of Bulgaria, District Court, Southern District of New York, Estados Unidos de America, 29 March 2011, 09 Civ. 8856 (RJS), XXXVI Yearbook Comm Arb.*, 2011, p. 464. Para la inmunidad de jurisdicción, *Bundesgerichtshof [BGH], Alemania, 4 octubre 2005, VII ZB 09/05.*

⁴⁵ En más de cincuenta Estados contratantes existen plazos de prescripción para la solicitud del exequatur de laudos arbitrales extranjeros, UNCITRAL, *Report on the survey relating to the legislative implementation of the Convention on the Recognition and enforcement of foreign arbitral awards (New York, 1958)*, Sesión 41, UNDoc A/CN.9/656/ (2008).

⁴⁶ Trabajos preparatorios, ver si los encuentro y si no citar. CNUDMI, “Artículo III”, *Guía relativa a la Convención sobre*

De los trabajos preparatorios se deduce que el objetivo de esta limitación es impedir que los tribunales nacionales impongan “procedimientos de ejecución excesivamente complicados” y “obstáculos procesales insalvables”. No obstante, parte de la doctrina ha entendido que debe evitarse la aplicación de los adjetivos “apreciablemente” ya que cualquier obstáculo, aunque sea mínimo, podría ser contrario al mandato del artículo III CNY⁴⁷.

22. En nuestra opinión, el artículo III CNY impide exigir el domicilio o residencia en España a la parte frente a la que se solicita el reconocimiento del laudo o a la persona a quien se refieren los efectos de éste. Tampoco poseer bienes susceptibles de ejecución en el Estado requerido, bastando la acreditación de un interés legítimo por parte del actor (artículo 54.1 LCJIMC).

23. En cuanto a las normas sobre la ejecución, esta norma no obliga a los Estados contratantes a aplicar el mismo procedimiento de ejecución a los laudos nacionales y a los extranjeros⁴⁸. Las normas pueden ser distintas y más favorables a la ejecución del laudo arbitral extranjero.

Para parte de la doctrina, en lo relativo a los honorarios esta norma no constituye una *regla de trato nacional*, de tal modo que, por ejemplo, no obligaría a cobrar las mismas tasas por la ejecución de un laudo interno que por la de un laudo internacional⁴⁹. Asimismo, sería posible que el reconocimiento y la ejecución de un laudo extranjero tuviera unos costes inferiores a los establecidos para la ejecución de un laudo interno.

No se ha considerado que vulnera el mandato de no discriminación del CNY la exigencia de un procedimiento oral para la ejecución de un laudo extranjero porque ese mismo procedimiento se aplica para la ejecución de los laudos internos⁵⁰.

Como en España las normas relativas a la ejecución de los laudos son únicas para todo el territorio y unas únicas normas son de aplicación a los laudos internos e internacionales (Libro III LEC) -tal y como ocurre en la mayoría de los Estados- la cuestión de la discriminación del artículo III *in fine* se plantea únicamente al procedimiento de obtención del exequatur en España⁵¹.

24. Pocas decisiones existen sobre la posibilidad de recurso de la orden de ejecución y la diferencia entre recursos dependiendo de si el laudo es extranjero o interno. El Tribunal Supremo de los Países Bajos ha entendido que es contrario al mandato del artículo III CNY la posibilidad prevista en su ordenamiento jurídico de recurrir la resolución que ordena la ejecución de un laudo extranjero -*granting leave for enforcement* - por la razón de que esa posibilidad no está prevista para los laudos internos. De ese modo se consideró que constituía una condición “sustancialmente más onerosa” y que violaba el artículo III CNY⁵².

25. En relación al concepto de “condiciones” a las que se somete el reconocimiento o la ejecución de un laudo extranjero al que se refiere el artículo III CNY, debe hacerse una interpretación restrictiva del concepto y de manera autónoma, en el sentido de que éstas condiciones deben ser determinadas con independencia de la conceptualización que una regla tiene en derecho interno, esto es se trata de concepto autónomo.

el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, *op. cit.*, p. 98.

⁴⁷ La doctrina ha considerado que una interpretación teleológica de este artículo prohíbe imponer condiciones más rigurosas a secas, sin que pueda tolerarse la imposición de condiciones que no sean “apreciablemente” más rigurosas. E. ONYEMA, “Formalities of Enforcement Procedure (Articles III and IV)”, *op. cit.*, p. 604.

⁴⁸ FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, p. 968.

⁴⁹ E. ONYEMA, “Formalities of Enforcement Procedure (Articles III and IV)”, *op. cit.*, p. 604.

⁵⁰ M. SCHERER, *op. cit.* p. 205. Y sentencia del Appellationsgericht Basel-Stadt, XVII *Y.B. Com. Arb.* 1992, pp.581-582.

⁵¹ Hay países contratantes del Convenio en los que los distintos Estados con distintas leyes procesales en su territorio, Canadá. En España es aplicable el artículo 523 LEC que en su apartado dos establece que la ejecución de los títulos ejecutivos extranjeros se llevará a cabo conforme a lo previsto en la LEC salvo que un Tratado internacional diga otra cosa.

⁵² Tribunal Supremo de los Países Bajos de 25 de junio de 2010, *OAQ Rosneft (Russian Federation) v. Yukos Capital s.a.r.l. (Luxembourg)*, XXXV *Yearbook Comm Arb.*, 2010, p. 423.

26. Se han dejado de aplicar ciertas normas que contenían condiciones específicas para el reconocimiento de laudos extranjeros que no eran aplicables a los internos. Pasar por el procedimiento del reconocimiento, por ejemplo, en Portugal⁵³.

Incumple este principio también la aplicación de una norma que permitía a las partes recurrir en casación la decisión que otorgaba el exequatur cuando esa misma posibilidad no estaba disponible para los laudos arbitrales internos o la previsión de requerir al acreedor la prestación de una garantía, cuando en el caso de laudo interno no se requeriría

27. En cambio, no se ha considerado que vulnera el mandato de no discriminación del CNY la exigencia de un procedimiento oral para la ejecución de un laudo extranjero porque ese mismo procedimiento se aplica para la ejecución de los laudos internos⁵⁴.

La imposición de un plazo para solicitar el exequatur o la ejecución del laudo una vez obtenido el anterior tampoco vulnera el artículo III CNY⁵⁵.

28. Respecto del procedimiento de ejecución, al no tener el ordenamiento jurídico español un procedimiento específico en la LEC para la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros el artículo III CNY obliga a nuestros tribunales a aplicar el previsto para los internos, una vez hayan obtenido el exequatur⁵⁶.

Finalmente, podría vulnerar el artículo III CNY la imposición de un plazo temporal más corto para la solicitud del reconocimiento de un laudo extranjero o para la ejecución del laudo una vez reconocido respecto del plazo previsto para los laudos nacionales⁵⁷. En España, el artículo 518 LEC prevé un plazo de cinco años para el ejercicio de la acción ejecutiva basada en un laudo arbitral, sin diferenciar si éste es doméstico o extranjero, por lo que no se puede considerar contrario al artículo III CNY⁵⁸. La LEC se refiere a la firmeza del laudo para el cómputo del plazo de 5 años pensando, se entiende, en los laudos nacionales, sin embargo, dado que para el ejercicio de la acción ejecutiva es necesario el exequatur del laudo extranjero, el plazo se computará desde la notificación del auto por el que se otorga éste a la parte contra la que se solicitó.

3. Significado de *condiciones, honorarios o costas*

29. El artículo III CNY utiliza el término *condiciones* en las dos frases que contiene. Pero no contiene una definición de los términos *condiciones, honorarios o costas*. Ello puede llevar a confusión ya que los tribunales nacionales, en su aplicación, le han dado dos sentidos distintos. Por un lado, han considerado que se refiere a las causas de denegación previstas para la denegación en el artículo V CNY y, por otro lado, otras resoluciones han entendido que se refiere a las reglas procesales del derecho del Estado donde se pretende el reconocimiento y la ejecución del laudo⁵⁹.

Sin embargo, varios tribunales de Estados contratantes han interpretado el término *condiciones* del artículo III CNY en el sentido de que se refiere, exclusivamente, a las establecidas en la Convención, por lo que ninguna otra condición prevista en las legislaciones nacionales podría aplicarse en las fases de reconocimiento y ejecución del laudo extranjero⁶⁰.

⁵³ STS portugués de 19 de marzo de 2009, *S.A. Belguim v. B Sociedade Nacional S.A.*, XXXVI Y. B. Com. Arb., 2011, p. 313.

⁵⁴ M. SCHERER, p. 205. Y sentencia del Appellationsgericht Basel-Stadt, XVII Y.B. Com. Arb. 581, 582, (1992).

⁵⁵ Por ejemplo, el plazo de 6 años previsto en el apartado 7 de la Limitation Act de 1980 inglesa para la ejecución de los laudos, DICEY/MORRIS/COLLINS, *The Conflict of Laws*, 15th ed, 2019, Sweet & Maxwell, p. 499. También en Canadá se prevé que el plazo previsto en la Alberta Limitations Act 2000 para solicitar el exequatur de un laudo extranjero es una cuestión procedimental sometida al artículo III CNY. STS de Canadá *Yugraneft Corp v Rexx Management Corp* [2010] SCC 19, [2010] 1 S.C.R. 649.

⁵⁶ FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, p. 968

⁵⁷ STS Canadá de 20 mayo 2010, *Yugraneft Corporation v. Rexx Management Corporation*, SCC, 19, 1 -S.C.R. 649, apdos. 30-32.

⁵⁸ Sobre la acción ejecutiva fundada en un laudo arbitral, véase, C., SENÉS MOTILLA, "Sobre la ejecución forzosa de las resoluciones arbitrales", *op. cit.*, pp. 296-297.

⁵⁹ CNUDMI, "Artículo III", *Guía relativa a la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras*, *op. cit.*, p. 93.

⁶⁰ *Ibidem.*, p. 90.

También la mayoría de la doctrina ha entendido que la referencia del artículo III CNY a las *condiciones* implica que las condiciones a las que puede someterse el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros son *exclusivamente* los enumerados en la convención⁶¹.

Algunos tribunales han considerado que la expresión “normas de procedimiento” que utiliza el artículo III CNY junto con la de condiciones, honorarios y costas debe interpretarse restrictivamente y de manera autónoma, esto es con independencia de la categoría que se le otorgue a la concreta institución en el derecho nacional. Por tanto, aunque las reglas sobre la litispendencia estén incluidas en el Código “procesal” italiano no deben aplicarse, por esa única razón, en virtud de la remisión del artículo III CNY.

30. Ya se ha indicado que el artículo III CNY no define lo que son honorarios y costas, pero parece razonable entender que se refiere a los costes del procedimiento previsto para la obtención de reconocimiento y ejecución en el Estado requerido y no a las costas sobre las que se haya pronunciado el laudo arbitral⁶².

Por tanto, la expresión no se refiere a las costas del artículo 37.6 LArb que regula las costas del arbitraje. Esto es el pronunciamiento que los árbitros realizarán en el laudo, de conformidad con lo previsto por las partes en el convenio arbitral, sobre *los honorarios y gastos de los árbitros y, en su caso, los honorarios y gastos de los defensores o representantes de las partes, el coste del servicio prestado por la institución administradora del arbitraje y los demás gastos originados en el procedimiento arbitral*.

El artículo III CNY se refiere al pago de las tasas del procedimiento de exequatur, coste que, al sustanciarse el procedimiento ante el TSJ pueden resultar superiores que ante un juzgado de primera instancia.

La LEC regula las condenas en costas de la primera instancia en el artículo 394.1 en virtud del cual, en los procesos declarativos se impondrán éstas *a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho*.

Esta disposición ha sido aplicada para condenar en costas a la parte contra la que se solicita el exequatur⁶³. Y ello con independencia de que la parte demandada alegue causas de oposición o no.

31. Se ha considerado un coste más riguroso lo constituye la obligación en Hong Kong de prestar caución o garantía para ejecutar un laudo extranjero si esa obligación no está prevista para la ejecución de los laudos nacionales⁶⁴. La imposición de una tasa para plantear la demanda de exequatur que se base en un porcentaje distinto de la cuantía del litigio resuelto por el laudo -el doble del porcentaje para el caso de los laudos extranjeros respecto del impuesto para los nacionales- vulneraría el principio de no discriminación⁶⁵. El mismo argumento podría aducirse en caso de que la tasa de un procedimiento de ejecución fuera superior para el caso de un laudo extranjero.

En cambio, no se ha considerado más gravosa la posibilidad de acudir a un procedimiento verbal para la obtención del exequatur en Suiza⁶⁶. Tampoco es más gravoso el hecho de que las normas procesales estadounidenses fijen automáticamente los tribunales competentes para la confirmación de un laudo (se trataba de un laudo en Pensilvania y se solicitó su confirmación al Tribunal Supremo de Nueva York) interno y no un laudo extranjero -dictado en otro Estado-⁶⁷.

⁶¹ A. BÖRNER, “Article III”, *op. cit.*, pp. 115-116.

⁶² STS de Grecia *hipowner (Malta) v. Contractor; Supreme Court, Greece*, 2007, XXXIII *Yearbook Comm Arb.*, 2008, p. 565.

⁶³ ATSJ Cataluña 22 febrero 2017, Auto, núm. 21/2017, RJ/2017\1603, ES:TSJCAT:2017:55A, ATSJ Cataluña de 19 mayo 2017, núm. 71/2016, JUR\2016\146311, ES:TSJCAT:2016:192A; ATSJ Madrid de 14 octubre 2020, núm. 10/2020, JUR 2021\17733, ES:TSJM:2020:438A.

⁶⁴ Sentencia del Tribunal de Apelación de Hong Kong de 13 de junio de 2011, *Shandong Hongri Acron Chemical Joint Stock Company Limited v. PetroChina International (Hong Kong) Corporation Limited*, XXXVI *Yearbook Comm Arb.*, 2011, p. 287.

⁶⁵ CNUDMI, 41º período de sesiones Nueva York, 16 de junio a 3 de julio de 2008, Informe sobre la encuesta acerca de la ejecución legislativa de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958), A/CN.9/656, página 15.

⁶⁶ Sentencia del Tribunal de Apelación de París de 23 de marzo de 2001, *Gouvernement de la Fédération de Russie v. Compagnie Noga d'importation et d'exportation*, núm. 2001/208101.

⁶⁷ Sentencia del District Court, Eastern District Pennsylvania, Estados Unidos de America de 21 de octubre de 2002, *Canada Inc. (f/k/a Nora Beverages, Inc.) v. North Country Natural Spring Water Ltd.*, 02-1416.

4. Remisión al ordenamiento jurídico español

32. El artículo 46.2 LArb dice:

El exequátur de laudos extranjeros se regirá por el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York, el 10 de junio de 1958, sin perjuicio de lo dispuesto en otros convenios internacionales más favorables a su concesión, y se sustanciará según el procedimiento establecido en el ordenamiento procesal civil para el de sentencias dictadas por Tribunales extranjeros⁶⁸.

33. El sistema español del reconocimiento y exequatur de laudos arbitrales extranjeros se basa en una doble remisión. El derecho interno (artículo 46.2 LArb) se remite al CNY y éste, a su vez (artículo III CNY), y como hemos indicado, se remite para las cuestiones procesales al derecho español cuando el laudo arbitral se haga valer en España. La remisión a las normas procesales internas ha sido aplicada, con carácter general, por los tribunales españoles⁶⁹.

Estas remisiones no son exactamente idénticas en el sentido de que el artículo III CNY 1958 consigna la aplicación, para las cuestiones procesales las leyes vigentes *en el territorio* donde se pretende el reconocimiento o el exequatur -se entiende que de los laudos-; sin embargo, la Ley de arbitraje, prevé la sustanciación del procedimiento de exequatur previsto para las sentencias extranjeras (artículo 46.2 *in fine* LArb.) sin tener en cuenta las diferencias que se verán a continuación e introduciendo falta de claridad⁷⁰.

La referencia al territorio donde la sentencia sea invocada del artículo III CNY puede plantear problemas de determinación en los Estados plurilegislativos con distintas normas de procedimiento como en Canadá o en los USA⁷¹. El hecho de que el mismo artículo III CNY diferencie entre “Estados contratantes” y “territorio donde la sentencia sea invocada” y de que el artículo XI CNY contemple que la aplicación de determinados artículos de la Convención puedan depender de lo previsto en estados que configuran un Estado federal nos lleva a deducir que la remisión del artículo III CNY debe entenderse al procedimiento aplicable en la legislación vigente en el territorio correspondiente a la autoridad ante quien se haya planteado la demanda de exequatur.

A) Determinación de las reglas procedimentales aplicables

34. El propio artículo 46.2 LArb prevé la aplicación de otras normas convencionales distintas al Convenio de Nueva York de 1958. Esta referencia ha sido calificada de redundante dado que el Convenio de Nueva York es el único texto internacional multilateral aplicable que ya ordena la preferencia de otros textos internacionales más favorables⁷². En caso de que el laudo provenga de un Estado con el que España tenga un convenio que contemple el reconocimiento de laudos arbitrales se producirá concurrencia normativa. La determinación del concreto convenio aplicable se resolverá atendiendo a lo previsto en los textos de los convenios en cuestión y, en particular, al principio de la mayor favorabilidad previsto en el artículo VII CNY⁷³. El régimen de algunos de estos convenios varía en aspectos sustantivos respecto del régimen del CNY y de las normas procesales internas, como se verá a

⁶⁸ La LArb no hace referencia al Reglamento UE 1215/2012 de 12 de diciembre relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I bis) por la consabida exclusión de su ámbito de aplicación del arbitraje. De tal modo que no afecta a la aplicación del CNY (Considerando 12, tercer apdo.) Sobre esta exclusión C. FERNÁNDEZ CARRÓN, EN J.L. COLLANTES GONZÁLEZ, (DIR.), *Enciclopedia del Arbitraje*. Segunda Parte. Vol. 48, Estudio Mario Castillo Freyre, SCRL, 2018, p. 269.

⁶⁹ STS 4 marzo 2003. TSJ Cataluña 17 noviembre 2011, FD 3º.

⁷⁰ STSJ Cataluña de 7 enero 2015, núm. 1/2015, *Yearbook Comm Arb.*, vol. XLII, 2017, pp. 507-509.

⁷¹ STS Canadá 20 mayo 2010, *Yugraneft Corporation v. Rexx Management Corporation*, SCC, 19, 1 -S.C.R. 649, apdo. 33.

⁷² M. GÓMEZ JENE, *op. cit.*, p. 384.

⁷³ Sobre esta cuestión véase, M. GÓMEZ JENE, *op. cit.*, pp. 448-451. La aplicación de este principio ha llevado, tradicionalmente a aplicar el Convenio de Nueva York frente a los convenios bilaterales también aplicables a los supuestos, F. ORTEÚ CEBRIÁN/M.S. ALÍAS GAROZ, *Exequátur de laudos arbitrales extranjeros al amparo del Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958. Doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo*, Bosch, 2003, pp. 162-164.

continuación -órganos competentes y recursos disponibles- por lo que la determinación del concreto régimen aplicable no es baladí.

35. El régimen procesal de obtención del reconocimiento y exequatur de laudos arbitrales extranjeros en España está contenido en distintos textos legislativos que contienen el régimen relativo a la competencia judicial internacional, territorial y objetiva, el procedimiento y documentación a presentar: la LOPJ, en el artículo 8.6 Ley de Arbitraje, en la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil y Mercantil (LCJIMC) y en la LEC⁷⁴.

36. Por un lado, en relación a la competencia el artículo 22 letra e LOPJ otorga la competencia judicial internacional exclusiva para conocer de las solicitudes de reconocimiento y ejecución en España de los laudos arbitrales extranjeros. Y el artículo 73.1, letra c del mismo texto legal otorga competencia para las peticiones de exequatur a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia⁷⁵.

37. Por su parte, el artículo 8.6 LArb determina los tribunales territorialmente competentes para otorgar el reconocimiento atribuyéndosela a los TSJ *del domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o del lugar del domicilio o residencia de la persona a quien se refieren los efectos de aquellos*. Subsidiariamente, se otorga la competencia territorial a los TSJ del lugar de ejecución o del lugar donde los laudos vayan a *producir sus efectos*⁷⁶.

38. Por otro lado, la remisión hecha por el artículo 46.2 *in fine* LArb a las normas de procedimiento españolas ha sido interpretada por parte de la doctrina como realizada a los arts. 50-55 de la LCJIMC⁷⁷. Aunque la doctrina centra el régimen aplicable en el cap. IV de la LCJIMC (arts. 52-55) que regula el procedimiento de exequatur⁷⁸, todo el título V de la norma sería aplicable. A pesar de que el capítulo IV del título V LCJIMC se refiere solo a sentencias judiciales se aplica también al exequatur de los laudos o sentencias arbitrales.

El artículo 50.1 LCJIMC requiere el exequatur para que una resolución extranjera con fuerza ejecutiva en el Estado de origen sea ejecutable en España y el apartado segundo de la misma disposición remite a las disposiciones de la LEC para el procedimiento de ejecución de las resoluciones extranjeras que haya obtenido el exequatur.

⁷⁴ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado...*, op. cit., p. 4659.

⁷⁵ Ley Orgánica del Poder Judicial, 6/1985 de 1 de julio. Esta norma fue añadida por el artículo Único 1 de la Ley Orgánica 5/2011, de 20 de mayo, con el argumento de la necesidad de unificación de criterios aplicados por las Audiencias Provinciales, estas modificaciones normativas se cambió la competencia de los jueces españoles y una práctica que sostenía que son los Juzgados de Primera Instancia los competentes para conocer del exequatur de los laudos arbitrales extranjeros. Así se indica en la exposición de motivos que justifica la modificación de la Ley española de arbitraje y M. GÓMEZ JENE, *Arbitraje Comercial Internacional*, op. cit., p. 188. Hasta la reforma operada en 2011, los juzgados de Primera Instancia eran los competentes para conocer del exequatur. Auto Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Rubí (Provincia de Barcelona) de 11 junio de 2007, JUR\2010\96143.

⁷⁶ La Competencia de los Juzgados de Primera Instancia produjeron no pocos conflictos sobre la competencia territorial. Así, la Audiencia Provincial de Madrid conoce de un recurso de reposición en un caso de un conflicto negativo de competencias por declaración de incompetencia territorial por parte del juzgado de 1ª instancia nº2 de Pozuelo de Alarcón para conocer de la solicitud de reconocimiento y ejecución de laudo dictado el 23 de agosto de 2005 y por parte del juzgado de 1ª instancia nº 74 de Madrid, Procedimiento de reconocimiento frente a la entidad española GMR Asesores, SL En 2005 se dicta laudo por el Centro de Arbitraje de Cámara de Comercio de Caracas, La Audiencia recuerda que el Convenio de Nueva York guarda silencio sobre la sustanciación que deba darse en España a la solicitud de homologación de un laudo extranjero. Pero el auto alude a los artículos 955 y ss. LEC (todavía no estaba en vigor la LCJIMC). La Audiencia considera que el exequatur de un laudo extranjero en España se debe pedir ante el Juzgado de Primera Instancia del domicilio o lugar de residencia de la parte frente a quien se interesa el reconocimiento o ejecución. AAP Madrid de 1 abril 2009, ES:APM:2009:5039A.

⁷⁷ M.-J. CASTELLANOS RUIZ, "Laudos arbitrales extranjeros en España. El Tribunal Supremo y el Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIRS.), *El Tribunal Supremo y el Derecho internacional privado*, Volumen 1, Rapid Centro Color, S.L., Murcia, 2019, pp. 47-91, p. 64.

⁷⁸ Hasta la adopción de la LCJIMC, el Tribunal Supremo y la doctrina consideraron esta remisión hecha, a los artículos 951 y siguientes de la LEC. ATS de 16 mayo de 2001, recurso 350/2001, citado por F. ORTÉU CEBRIÁN/M. I. ALÍAS GAROZ, *Exequatur de laudos arbitrales extranjeros al amparo del Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958. Doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo*, Bosch, Barcelona, 2003. p. 171.

39. Estas normas de la LCJIMC especifican las acciones disponibles para el beneficiado por un laudo extranjero para que éste produzca efectos en España.

A pesar de que la LCJIMC y la doctrina han diferenciado varias acciones distintas para obtener eficacia en España de las resoluciones extranjeras, distinguiendo entre la acción de exequatur (artículo 50.1 LCJIMC) que tiene por finalidad una declaración que autorice la ejecución de los mandatos de condena del laudo en España y las de reconocimiento por homologación (artículo 42.1 LCJIMC) y no reconocimiento por homologación (artículo 42.2 LCJIMC) que tienen por objetivo una declaración de reconocimiento o de no reconocimiento con efectos *erga omnes*⁷⁹. En la realidad española, las resoluciones de los TSJ no aplican esta diferenciación -y confundiendo la acción de exequatur (artículo 50.1 LCJI) con el procedimiento de exequatur (artículo 42 LCJIMC)- adoptan las decisiones denominando reconocimiento en ambos casos. Por tanto, existiendo esta distinción en la LCJIMC, al tener un laudo pronunciamientos de condena tendríamos que solicitar el exequatur si la pretensión es la de ejecutar coercitivamente el laudo extranjero en España y, en cambio ejercitar una acción distinta, la del reconocimiento si la pretensión del demandante se ciñe a que el laudo produzca en España los efectos propios del reconocimiento, esto es el de cosa juzgada⁸⁰.

Sin embargo, las resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia denominan “demanda de reconocimiento”, “demanda de reconocimiento a efectos de ejecución”, se refiere únicamente al reconocimiento o indistintamente “que se suplica el dictado de Auto por el que se acuerde el exequatur sobre los pronunciamientos de condena del Laudo... para ser ejecutable en España”⁸¹.

La distinción anterior no impide que en un mismo procedimiento (procedimiento de exequatur del artículo 42.1 LCJIMC) se acumulen las acciones y se solicite conjuntamente el reconocimiento por homologación y el exequatur de un laudo extranjero⁸².

A estas acciones debe añadirse la posibilidad de solicitar el reconocimiento incidental previsto en el artículo 44.2 LCJIMC⁸³. En virtud de esta norma, el laudo arbitral puede reconocerse en un procedimiento judicial abierto en España y será el juez que conozca del mismo el que se pronunciará sobre el mismo, limitándose los efectos del mismo al procedimiento en cuestión y no impidiendo que se solicite el exequatur del laudo. En esta forma de reconocimiento el juez verifica los presupuestos del reconocimiento y que no concurre ninguna causa de denegación (artículo V CNY)⁸⁴.

El análisis del régimen del procedimiento de exequatur de nuestro ordenamiento jurídico (cuestiones de competencia y otros aspectos) se realizará a la luz del artículo III CNY y su mandato de no discriminación respecto de la ejecución/exequatur de laudos arbitrales nacionales y la prohibición de no imponer obstáculos demasiado gravosos para su reconocimiento.

B) Órganos competentes

40. En relación a la competencia judicial internacional, el artículo 22, letra e) LOPJ atribuye competencia exclusiva a los tribunales españoles para el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros en España sin exigir condiciones añadidas como el domicilio en España de la persona contra la que se alega el laudo⁸⁵.

⁷⁹ A estas hay que añadir la acción de reconocimiento incidental (artículo 44.2 LCJIMC) que pretende hacer efectiva la resolución extranjera en un litigio iniciado en España y que no interesa a los efectos de este trabajo. Véase, *per omnia*, A.L. CALVO CARAVACA, “Artículo 42”, en A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA, (Coord.), *Comentario a la Ley 29/2015 de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*, Bosch, 2017, p. 375.

⁸⁰ ATSJ Cataluña de 7 enero 2015, ES:TSJCAT:2015:15A; ATSJ Madrid 14 octubre 2020, núm. 10/2020, JUR 2021\17733, ES:TSJM:2020:438A.

⁸¹ ATSJ Madrid 14 octubre 2020, núm. 10/2020, JUR 2021\17733, ES:TSJM:2020:438A; ATSJ Cataluña de 7 enero 2015, ES:TSJCAT:2015:15A

⁸² A.L. CALVO CARAVACA, “Artículo 42”, en A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA, (Coord.), *op. cit.*, p. 374-375

⁸³ SAP Barcelona 12 julio 2017, ES:APB:2017:6207 sobre el reconocimiento y la clasificación de un crédito declarado en un laudo arbitral extranjero en un procedimiento concursal ante el Juzgado de lo Mercantil de Barcelona.

⁸⁴ *Ibidem*, FD 3, parágrafo 10, M. GÓMEZ JENE, *Arbitraje Comercial Internacional*, Cizur Menor, Civitas Thomson, 2018, pp. 454 y 455.

⁸⁵ Con criterio erróneo, STSJ Madrid de 2018 FD 2ª, ES:TSJM:2018:113A.

La presencia de bienes en el territorio del Estado donde se solicita el exequatur no es una condición para otorgarlo⁸⁶.

Nuestro foro de competencia judicial internacional para el reconocimiento y exequatur de laudos extranjeros exige que la parte contra la que se solicita el exequatur del laudo extranjero disponga de activos contra los que ir en nuestro territorio para asumir su competencia. Como ya se ha indicado, el artículo III CNY impide también exigir el domicilio o residencia en España a la parte frente a la que se solicita el reconocimiento a la persona a quien se refieren los efectos de aquellos, determinándose subsidiariamente la competencia territorial por el lugar de ejecución o donde aquellos laudos o resoluciones arbitrales deban producir sus efectos⁸⁷.

Con un criterio confuso, cuestionada por el demandado la competencia judicial internacional de los tribunales españoles para otorgar el reconocimiento de un laudo suizo por no tener aquel domicilio en España, se han utilizado los criterios de competencia territorial del artículo 8.6 LArb para controlar la competencia internacional⁸⁸. En efecto, bastaría con haber alegado la incompatibilidad con el artículo III CNY de la exigencia de disponer de domicilio en España de la parte contra la que se solicita el reconocimiento o la necesidad de acreditar un interés del demandante en el reconocimiento para reconocer la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en su conjunto⁸⁹. En este sentido de alegarse el artículo 54.1 LCJIMC como foro de competencia judicial internacional en tanto limita las posibilidades eficacia de un laudo extranjero en España debiera plantearse su compatibilidad con la Convención de Nueva York. Además de que podría considerarse que esta norma regula, en realidad, la legitimación activa en tanto determina quien puede intervenir en el procedimiento de exequatur de un laudo extranjero como demandante. Esta cuestión de la legitimación activa que, aunque se considera generalmente como una cuestión sometida a la *lex causae* y, por tanto, no como una “cuestión procedimental”, la doctrina entiende sometida al artículo III CNY⁹⁰.

a) Competencia objetiva general

41. Como se ha indicado en la introducción, existe una doble vía en nuestro ordenamiento jurídico en relación a los órganos competentes para conocer del procedimiento de reconocimiento y exequatur de un laudo extranjero. La entrada en vigor de la LCJIMC en 2015 no supuso la aplicación del artículo 52 de dicho texto legal que prevé la competencia de los Juzgados de Primera Instancia para conocer de las solicitudes de exequatur, sino que la doctrina ha considerado que debe aplicarse, como norma especial el artículo 46 LArb, su remisión al Convenio de Nueva York y la LOPJ. Dichas normas que atribuyen competencia para declarar el exequatur a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia⁹¹.

La jurisprudencia afirma que la competencia de la Sala de lo Civil y Penal de los TSJ se funda en la LOPJ por ser esta ley especial y orgánica, evitándose así la aplicación de la LCJIMC para las resoluciones arbitrales extranjeras. Pese a que actualmente es pacífica la idea de que son competentes para librar el exequatur de un laudo arbitral extranjero la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, puede argumentarse que la LCJIMC es posterior a la reforma de la LOPJ y más específica en cuanto a su contenido.

⁸⁶ D. ST J. SUTTON, J. GILL, M. GEARING, “The Role of the Court after the Award”, *Russell on Arbitration*, Chapter 8, 24 edición, 2020, Sweet & Maxwell, pp. 18 y 19.

⁸⁷ CNUDMI, “Artículo III”, *Guía relativa a la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras*, op. cit., pp. 83-120, concur. p. 88. Y así se considera en el Reino Unido, véase, R.C. DAVID JOSEPH, *Jurisdiction and Arbitration Agreements and their Enforcement*, Sweet & Maxwell, 2015, 3ª ed., 450 y p. 462.

⁸⁸ STSJ Madrid de 2018, FD 2º, ES:TSJM:2018:113A.

⁸⁹ Véase en contra, J. L. IRIARTE ÁNGEL, “Competencia de los tribunales españoles para conceder el reconocimiento de un laudo extranjero y otras cuestiones procesales al respecto”, *CDT*, vol. 11, núm. 1, pp. 779-785, concur. p. 782.

⁹⁰ Sobre la aplicación de la *lex causae* a la legitimación activa, véase, A-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, (Dir.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, op. cit., p. 1101; sobre el sometimiento de la legitimación activa para recurrir la decisión sobre el exequatur de un laudo extranjero, A. BÖRNER, “Article III”, op. cit., pp. 115-141, concur. p. 129.

⁹¹ A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, “Disposición adicional primera” en A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA (Coord.), *Comentario a la Ley 29/2015 de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*, Bosch, 2017, pp. 608-610.

42. El artículo 73 de la LOPJ indica en el apartado primero en su letra c) que serán competentes la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia

De las funciones de apoyo y control del arbitraje que se establezcan en la *ley*, así como de las peticiones de exequátur de laudos o resoluciones arbitrales extranjeros, a no ser que, con arreglo a lo acordado en los tratados o las normas de la Unión Europea, corresponda su conocimiento a otro Juzgado o Tribunal.

Por su parte, para completar las atribuciones jurisdiccionales en materia de arbitraje, el artículo 85 LOPJ (poner de cuando la versión vigente) en su apartado quinto indica que serán los Juzgados de Primera Instancia competentes para otorgar la ejecución de los laudos extranjeros:

De las solicitudes de reconocimiento y ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales extranjeras y de la ejecución de laudos o resoluciones arbitrales extranjeros, a no ser que, con arreglo a lo acordado en los tratados y otras normas internacionales, corresponda su conocimiento a otro Juzgado o Tribunal.

El legislador consideró conveniente trasladar a los Tribunales Superiores de Justicia esta competencia con el argumento de que éstos tienen un ámbito territorial “con mayor visibilidad a efectos de arbitraje internacional que los juzgados unipersonales”, además, se pretendió una unificación de criterios, que no debía existir en las Audiencias Provinciales en ese momento⁹².

Por tanto, desde el 10 de junio de 2011, fecha de modificación del artículo 7.3.1, letra c) LOPJ, son competentes para otorgar el exequatur y el reconocimiento de los Laudos arbitrales extranjeros como salas de lo Civil la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia salvo que sea aplicable un régimen convencional como luego veremos⁹³.

La presentación de la demanda de reconocimiento/exequatur de un laudo extranjero a otro órgano distinto no prosperará en tanto el Tribunal Supremo ha declarado que las normas que determinan la competencia objetiva son normas de *ius cogens* por lo que ésta última debe examinarse de oficio por el órgano ante el que se plantee el exequatur del laudo arbitral⁹⁴.

43. Esta competencia ha sido asumida en los pronunciamientos expuestos de los tribunales españoles, como la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia que se declaran competentes para el conocimiento de las demandas de *exequatur* de laudo colombiano, en aplicación de los arts. 73.1.c) LOPJ y 8.6 LArb⁹⁵.

Aunque esta norma sólo hace referencia al reconocimiento, la interpretación realizada por los órganos jurisdiccionales españoles es amplia en el sentido de que también se considera que estos mismos tribunales son competentes para otorgar el exequatur⁹⁶. Como Salas de lo Civil, las Salas de lo Civil y de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia son competentes para librar también el *exequatur* de las resoluciones arbitrales extranjeras⁹⁷. Así ha sido interpretado también por la doctrina⁹⁸.

Esta solución se parece a la prevista en la legislación alemana -el artículo 1062 de la ley de arbitraje de Alemania otorga competencia a los *Oberlandesgericht*- y se aleja de la adoptada por otros ordenamientos jurídicos; en Francia se otorga competencia para el reconocimiento de los laudos extranjeros a los jueces competentes para la ejecución (artículo 1498 Código de Procedimiento Francés).

⁹² Exposición de motivos de la Ley 5/2011, de 20 de mayo de 2011 ya citada.

⁹³ M. GÓMEZ JENE, *Arbitraje Comercial Internacional*, op. cit., p. 76.

⁹⁴ En relación a la falta de competencia objetiva en una demanda de reconocimiento de una sentencia extranjera, véase, ATS de 5 de febrero de 2013, RJ/2013\1996.

⁹⁵ ATSJ de Murcia, núm. 1/2019, de 12 de abril de 2019. ES:TSJMU:2019:12A, CASTELLANOS RUIZ, M.-J., “Exequatur de laudos arbitrales extranjeros en España: comentario al auto del TSJ de Murcia de 12 de abril de 2019”, *CDT*, Vol. 12, nº 1, 2020, 512-530.

⁹⁶ ATSJ de Cataluña de 16 de febrero de 2015, núm. 14/2015, ES:TSJCAT:2015:73A

⁹⁷ ATSJ de Murcia, núm. 1/2019, de 12 de abril de 2019. ES:TSJMU:2019:12A.

⁹⁸ GOMEZ JENE, M., *Arbitraje comercial internacional*, op. cit., p. 158.

44. De manera errónea, en ocasiones, se ha aplicado el artículo 8.6 LArb, además de como foro de competencia territorial, como foro de competencia judicial internacional para el reconocimiento de los laudos extranjeros⁹⁹.

Esta competencia otorgada a los Tribunales Superiores de Justicia se limita a los procedimientos de reconocimiento de laudos extranjeros, de modo que, si la decisión objeto de reconocimiento no ha sido dictada por un tribunal ajeno a la jurisdicción de otro Estado, estos tribunales deben denegar el exequatur¹⁰⁰.

b) Competencia en los convenios bilaterales

45. No debe olvidarse que el régimen del CNY y las normas internas procesales coexisten con el régimen de ciertos convenios bilaterales firmados por España que contienen un régimen distinto, especialmente de atribución de competencia y que puede complicar la determinación de la normativa interna concreta aplicable al caso teniendo en cuenta el contenido del mandato del artículo III CNY.

España ha celebrado tres tratados bilaterales que establecen una solución diferente al régimen de origen interno sobre la competencia de las autoridades españolas para conocer del reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral extranjero¹⁰¹. Se trata de los Tratados bilaterales con Brasil (artículo 22, letra a), China (artículo 18) y Uruguay (artículo 9, letra a)¹⁰². Los tres convenios internacionales otorgan competencia a los Juzgados de Primera Instancia. Una vez determinada la aplicación de estos tres convenios internacionales sus reglas sobre la competencia territorial y objetiva prevalecerán sobre las normas de origen interno¹⁰³. Esta preferencia de aplicación del Tratado ha resultado en la aplicación del artículo 18 del Tratado con China que declara competentes los Juzgados de Primera Instancia para los laudos procedentes de dicho país¹⁰⁴.

Esta prevalencia de los Tratados Internacionales se contempla también en las propias normas internas reguladoras de la competencia territorial, así el artículo 73.1, letra c LOPJ indica que “a no ser que, con arreglo a lo acordado en los tratados o las normas de la Unión Europea, corresponda su conocimiento a otro Juzgado o Tribunal”¹⁰⁵.

46. Como se verá a continuación la competencia de los Juzgados de Primera Instancia tiene repercusión sobre los recursos disponibles y sobre la posible acumulación de acciones. Cabe en estos casos el recurso de apelación ante la Audiencia Provincial y recurso extraordinario por infracción procesal o recurso de casación en virtud de la aplicación del régimen de recursos del artículo 55 LCJIMC. Por tanto, hay un régimen procesal completo distinto que puede ser aplicable como norma más favorable al reconocimiento. Esto sería posible si se acepta la aplicación de la norma más favorecedora del exequatur no en bloque, considerada como un todo, sino sólo las disposiciones de los tratados bilaterales sobre el órgano competente sin llegar a caer en el *cherry-picking* prohibido por el artículo VII CNY¹⁰⁶.

⁹⁹ ATSJ de Madrid de 18 de abril de 2018, ES:TSJM:2018:113A y J. L. IRIARTE ÁNGEL, “Competencia de los tribunales españoles para conceder el ...”, *op. cit.*, p. 781.

¹⁰⁰ ATSJ Cataluña de 7 enero 2015, ES:TSJCAT:2015:15A.

¹⁰¹ M. GÓMEZ JENE, *Arbitraje comercial internacional*, *op. cit.*, p. 453.

¹⁰² Convenio de cooperación jurídica en materia civil entre el Reino de España y el Gobierno de la República Federativa de Brasil, firmado en Madrid el 13 abril 1989, (BOE 10 julio 1991, núm. 164); Tratado entre el Reino de España y la República Popular China sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil, hecho en Pekín el 2 de mayo de 1992, (BOE 31 de enero de 1994, núm. 2) y Convenio de Cooperación Jurídica entre el Reino de España y la República Oriental del Uruguay, hecho en Montevideo el 4 noviembre de 1987, (BOE 30 abril 1998, núm. 103).

¹⁰³ A-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, (Dir.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 4662.

¹⁰⁴ ATSJ de Navarra de 30 mayo 2012, ES:TSJNA:2012:2A.

¹⁰⁵ Las resoluciones judiciales anteriores a la entrada en vigor de la LCJIMC alegaban también la literalidad del derogado artículo 955 LEC que contemplaba su aplicación indicando “Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados y otras normas internacionales”. Véase ATSJ de Navarra de 30 mayo 2012, ES:TSJNA:2012:2A.

¹⁰⁶ M. GÓMEZ JENE, *Arbitraje Comercial Internacional*, *op. cit.*, p. 449.

c) Competencia territorial

47. El artículo 8.6 LArb indica lo siguiente:

Para el reconocimiento de laudos o resoluciones arbitrales extranjeros será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o del domicilio o lugar de residencia de la persona a quien se refieren los efectos de aquellos, determinándose subsidiariamente la competencia territorial por el lugar de ejecución o donde aquellos laudos o resoluciones arbitrales deban producir sus efectos.

Para la ejecución de laudos o resoluciones arbitrales extranjeros será competente el Juzgado de Primera Instancia con arreglo a los mismos criterios.

48. Esta norma reguladora de la competencia territorial tiene dos foros, uno principal y otro subsidiario. En primer lugar, el foro principal es doble porque otorga competencia a la Sala de lo Civil y de lo Penal del domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento; o también, alternativamente, a la Sala que corresponda al lugar del domicilio o lugar de residencia de la persona a quien se refieren los efectos de aquellos. En segundo lugar, en defecto de los dos criterios anteriores, la norma otorga competencia a la Sala que corresponde al lugar de ejecución o donde aquellos laudos o resoluciones arbitrales deban producir sus efectos. Y así se ha aplicado por los tribunales españoles¹⁰⁷.

El objetivo de esta norma es lograr una mayor efectividad en el reconocimiento de los laudos al permitir la demanda tanto en el domicilio del demandado como en otros lugares donde resida de hecho¹⁰⁸.

La regla subsidiaria, es decir, la aplicable en defecto de los criterios primarios, permite plantear la demanda de exequatur en el lugar de ejecución o donde el laudo extranjero vaya a producir efectos¹⁰⁹. La jurisprudencia ha entendido que este lugar puede ser el de situación de los bienes del demandado y el del domicilio de una persona afectada por el laudo, incluyendo el lugar de residencia del demandante¹¹⁰.

49. Esta norma que establece dos foros principales alternativos entre sí y dos foros subsidiarios también alternativos entre sí no parecen plantear problemas de discriminación, al contrario, favorecen la obtención del exequatur de los laudos arbitrales extranjeros en España. Así lo ha entendido la doctrina que ha justificado la elección de estos criterios con el fin de favorecer el efectivo reconocimiento de los laudos extranjeros¹¹¹.

En todo caso, la aplicación de normas relativas al *Forum non conveniens* o en casos de desvinculación del asunto con España o en ausencia de competencia territorial en las demandas de exequatur de laudos extranjeros no se puede justificar la declinación de la competencia judicial internacional ya que ésta se ha planteado muy generosamente en la LOPJ y la solución al caso deberá encontrarse en la LEC¹¹². El no reconocimiento de un laudo extranjero por falta de competencia territorial vulneraría, en nuestra opinión el artículo III CNY.

50. Este foro tiene carácter imperativo, de modo que no puede ser modificado por la voluntad de las partes mediante sumisión¹¹³. Se ha interpretado el concepto de domicilio de manera muy formalista ya que se han considerado competentes los tribunales donde aparece radicado el domicilio social de la entidad contra la que se presenta el reconocimiento y la ejecución, según los datos del Registro Mercantil, sin que pueda prevalecer la indicación obrante en diligencias de emplazamiento. A los efectos de

¹⁰⁷ La Sala de lo Civil y de lo Penal de la Región de Murcia, al considerarse cumplidos los requisitos asumió la competencia. ATSJ de Murcia, núm. 1/2019, de 12 de abril de 2019. ECLI

¹⁰⁸ STSJ Cataluña de 19 mayo 2016 (leerla) y A-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, (Dir.), *Tratado de Derecho Internacional*, op. cit., p. 1030.

¹⁰⁹ AAP Madrid 1 abril 2009.

¹¹⁰ AAP Cataluña 16 febrero 2015 y ATSJ Madrid 18 abril 2018, ES:TSJM:2018:113A.

¹¹¹ A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, (Dir.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, op. cit., p. 1029.

¹¹² Así se argumenta por parte de la doctrina para los litigios con elementos extranjero con carácter general, *Ibidem*, Tomo I, pp. 401-404.

¹¹³ AAP Madrid, sección 10, 163/2009 de 1 de abril 2009, ES:APM:2009:5039A.

determinar la competencia territorial tampoco importa que la entidad haya trasladado materialmente su ubicación física sin modificar correlativamente su inscripción registral. De modo que ese cambio físico de ubicación no afecta a cuál sea “en rigor” su domicilio ni, por tanto, la competencia territorial para conocer del litigio de reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero¹¹⁴.

d) Competencia para la ejecución de los laudos

51. Después de un tiempo de vacilación en la jurisprudencia tras la reforma de la LOPJ y la Ley de arbitraje en 2011, hoy está clara, en principio, la incompetencia de los juzgados de lo mercantil para otorgar el exequatur y para la ejecución material de los laudos, tanto los internos como los internacionales tras el exequatur, salvo que se pronuncien sobre materias de su competencia.

Son numerosas las decisiones que niegan la competencia de los juzgados de lo mercantil para la ejecución de un laudo y que establecen que la competencia objetiva para la ejecución de laudo arbitral interno es del Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se haya dictado con independencia de que la materia sea civil o mercantil¹¹⁵. Pero si serán competentes para el reconocimiento incidental en caso de que se haga valer un laudo extranjero en el seno de un litigio iniciado ante un juzgado mercantil¹¹⁶.

IV. Consecuencias de las reglas de competencia objetiva

1) Imposibilidad de acumulación de acciones

52. Las normas procedimentales españolas a las que remite el Convenio de Nueva York para el procedimiento de reconocimiento y ejecución de los laudos extranjeros tienen como consecuencia la necesidad de superar dos procedimientos, uno por el que se obtenga el exequatur del laudo extranjero y otro, posterior, para la ejecución del mismo. Esto puede suponer una onerosidad tal suficiente como para considerarla contraria al artículo III CNY.

53. Esta doble fase se deriva de que en España son competentes órganos jurisdiccionales distintos para otorgar el exequatur a los laudos arbitrales extranjeros y para la ejecución de los mismos una vez obtenido éste. Esta distinción de órganos competentes impide la acumulación de acciones prevista en la LCJIMC para la solicitud de exequatur de las resoluciones judiciales extranjeras¹¹⁷. Siendo competentes los Tribunales Superiores de Justicia para conocer de la acción de exequatur y los Juzgados de Primera Instancia para otorgar la ejecución, no podrá solicitarse la acumulación de acciones (artículo 401 LEC)¹¹⁸.

Esto puede acarrear costes económicos y dilaciones temporales en tanto deben superarse dos procedimientos sucesivamente. Estas consecuencias negativas en términos de tiempo y costes para el acreedor/demandante del exequatur pueden vulnerar el mandato del artículo III *in fine*.

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ Atribuyen competencia a los juzgados de primera instancia Auto de la Audiencia Provincial de Cantabria de 18 de septiembre de 2012, ES:APS:2012:479A; AAP de Cantabria de 3 octubre 2012, ES:APS:2012:483A. P. MORENILLA ALLARD, “El reconocimiento del laudo extranjero en España: el convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958, La Ley Digital, 2009, p. 7.

¹¹⁶ SAP Barcelona de 12 julio 2017, ES:APB:2017:6207. El Juzgado Mercantil es competente para reconocer un crédito como no litigioso declarado así en laudo arbitral extranjero CCI que se hace valer en un litigio concursal abierto ante dicho Juzgado. Y se considera que una vez que el crédito ha sido reconocido en un laudo extranjero ya no debe considerarse litigioso en el procedimiento concursal en España, M.F., MARTÍN MORAL, “El tratamiento del laudo extranjero en el concurso de acreedores. Una especial alusión al laudo sometido a un procedimiento de anulación (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 5ª, núm. 306/2017, de 12 julio)”, *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. X, nº 2, 2017, pp. 501-510.

¹¹⁷ A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA, “Disposición adicional primera” en A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA, (Coord.), *Comentario a la Ley 29/2015 de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*, Bosch, 2017, p. 449.

¹¹⁸ En virtud de esta norma, el momento preclusivo para la acumulación de acciones se produce después de la contestación de la demanda, siendo imposible la acumulación de otra pretensión a la ya ejercitada en la demanda.

2) Recursos disponibles

54. A pesar de que el Convenio de Nueva York no impone restricciones al régimen interno de los recursos contra la decisión de reconocimiento o exequatur de un laudo, el respeto del principio de no discriminación impuesto en el artículo III CNY implicaría que la decisión que otorga/rechaza el exequatur debe tener los mismos recursos que los laudos internos o que estos no deben entorpecer la eficacia del laudo extranjero. En cambio, esta norma no afecta a la decisión estatal de establecer o no recursos a la decisión de concesión o denegación del reconocimiento.

El régimen doméstico sobre la legitimación activa para recurrir el auto de reconocimiento, no reconocimiento o exequatur del laudo determinada también por la *lex fori* es una cuestión que debe respetar también el artículo III CNY¹¹⁹.

Las leyes internas de los Estados contratantes difieren radicalmente respecto de los recursos disponibles ante las decisiones que otorgan el reconocimiento/exequatur o lo niegan¹²⁰. Algunos países prevén la revisión judicial para todas las resoluciones de los tribunales inferiores, en cambio otros establecen la posibilidad de recurso sólo en los casos en los que la ejecución se ha denegado y no cuando el exequatur se ha otorgado¹²¹.

55. El Tribunal Supremo de los Países Bajos ha entendido que es contrario al mandato del artículo III CNY la previsión en el ordenamiento jurídico de ese país de recurrir la resolución que ordena la ejecución de un laudo extranjero -*granting leave for enforcement* - por la razón de que esa posibilidad no está prevista para los laudos internos. De ese modo se consideró que constituía una condición sustancialmente más onerosa y que violaba el artículo III CNY¹²².

Por el contrario, en Francia se pretende favorecer la eficacia del laudo extranjero y dar cumplimiento al artículo III CNY restringiendo la posibilidad de recursos. Así, se prevé la posibilidad de recurrir la decisión que rechaza el reconocimiento o el exequatur del laudo extranjero (artículo 1501 Código de procedimiento Civil) pero sólo se permite el recurso de la decisión que otorga el reconocimiento y/o exequatur por las mismas razones que puede recurrirse el laudo interno en anulación (artículo 1502 y 1504 Código de procedimiento Civil)¹²³.

56. Como se ha indicado, que la competencia para conceder el exequatur se otorgue a los Tribunales Superiores de Justicia impide la doble instancia en España, a pesar de lo que predica el artículo 55 LCJIMC¹²⁴. Y ello porque el auto mediante el que resuelve el TSJ no sería susceptible de apelación -el artículo 455 LEC dispone que lo son únicamente las resoluciones apelables de los juzgados de paz y de primera instancia- ni de recurso por infracción procesal -el artículo 468 LEC dispone que lo son únicamente las sentencias y autos dictados por las Audiencias Provinciales que pongan fin a la segunda instancia- ni en casación -el 477 LEC dispone que lo son únicamente las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales-¹²⁵.

57. Por tanto, en España el régimen de los recursos en el ámbito del exequatur coincide con el régimen de recursos contra los laudos dictados en España ya que el artículo 42 LArb indica que contra la sentencia dictada por el TSJ como consecuencia de ejercer la acción de anulación del laudo no cabe

¹¹⁹ A. BÖRNER, "Article III", *op. cit.*, pp: 115-141, con.cr., pp. 129.

¹²⁰ M. SCHERER, "Article III. Recognition...", *op. cit.*, p. 202.

¹²¹ Se pone como ejemplo la legislación de Perú, Países Bajos, Francia e India, SCHERER, p. 202.

¹²² M. SCHERER, "Article III. Recognition", *op. cit.*, p. 205. Y Netherlands HR XXXV Com. Arb. 423, 2010.

¹²³ Estas razones son: la nulidad del convenio arbitral, la irregularidad en el nombramiento de los árbitros, el pronunciamiento sobre materia no sometida a arbitraje, la vulneración del principio de contradicción si el reconocimiento o la ejecución son contrarios al orden público internacional.

¹²⁴ El apartado primero de esta disposición establece, para el exequatur de resoluciones judiciales extranjeras la posibilidad de interponer recurso de apelación contra el auto de exequatur -dictado por el juzgado de primera instancia- en los términos de la LEC. En el apartado segundo, prevé la posible interposición de recurso extraordinario por infracción procesal o el recurso de casación contra la resolución de la Audiencia Provincial en segunda instancia.

¹²⁵ M. GÓMEZ JENE, M., *Arbitraje Comercial Internacional*, *op. cit.*, p. 383.

recurso. De modo que, resultando que el régimen de recursos es idéntico en el derecho procesal español para los laudos dictados o en el extranjero, se puede concluir que el sistema de recursos en España no parece discriminatorio en el sentido del artículo III CNY¹²⁶.

No ocurre así respecto del reconocimiento y exequatur de laudos extranjeros al que se le aplica el régimen convencional. En efecto, como se ha indicado anteriormente, los Tratados bilaterales con Brasil, China y Uruguay otorgan la competencia para conocer de las acciones de reconocimiento y exequatur a los Juzgados de Primera Instancia¹²⁷. Esto tiene como consecuencia que el auto dictado sería susceptible de apelación -el artículo 455 LEC dispone que lo son únicamente las resoluciones apelables de los juzgados de paz y de primera instancia- y de recurso por infracción procesal -el artículo 468 LEC dispone que lo son las sentencias y autos dictados por las Audiencias Provinciales que pongan fin a la segunda instancia- ni en casación -el 477 LEC dispone que lo son únicamente las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales-. Sin embargo, este doble régimen en España no parece resultar contrario al principio de no discriminación del artículo III CNY al prever éste sólo la diferencia de trato con los laudos internos y no respecto del régimen procesal previsto en los Estados contratantes específico para el exequatur y la ejecución de otros laudos extranjeros.

58. En los casos en los que uno de estos convenios bilaterales sea aplicable al reconocimiento de un laudo extranjero, las reglas sobre competencia judicial y sus consecuencias sobre la acumulación de acciones y posibilidad de recursos a la decisión que pone fin al reconocimiento/exequatur pueden ser tenidas en cuenta a la hora de aplicar el principio de mayor favorabilidad del artículo VII CNY.

V. El procedimiento en España

59. La remisión hecha por el artículo 46.2 *in fine* LArb a las normas de procedimiento españolas, para todo lo no regulado en el artículo IV CNY, nos lleva a aplicar también el artículo 54 de la LCJIMC que regula el proceso de exequatur.

60. La previsión en el procedimiento de la LCJIMC de la audiencia a la parte contra la que se insta el reconocimiento y ejecución otorgándosele un plazo de 30 días para que se oponga no vulnera el artículo III CNY¹²⁸.

En virtud del apartado quinto del artículo 54 LCJIMC el demandado puede impugnar “la autenticidad de la resolución extranjera, la corrección del emplazamiento al demandado, la firmeza y fuerza ejecutiva de la resolución extranjera” no mencionando la compensación. En cambio, algunos países permiten que excepciones sobre compensación pueden realizarse en el procedimiento de exequatur¹²⁹. Algunos autores consideran contrario a los artículos III y V CNY que el Estado miembro requerido permita la compensación en los procedimientos de reconocimiento/exequatur o ejecución¹³⁰.

En España no pueden alegarse este tipo de excepciones en el procedimiento de exequatur, pero sí en el procedimiento de ejecución en sentido estricto. La doctrina procesalista afirma la posibilidad de hacer un control negativo en el proceso de ejecución, que permita denegar el despacho de ejecución, si el laudo se estima contrario al orden público, por la imparcialidad de los árbitros, por razones relativas a la arbitrabilidad de la diferencia o incluso por laudo extemporáneo¹³¹.

¹²⁶ A. BÖRNER, “Article III”, *op. cit.*, pp: 115-141, *concr.*, pp. 128 y 129.

¹²⁷ Convenio de cooperación jurídica en materia civil entre el Reino de España y el Gobierno de la República Federativa de Brasil, firmado en Madrid el 13 abril 1989, (BOE 10 julio 1991, núm. 164); Tratado entre el Reino de España y la República Popular China sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil, hecho en Pekín el 2 de mayo de 1992, (BOE 31 de enero de 1994, núm. 2) y Convenio de Cooperación Jurídica entre el Reino de España y la República Oriental del Uruguay, hecho en Montevideo el 4 noviembre de 1987, (BOE 30 abril 1998, núm. 103).

¹²⁸ AAP Madrid, sección 10, 163/2009 de 1 de abril 2009, ES:APM:2009:5039A.

¹²⁹ Tribunal Supremo Federal alemán 2008, nota a pie 81 de A. BÖRNER, “Article III”, *op. cit.*.

¹³⁰ A. BÖRNER, “Article III”, *op. cit.*, p. 115 y M. SCHERER, “Article III. Recognition ...*op. cit.*”, p. 193.

¹³¹ Véase los autores citados por C. SENÉS MOTILLA, “Sobre la ejecución forzosa de las resoluciones arbitrales”, *op. cit.*, pp. 309-311.

61. La doctrina más autorizada ha considerado contrario al artículo III CNY la aplicación de ciertas normas procesales internas, como las que permiten las solicitudes de compensación o las reconvencciones en los procedimientos de exequatur¹³². En España, el artículo 406 LEC está incluido en el Título II relativo al juicio ordinario y, a pesar de que la demanda de exequatur debe tener la forma de demanda del artículo 399 LEC, permitir la aplicación del resto de trámites del juicio ordinario podría vulnerar el artículo III CNY¹³³.

Para tener en cuenta las demandas de compensación, los motivos deben ser indiscutidos o haber sido objeto de decisión por un órgano jurisdiccional o tribunal arbitral que cumpla los requisitos para obtener el reconocimiento/exequatur en España, en otro caso, podría vulnerarse la competencia del tribunal arbitral para conocer de cualquier excepción de compensación. En Alemania se limita la posibilidad de alegar estas consideraciones a los supuestos en los que no pudieron alegarse en el procedimiento arbitral, de lo contrario el procedimiento podría dilatarse e impedir la efectiva ejecución del laudo¹³⁴.

62. Por lo demás, se trata de un procedimiento sencillo y veloz en el que se debe dar audiencia al Ministerio Fiscal¹³⁵ y en principio no se practica prueba¹³⁶. Veloz porque formalizada la oposición o transcurrido el plazo sin que se haya hecho se debe resolver en el plazo de diez días (artículo 54.7 LCJMC). Aunque la ejecución de los laudos domésticos en España no debe pasar este procedimiento de exequatur, los trámites previstos no parecen suponer una carga rigurosa que vulnere el mandato del artículo III CNY.

1) La declaración de no reconocimiento

63. En relación a la posibilidad de ejercer la acción de no reconocimiento, el Convenio de Nueva York no prohíbe que la parte interesada inste el no reconocimiento de un laudo extranjero en un Estado, por lo que puede plantearse si la posibilidad de solicitar a título principal la denegación de un laudo arbitral extranjero, esto es, iniciar un procedimiento que tenga como objeto principal la declaración de denegación del reconocimiento –acción de denegación del reconocimiento–, es contraria a la previsión del artículo III CNY. En España esta posibilidad está prevista en el artículo 42.2 LCJMC.

En Alemania, para que una parte pueda obtener una declaración de no reconocimiento de un laudo arbitral debe probar la concurrencia de una causa del artículo V CNY. Si no se vulneraría el CNY.

Para que las declaraciones de no reconocimiento no supongan un incumplimiento del CNY debe exigirse dos cosas¹³⁷:

Que la parte actora presente un interés legítimo. Para ello debe probarse que el laudo causa un impacto negativo, como una privación de derechos, por ejemplo. De modo que si el laudo no supone consecuencias negativas para una parte no podría solicitarse esa declaración negativa del reconocimiento.

Que se pruebe la concurrencia de una de las causas de denegación del artículo V CNY.

64. En España se puede presentar un conflicto entre el principio favorable al reconocimiento y a la ejecución de la sentencia arbitral extranjera previsto en esa disposición convencional con el principio de tutela judicial efectiva (artículo 24 CE)¹³⁸.

Este cuestionamiento puede realizarse porque esta norma convencional impone el principio de favorabilidad al reconocimiento y a la ejecución, de modo que éstos sólo pueden denegarse si se prueba la existencia de una causa prevista en el primer apartado del artículo V CNY, o si, conforme a su número 2 si comprueba que, conforme a la legislación española (Estado requerido), la resolución se refiere a materia no arbitrable o si el exequatur es contrario al orden público.

¹³² M. SCHERER, “Article III. Recognition.. *op. cit.*, p. 194.

¹³³ M. GÓMEZ JENE, *Arbitraje Comercial Internacional*, *op. cit.*, p. 457.

¹³⁴ A. BÖRNER, *op. cit.*, p. 132.

¹³⁵ AAP Madrid, sección 10, 163/2009 de 1 de abril 2009, ES:APM:2009:5039A.

¹³⁶ AAP Madrid, sección 10, 163/2009 de 1 de abril 2009, ES:APM:2009:5039A.

¹³⁷ A. BÖRNER, *op. cit.*, pág. 134.

¹³⁸ ATSJ Madrid, 18 abril, 1918, AC\2018\786, FD núm. 3.

Sin embargo, la Convención no impone el reconocimiento y, aunque no permite la revisión del fondo del litigio y, como se acaba de recordar, prevé la posibilidad de denegarlo si concurre alguna de las causas previstas en el artículo V.

La autonomía o libertad de las empresas (artículo 10 CE) se vería conculcado si pudieran verse sometidas a arbitraje sin su consentimiento, -por un convenio arbitral no válido o que no les vincula-. Además, una adecuada protección de su derecho a la tutela jurisdiccional (artículo 24 CE) requiere que sea posible una protección anticipada del derecho conculcado mediante una formulación directa con base en las causas de denegación. Ya que dejar que sólo puedan alegarse las causas del artículo V CNY como oposición a la demanda de reconocimiento no garantiza una protección de los intereses de manera suficiente porque se dejaría depender su defensa, únicamente de la conducta adoptada por la contraparte.

65. En la práctica de otros Estados la solución ha sido distinta. Existen jurisdicciones donde no se ha permitido la solicitud de declaraciones negativas de reconocimiento¹³⁹.

66. Por otro lado, muchos países permiten procedimientos distintos al *regular* del reconocimiento o exequatur, en sentido estricto. Por ejemplo, prevén solicitar una declaración de que el laudo no existen o no es aplicable a una determinada controversia, o de que un laudo arbitral extranjero no puede producir efectos en un determinado país si no obtiene previamente el reconocimiento (Alemania).

2) El proceso de ejecución

67. En cuanto al proceso de ejecución en sentido estricto, los laudos arbitrales tendrán aparejada la ejecución y, por tanto, se puede instar la acción ejecutiva en virtud del artículo 517 LEC que regula la acción ejecutiva en el apartado primero.

El capítulo II de la LEC sobre los títulos ejecutivos extranjeros determina en el artículo 523 que la ejecución de las sentencias y los títulos ejecutivos extranjeros se realizará cumpliendo los trámites de dicha norma salvo que una norma convencional dijera lo contrario. El CNY no dispone de norma alguna sobre la ejecución de los laudos por lo que el régimen aplicable es únicamente el de la LEC. Particular interés tienen las disposiciones 538 y ss.

La imposibilidad de acumular acciones hace que deban procederse separadamente a dos procedimientos, lo que sin duda encarece los gastos de la ejecución del laudo, ya que, el ejecutante y el ejecutado deben tener su abogado y deben ser representados por un procurador cuando la cantidad por la que se despache la ejecución supere los 2.000€ (artículo 539.1, párrafo tercero LEC).

68. En cuanto al tribunal competente, el Capítulo II LEC en su artículo 545.2 LEC dice que cuando el título ejecutivo sea un laudo arbitral será competente el Juzgado de Primera instancia del lugar en que se hubiera dictado, sin embargo, al tratarse de un laudo extranjero éste lugar no puede determinarse produciéndose así un vacío legal.

Quizás pueda aplicarse lo dispuesto en el apartado tercero de esa misma norma que indica:

3. Para la ejecución fundada en títulos distintos de los expresados en los apartados anteriores, será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar que corresponda con arreglo a lo dispuesto en los artículos 50 y 51 de esta Ley. La ejecución podrá instarse también, a elección del ejecutante, ante el Juzgado de Primera Instancia del lugar de cumplimiento de la obligación, según el título, o ante el de cualquier lugar en que se encuentren bienes del ejecutado que puedan ser embargados.

La demanda ejecutiva debe tener un contenido previsto en el artículo 549 LEC presentándose el inconveniente del plazo de espera de la ejecución prevista en el artículo 548 LEC.

¹³⁹ Véase STS italiano de 22 de abril de 2003, *Lanificio Mario Zegna SpA c. Hermenegildo Zegna Corp.* https://new-yorkconvention1958.org/index.php?lvl=more_results&mode=extended&facette_test=1 Y también cuando el laudo no ha sido todavía adoptado.

Por su parte, el artículo 556 LEC prevé las causas de oposición a la ejecución de los laudos entre las que se incluye el pago o cumplimiento de lo ordenado en el laudo (apartado 1º). Y también prevén los arts. 559 y 560 la sustanciación de la oposición por defectos procesales y de fondo, respectivamente.

VI. Los requisitos formales

68. El artículo IV CNY recoge ciertos aspectos procesales del reconocimiento/exequatur en España¹⁴⁰.

El artículo IV CNY exige para el reconocimiento y exequatur la presentación de dos documentos, por un lado, la copia certificada del original del laudo arbitral, que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad, como es la Apostilla (Convención de La Haya de 5 de octubre de 1961) y, por otro lado, el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obligaron a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por árbitro.

Esta redacción del artículo IV CNY supone también la eliminación de la exigencia para el solicitante del reconocimiento y el exequatur de acreditar que el laudo extranjero no es susceptible de recurso *-final-*¹⁴¹.

69. La presentación de los documentos exigidos por el artículo IV CNY supone la presunción del derecho al reconocimiento del laudo, por lo que se considera que son requisitos máximos¹⁴². Así los Estados no podrían añadir exigencias documentales a las dos mencionadas en el Convenio de Nueva York en la presentación de la demanda. Así ha sido interpretado por el Tribunal Supremo español¹⁴³. Únicamente presentándose oposición al reconocimiento por parte de la parte demandada podrá requerirse la presentación de otra documentación destinada a contradecir las causas de rechazo del reconocimiento alegadas por ésta.

La exigencia de documentación del artículo IV CNY es la máxima que un Estado contratante puede imponer, pero también la mínima en España. Los Tribunales españoles desestiman las demandas si no se cumple escrupulosamente con lo indicado en esta norma, de modo que, a diferencia de lo que ocurre en otros Estados contratantes, se considera una norma imperativa¹⁴⁴. Esta disposición no obliga al solicitante del exequatur a examinar la validez o eficacia del convenio arbitral sino únicamente a aportarlo. El cumplimiento de este requisito plantea dificultades cuando el documento en el que consta el acuerdo no está firmado por una de las partes, de modo que la inequívoca voluntad de someter las controversias al arbitraje debe deducirse atendiendo a las comunicaciones entre las partes y del comportamiento de estas ante el tribunal arbitral¹⁴⁵.

Estos requisitos son subsanables, ante la falta de alguno de ellos en la demanda los Tribunales Superiores de Justicia deben dar la posibilidad de subsanación¹⁴⁶. Más flexible con el cumplimiento de estos requisitos se han comportado otros Estados, en los que se ha concedido el reconocimiento no mediando la traducción al idioma oficial de los documentos con el argumento de que el tribunal no lo necesitaba para comprender el contenido de ellos o la parte no lo había requerido, dado que el procedimiento arbitral se había realizado en el idioma de redacción del laudo¹⁴⁷. Incluso la no presentación del convenio arbitral

¹⁴⁰ A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, (Dir.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, op. cit., p. 1028.

¹⁴¹ CNUDMI, "Artículo III", *Guía relativa a la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras*, op. cit., p. 105.

¹⁴² CNUDMI, "Artículo III", *Guía relativa a la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras*, op. cit., p. 108. A.J. VAN DEN BERG, New York Convention of 1958: "Refusals of enforcement", *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 18, núm. 2, p. 45.

¹⁴³ ATS de 28 de marzo de 2000, RJ/2000/2964, FDº 5.

¹⁴⁴ También Estados Unidos y China consideran el artículo IV CNY imperativo. Desestimación de la demanda por no aportar el acuerdo arbitral el forma, STS de 1 de abril de 2003, JUR 2003\118425.

¹⁴⁵ F. ORTÉU CEBRIÁN/M.S. ALÍAS GAROZ, *Exequatur de laudos arbitrales extranjeros*, op. cit., pp. 28-58.

¹⁴⁶ ATSJ País Vasco de 21 de junio de 2023, núm., 7/2023, ES:TSJPV:2023:102A.

¹⁴⁷ Tribunal de Ejecución de Vardø, Noruega de 10 julio 2002, *Pulsarr Industrial Research B.V. (Netherlands) v. Nils H. Nilsen A.S. (Norway)*, XXVIII *Yearbook Comm Arb.*, 2003, p. 821. En el mismo sentido, Tribunal de apelación de La Haya de

se ha tolerado con el argumento de que conforme a Derecho nacional -alemán- no es necesario, por la aplicación de la regla más favorable¹⁴⁸. Otras jurisdicciones como Suiza no requieren la certificación del laudo si la parte contra la que se solicita el exequatur no cuestiona la autenticidad del mismo¹⁴⁹.

Ejemplo de aproximación extraordinariamente flexible es la Tribunal Supremo de México que declaró inconstitucional el artículo 1461 de la Ley Mexicana de Arbitraje al entender que el requisito de la autenticación del laudo en la solicitud de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros es un formalismo excesivo¹⁵⁰.

70. La práctica española exige, que la demanda se ajuste a los requisitos del artículo 399 LEC, requiriendo que la demanda vaya acompañada de¹⁵¹: el original o copia auténtica de la resolución extranjera, debidamente legalizados o apostillados; el documento que acredite, si la resolución se dictó en rebeldía, la entrega o notificación de la cédula de emplazamiento o el documento equivalente; cualquier otro documento acreditativo de la firmeza y fuerza ejecutiva de la resolución extranjera en el Estado de origen y las traducciones pertinentes con arreglo al artículo 144 LEC.

Por tanto, la necesidad de presentar el original o la copia auténtica de la resolución extranjera (legalizados o con la apostilla) es coincidente con lo previsto en el CNY. Pero hay que analizar si los otros requisitos formales exigido, esto es, la acreditación de si la resolución se dictó en rebeldía, así como la entrega de la notificación de la cédula de emplazamiento o documento equivalente, el documento acreditativo de la firmeza y fuerza ejecutiva de la resolución extranjera en el Estado en el que se dictó y la traducción son cargas excesivas que vulneran el artículo III CNY.

En cuanto a la acreditación de si la resolución se dictó en rebeldía, así como la entrega de la notificación de la cédula de emplazamiento o documento equivalente, los tribunales españoles han denegado el exequatur si no se acredita tal extremo¹⁵².

Respecto del documento acreditativo de la firmeza y fuerza ejecutiva de la resolución extranjera en el Estado en el que se dictó, cuya presentación se ha exigido no tiene respaldo legal en nuestro ordenamiento jurídico¹⁵³.

A diferencia de la aplicación flexible del requisito de la traducción en otros países, los tribunales españoles exigen la traducción del Laudo y de todos los documentos que le acompañan. La traducción debe ser realizada por un traductor oficial nombrado de conformidad con lo previsto por el Ministerio de Exteriores (traductor oficial o traductor jurado, o agente diplomático o consular) porque se entiende que la traducción jurada u oficial es la única que da fe pública y tiene carácter oficial¹⁵⁴. No se requiere en cambio la traducción de la apostilla de la Haya por lo que el TS ha consentido de facto la presentación de la Apostilla en su idioma original.

VII. Conclusiones

Primera. La remisión del artículo III CNY a las reglas de procedimiento de los Estados contratantes para regular el procedimiento de reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros supone una solución flexible que tiene como consecuencia la aceptación de la distinta eficacia de los laudos en los distintos Estados contratantes. La aplicación de distintas reglas procesales puede ocasionar que un laudo sea reconocido o que obtenga el exequatur en un Estado y no en otro.

17 de abril de 2018, *Dunav Re A.D.O. Beograd v. Dutch Marine Insurance B.V.*, caso No. 200.223.489/01.

¹⁴⁸ Sentencia del Oberlandesgericht [OLG] de Múnich, de 23 de febrero de 2007, 34 Sch 31/06.

¹⁴⁹ Sentencia del Tribunal Federal de Suiza de 10 de octubre de 2011, 5A 427/2011.

¹⁵⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de México de 14 de octubre de 2020, *Blue Marine Cargo, S.A. de C.V. v. Torm Singapore Pte. Ltd.* (Direct Amparo in Review Court Decision), n.º. A.D.R. 7856/2019.

¹⁵¹ ATSJ Madrid, 18 abril, 1918, AC\2018\786, FD núm. 3.

¹⁵² SAP Burgos 27 abril 2009, núm. 180/2009 (sección 3ª), XXXV *Yearbook of Comm Arb.*, 2010, pp. 450-451.

¹⁵³ No consta la base legal para solicitarlo en ATSJ Madrid, 18 abril, 1918, AC\2018\786, FD núm. 3.

¹⁵⁴ ATS de 29 septiembre 1998, RJ 1998\9002.

Segunda. El principio de no discriminación del artículo III CNY implica también que la aplicación de las normas de los Estados contratantes para regular el procedimiento debe respetar lo previsto otras disposiciones del Convenio por lo que sus normas son una referencia para la aplicación de dichas normas procesales domésticas.

Tercera. Los órganos judiciales españoles al determinar su competencia judicial internacional no deben impedir el exequatur de los laudos arbitrales extranjeros exigiendo requisitos como el domicilio del demandado no previstos en la LOPJ.

Cuarta. La atribución de la competencia objetiva a los Tribunales Superiores de Justicia de las CCAA en la LOPJ y la Ley de arbitraje y a los Juzgados de Primera Instancia en la LCJIMC establece una doble vía procedimental en nuestro ordenamiento jurídico que tiene consecuencias en la imposibilidad de acumular las acciones de exequatur y de ejecución. La reforma de la LOPJ podría atribuir competencia a los Juzgados de Primera Instancia este inconveniente. Se dejarían de conseguir los objetivos pretendidos con la reforma de 2011 en términos de visibilidad y unificación de doctrina dispar.

Quinta. Los documentos requeridos en la demanda de exequatur del laudo extranjero no deben vulnerar el artículo IV CNY recomendándose una interpretación flexible y no imperativa de su contenido.

Estudio del primer ecosistema con personalidad jurídica en Europa: análisis a luz de la obligación internacional de proteger y del derecho comparado*

Study of the first ecosystem with legal personality in Europe: analysis in the light of the international obligation to protect and comparative law

VÍCTOR LUIS GUTIÉRREZ CASTILLO

*Profesor Titular del Departamento Derecho Público y Común Europeo
Universidad de Jaén*

Recibido: 15.06.2023 / Aceptado: 07.07.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.8069

Resumen: Actualmente, un conjunto de países reconoce y otorgan a la naturaleza o a determinados ecosistemas (ríos, bosques...) la condición de persona jurídica, con el fin de proteger y conservar el medio. Este reconocimiento se ha realizado no solo por ley, sino también por medio de la jurisprudencia de tribunales superiores. España ha sido el primer país del continente europeo y de la región mediterránea que ha introducido este nuevo mecanismo de protección en su ordenamiento jurídico para proteger un humedal costero. En el presente artículo, estudiaremos este caso a partir de los compromisos internacionales adquiridos por España (en particular la obligación de proteger) y del derecho comparado. En este sentido, se prestará especial atención a la práctica legal y jurisprudencial seguida en otros países en los que también se ha reconocido derechos a la naturaleza.

Palabras clave: Persona jurídica, protección jurídica del medio ambiente, derechos de la naturaleza, obligación internacional de proteger, derecho comparado.

Abstract: Currently, a number of countries recognise or grant to nature or a specific ecosystems (rivers, forests, etc.) the status of Legal Personhood in order to protect and conserve the environment. This recognition has been carried out not only by law, but also through the judgements of the higher courts. Spain was the first country on the European continent and in the Mediterranean region to introduce this new protection mechanism in its legal system. In this article, we will study this case on the basis of Spain's international commitments (in particular the obligation to protect) and comparative law. In this regard, special attention will be paid to the legal and jurisprudential practice followed in other countries where rights to nature have also been recognised.

Keywords: Legal Personhood, Legal Environmental Protection, Nature Rights, international obligation to protect, comparative law.

Sumario: I. Introducción. II. La obligación internacional de proteger los ecosistemas costeros como parte del medio marino: 1. El litoral como parte integrante del concepto de "medio marino" a la luz de norma internacional; 2. La obligación internacional de proteger y preservar los ecosistemas costeros por parte de los Estados. III. La obligación de proteger y preservar el medio

*Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo de investigación SEJ- 399 DECOMESI (Derecho Común Europeo y Estudios Internacionales) del Sistema de Información Científica de Andalucía (SICA), adscrito a la Universidad de Jaén.

marino como límite al ejercicio de los derechos soberanos sobre el litoral. IV. La protección de los humedales en el Mediterráneo: especial referencia a los humedales costeros. V. El primer ecosistema protegido con personalidad jurídica en el litoral español: contexto y antecedentes. VI. Efectos del reconocimiento de personalidad jurídica a un ente natural: estudio de la Ley 19/2022, de 30 de septiembre. VII. Fundamentos jurídicos del nuevo modelo político-jurídico de protección en España: análisis crítico a partir del derecho interno y el derecho comparado. VIII. Conclusiones.

I. Introducción

1. Por primera vez en Europa se ha reconocido personalidad jurídica a un ecosistema natural con el fin de garantizar su conservación y protección. Lo ha hecho España a través de la Ley 19/2022, de 30 de septiembre, para el reconocimiento de personalidad jurídica a la laguna del Mar Menor y su cuenca¹, con la que quiere evitar la destrucción de esta laguna de agua salada, considerada la mayor del continente. Con ello nuestro país se ha unido al, cada vez más nutrido, grupo de Estados que abogan por la subjetivación de los entes naturales para garantizar su protección, siguiendo así una tendencia jurídica (ecocentrismo) que surge en la primera década del año 2000, con la aprobación por la Asamblea General de Naciones Unidas de la Resolución 63/278 de 1 de mayo 2009². Desde entonces, el reconociendo de personalidad jurídica a bosques, lagos y ríos se ha sucedido en numerosos países, en los que se han aprobado disposiciones legales para alcanzar tal fin. Este es el caso, entre otros, de Nueva Zelanda donde en el 2014 se reconoció personalidad jurídica al río Whanganui³ con la Te Urewera Act⁴, del Estado de Victoria en Australia donde en 2017 se reconocieron derechos al río Yarra con la publicación de la Yarra River Protection (Wilip-gin Birrarung murrn) Act⁵, de Bolivia donde se ha protegido constitucionalmente⁶ los derechos de la *Pacha Mama*, así como a través de la Ley de Derechos de la Madre Tierra, n.º. 71 de 21 de diciembre de 2010⁷, en Pensilvania (Estados Unidos) donde se ha concedido derechos a varios ecosistemas con la publicación

¹ BOE n.º. 237, de 3 de octubre de 2022.

² Esta Resolución proclama el día 22 de abril como Día Internacional de la Madre Tierra <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N08/487/50/PDF/N0848750.pdf?OpenElement> [consultado el 12 de junio 2023].

³ L. CHARPLEIX, “The Whanganui River as Te Awa Tupua: Place-based law in a legally pluralistic society”, *The Geographical Journal*, n.º. 184, Issue 1, 2018, pp. 19-30.

⁴ La Ley *Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement)* dio respuesta a la reclamación más larga en la historia de Nueva Zelanda sobre tierras maoríes. Con ella se dio respuestas a las reivindicaciones históricas de restitución por presuntas infracciones por parte de la Corona británica de los principios consagrados en el Tratado de Waitangi, mediante el cual ese territorio fue anexado a la corona británica en 1840. Para más información C. RODGERS, A new approach to protecting ecosystems: The Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act 2017, *Environmental Law Review Review*, n.º. 4, 2017, pp. 266-279. Esta ley se promulgó el 27 de julio de 2014. Puede consultarse en <https://www.environmentguide.org.nz/regional/te-urewera-act/> [consultado el 12 de junio 2023].

⁵ En el año 2017, con el fin de garantizar la participación de las comunidades indígenas y velar por sus intereses. El legislador victoriano promulgó la Ley de protección del río Yarra, la cual contiene una serie de características relevantes e innovadoras. Para más información K. O'BRYAN, “The changing face of river management in Victoria: The Yarra River Protection (Wilip-gin birrarung murrn) Act 2017 (Vic)”, *Water International*, n.º. 6-7, pp. 769-785. Esta ley reconoce la personalidad jurídica del río afirmando expresamente que: “The main purposes of this Act are: to provide for the declaration of the Yarra River and certain public land in its vicinity for the purpose of protecting it as one living and integrated natural entity”. Puede consultarse el texto íntegro en <https://www.water.vic.gov.au/waterways-and-catchments/protecting-the-yarra/yarra-river-protection-act/> [consultado el 12 de junio 2023].

⁶ La primera mención importante es la que se hace en la Constitución de Bolivia de 7 de febrero de 2009 de la *Pacha Mama* es su Preámbulo, donde se afirma expresamente: “Poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes, y comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas. Así conformamos nuestros pueblos, y jamás comprendimos el racismo hasta que lo sufrimos desde los funestos tiempos de la colonia”. Si bien en la Constitución de Bolivia no hay un reconocimiento expreso y detallado de los derechos de la Naturaleza, existen algunas menciones que hacen concluir que existe un reconocimiento tácito de la *Pacha Mama* como sujeto de derecho. Puede consultarse el texto de la constitución de Bolivia en <https://bolivia.infoleyes.com/norma/469/constituci%C3%B3n-pol%C3%ADtica-del-estado-cpe> [consultado el 12 de junio 2023].

⁷ Dicha ley reconoce personalidad jurídica a la *Pacha Mama*. Así lo afirma expresamente cuando afirma en su artículo 3 “La Madre Tierra es el sistema viviente dinámico conformado por la comunidad indivisible de todos los sistemas de vida y los seres vivos, interrelacionados, interdependientes y complementarios, que comparten un destino común. La Madre Tierra es considerada sagrada, desde las cosmovisiones de las naciones y pueblos indígena originario campesinos”. Puede consultarse el texto íntegro de la ley boliviana en la página <https://www.bivica.org/file/view/id/2370> [consultado el 12 de junio 2023].

de la Ordenanza n.º 612 del Concejo de Tamaqua Borough de 2006⁸ o de Brasil, donde la Ley Orgánica 47/2019 del Municipio de Florianópolis⁹ ha impuesto a los poderes públicos el deber de promover políticas para que la naturaleza adquiera derechos y sea considerada su protección en los presupuestos¹⁰.

2. Con estas nuevas fórmulas de protección, los entes naturales dejan de ser objetos desde el punto de vista jurídico, para pasar a ser sujetos, obteniendo así un derecho intrínseco a la conservación y a la evolución natural. Y es que, como veremos a continuación, el hecho de atribuir personalidad jurídica a la naturaleza es técnicamente viable¹¹, además de compatible con las obligaciones internacionales contraídas por los Estados en materia de protección y conservación del medio ambiente. Un ente natural, como una empresa o una asociación, puede estar representado por tutores, los cuales pueden emprender acciones legales en su nombre para defender sus derechos. Sin embargo, lo que no parece tan claro es cómo se materializa esta protección en la práctica y su grado de efectividad. La subjetivación de la naturaleza reabre, pues, el debate sobre la necesidad de renovar los instrumentos de protección del medio ambiente a nivel sustantivo y procesal, lo que supone un desafío para los sistemas jurídicos internos.

3. Este desafío presenta una especial particularidad en el caso de España, el primer Estado europeo y mediterráneo que ha apostado este nuevo modelo político-jurídico de protección. La complejidad jurídica parece aumentar en este caso, no solo por las características naturales del propio ente natural (laguna del Menor, ecosistema de transición costero¹²), sino por el encaje jurídico de la nueva fórmula en el marco en el marco jurídico multinivel de protección que ya se venía aplicando en la zona.

II. La obligación internacional de proteger los ecosistemas costeros como parte del medio marino

4. El Mar menor es el término con el que se hace referencia a un humedal¹³ costero de 135 km² de extensión, separado del mar Mediterráneo por una estrecha barrera de arena de 22 kilómetros de largo, y que constituye la mayor laguna de agua salada de Europa. Circunstancia ésta que merece nuestra atención de cara al análisis de su naturaleza y protección.

1. El litoral como parte integrante del concepto de “medio marino” a la luz de norma internacional

5. La delimitación del concepto litoral no es tarea exenta de debate en derecho, ya que no existe una norma internacional que lo defina, ni un concepto unánime¹⁴ en los diferentes ordenamientos

⁸ Puede consultarse el texto en la página <https://celdf.org/wp-content/uploads/2016/02/Grant-Township-Community-Rights-Home-Rule-Charter.pdf> [consultado el 12 de junio 2023].

⁹ Puede consultarse en la página <https://leismunicipais.com.br/lei-organica-florianopolis-sc> [consultado el 12 de junio 2023].

¹⁰ Para más información véase R.I. BACHMANN FUENTES, “Derechos de la naturaleza y personalidad jurídica de los ecosistemas: nuevo paradigma de protección medioambiental. Un enfoque comparado”, *Revista internacional de Pensamiento Político*, vol. 16, 2021, pp. 357-378.

¹¹ Es factible reconocer personalidad jurídica a un ente natural, como ya lo fue en su día a las personas jurídicas. De hecho, la capacidad de las personas jurídicas es necesariamente limitada: mientras que una persona física dirige su actividad como mejor le parezca, una persona jurídica se crea con el fin de llevar a cabo una actividad específica, y sólo puede realizar actos jurídicos de conformidad con su objeto social (en el caso de una persona jurídica de derecho privado, este objeto se definirá en los estatutos), su jurisdicción geográfica (en el caso de una entidad local) o el servicio público que debe prestar (en el caso de los establecimientos públicos).

¹² El mar Menor es considerado un ecotono costero, no continental. Se denomina ecotono al espacio donde se produce una transición entre dos ecosistemas diferentes. Es una zona de máxima interacción, y por tanto de mayor riqueza biológica. Véase E. ODUM et al. (ed.) *Fundamentos de Ecología*, Thomson, 2006.

¹³ Los humedales son zonas terrestres, generalmente planas, cuya superficie se inundan de manera permanente o intermitente. Al cubrirse de agua (dulce o salada), el suelo se satura, quedando desprovisto de oxígeno, dando lugar a un ecosistema híbrido entre los puramente acuáticos y los terrestres. Según su naturaleza y su ubicación los humedales pueden ser continentales (bosques, lagos interiores) o costeros (deltas, estuarios, lagunas costeras...).

¹⁴ J.M. BARRAGÁN MUÑOZ, *Ordenación, planificación y gestión del espacio litoral*, Oikostau, Barcelona, 2014, pp. 26 y 27.

jurídicos nacionales que lo regulan. Sin embargo, partiendo de un estudio comparado entre diferentes países, podría definirse en sentido amplio como un “espacio geográfico compuesto por zonas marítimas y terrestres cuyos límites dependen de lo que dispongan las distintas normas que ordenan y protegen”¹⁵. Teniendo en cuenta esto, podemos afirmar que el litoral es una realidad natural en “transición”, donde convergen ecosistemas marinos y terrestres, por lo que se precisa una regulación que atienda su potencial fragilidad. Es, precisamente, esta pluralidad de espacios, unida a su vulnerabilidad, lo que le confiere un valor excepcional desde el punto de vista de su protección ambiental.

6. La Carta Europea del Litoral ya manifestó en 1981 la importancia de esta zona de transición al reconocer que juega un papel muy importante en el mantenimiento de los equilibrios naturales que condicionan la vida humana¹⁶. Sin embargo, la propia Carta también reconoce la fragilidad de esta realidad natural, al tratarse de una zona de contacto entre diferentes ecosistemas en la que se llevan a cabo actividades antrópicas clave para el desarrollo económico de los países que, inevitablemente, afectan a los ciclos naturales. En este sentido, resulta manifiesta la presión a la que se ven sometidos estos espacios ante la extensión de los núcleos urbanos, la explotación agrícola o la expansión de instalaciones de ocio y turismo. De hecho, las presiones humanas amenazan con destruir los hábitats y recursos de los que dependen las zonas costeras poniendo en peligro su capacidad para realizar algunas de sus funciones básicas desde el punto de vista ecosistémico¹⁷. Es por ello que, cada vez más, desde instancias internacionales y europeas, se demanda la adopción de medidas para compatibilizar la protección de determinados entes naturales (ríos, bosques...) con su uso y disfrute.

7. Ahora bien, a pesar de la inexistencia de una norma internacional que aborde de forma expresa la protección de los litorales, los Estados están obligados a su protección sobre la base de los compromisos asumidos en el marco de numerosos instrumentos internacionales de carácter general que afectan a la protección del medio marino. Sirvan como ejemplo, entre otros, la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 (CONVEMAR), de la que España es parte, y que, constituye, al día de hoy, uno de los textos internacionales más ratificados del mundo, siendo calificada como “la Constitución de los Océanos”¹⁸. A pesar de que la protección internacional que prevé este texto no fue pensada para el medio terrestre, puede afirmarse que su protección también se extiende a parte del mismo, en particular a zonas terrestres de transición como las costas¹⁹. Circunstancia ésta que puede inferirse de dos indicaciones expresas contenidas en el texto convencional: el apartado 4 de su artículo 1 y el párrafo

Este autor señala que se trata de un concepto borrosamente definido, puesto que dependiendo de las definiciones puede llegar a abarcar desde pocos metros, a varias decenas de kilómetros. En el mismo sentido A. MORENO CÁNOVES, Régimen jurídico del litoral, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 132-135.

¹⁵ Y. TORRES BARQUILLA, La ordenación del litoral. Régimen jurídico, tesis doctoral dirigida por las profesoras María Zambonino Pulito y María Isabel Rivas Castillo, Universidad de Cádiz, 2022.

¹⁶ El texto íntegro de la Carta Europea del Litoral puede encontrarse en la recopilación de textos internacionales F. FUENTES BODELÓN (Dir), Calidad de vida, Medio ambiente y ordenación del territorio, Madrid, CEOTMA-CIFCA, 1982, pp. 210 y ss. Cfr. también, L. PÉREZ CONEJO, Las costas marítimas: régimen jurídico y competencias administrativas, Granada, Comares, 1999, pp. 50-58.

¹⁷ Hace más de tres décadas esta realidad ya era puesta de manifiesto por instituciones europeas, como prueba el Documento de reflexión de la Comisión Europea, Hacia una estrategia europea para la gestión integrada de las zonas costeras. Principios generales y opciones políticas, Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1999, puede consultarse en https://ec.europa.eu/environment/iczm/pdf/vol1_es.pdf [consultado el 12 de junio 2023].

¹⁸ Así la calificó el presidente Tommy Koh en su Declaración durante la última sesión de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Derecho del mar, cuyo texto puede consultarse en https://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/koh_french.pdf [consultado el 12 de junio 2023].

¹⁹ La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar no contiene una definición del medio marino, ni incluye expresamente el litoral en esta realidad. Sin embargo, algunas disposiciones internacionales sí que incluyen expresamente el litoral y sus aguas en el concepto de medio marino. Piénsese, entre otros en el Reglamento sobre prospección y exploración de nódulos polimetálicos en la Zona aprobado por la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos (AIFM o la Autoridad) proporciona una definición (Art. 1er par. 3, alinéa c), du *Règlement relatif à la prospection et à l'exploration des nodules polymétalliques dans la Zone, AIFM*, Kingston (Jamaïque), 22 juillet 2013, ISBA/19/C/17) o, en el ámbito de Unión Europea (Directiva 2008/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 por la que se establece un marco de acción comunitaria para la política del medio marino (DOUE, L 164/19, 25 de mayo de 2008).

a) de su artículo 145. La primera disposición, relativa al alcance de los términos empleados en el propio texto, hace referencia a realidades terrestres situadas en la costa (en concreto los estuarios) como parte del medio marino, mientras que la segunda disposición, relativa a la protección de la Zona²⁰, reconoce la competencia de la Autoridad Internacional de Fondos Marinos²¹ para establecer normas, reglamentos y procedimientos apropiados para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino y otros riesgos para él “incluidas las costas”²².

8. La importancia del control y regulación de las actividades que se desarrollan en la tierra para garantizar la conservación y protección del medio marino es fundamental. Piénsese que los espacios continentales no sólo aportan al mar factores de contaminación, sino también los nutrientes y sedimentos esenciales para preservar su biodiversidad y mantener el equilibrio sistémico de este medio. Las zonas costeras, como refugios y viveros, también desempeñan un papel esencial desde el punto de vista de la conservación de los ecosistemas marinos. Alterar las condiciones naturales que permiten los intercambios naturales entre el medio terrestre (costa) y el mar es tan perjudicial para este último como puede serlo la contaminación. Esta doble dependencia explica la fragilidad y variabilidad de los ecosistemas de las zonas costeras, a lo que contribuye en gran medida la actividad humana. Es por ello, que el litoral de un Estado, en la medida en que se manifiesta como un espacio de contacto entre el medio terrestre y el marino, es objeto de interés y protección por los instrumentos internacionales que afectan al medio marino. Por esta razón, podemos afirmar que el litoral, en la medida en que supone una zona de transición ecológica en la que convergen diferentes accidentes naturales (deltas, bahías, rocas...) y artificiales (puertos), constituye un límite jurídico para el alcance y extensión del concepto de medio marino, quedando protegido por el régimen jurídico que la norma internacional establece para aquél.

9. Todo esto explica que, desde instancias internacionales y regionales, se demanda con fuerza la necesidad de instaurar medidas para afrontar con eficacia la protección de los espacios costeros. Piénsese, por ejemplo, en la sensibilidad que el Parlamento europeo manifestaba hace más de 20 años, incitando a los Estados a gestionar sus zonas costeras, partiendo de un planteamiento estratégico basado en la protección del medio ambiente y el reconocimiento de la amenaza que para éstas representa el cambio climático²³. A esta recomendación, así como a otras disposiciones europeas²⁴ e instrumentos internacionales²⁵ responde buena parte de la legislación española aprobada sobre la materia en las dos últimas décadas, como la Ley 41/2010, de 29 de diciembre, de protección del medio marino²⁶ y el Real Decreto 363/2017, de 8 de abril, por el que se establece un marco para la ordenación del espacio marítimo²⁷, las cuales tienen en cuenta las interacciones entre tierra y mar y la mejora de la cooperación transfronteriza.

²⁰ Con el término “Zona” se hace referencia a la zona internacional de fondos marinos, la cual comprende los fondos marinos situados fuera de la jurisdicción nacional y a la que se aplica el régimen de patrimonio común de la humanidad. Esta zona viene regulada en la Parte XIII de la CONVEMAR.

²¹ Organización internacional de carácter autónomo establecida para organizar y controlar las actividades de exploración y explotación de los recursos en los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo en la Zona. Se encuentra en funcionamiento desde 1994. Para más información puede consultarse su página web <https://www.isa.org.jm/> [consultado el 12 de junio 2023].

²² En este sentido, no podemos olvidar que el ya citado artículo 145 exige adoptar con respecto a las actividades en la Zona las medidas que sean necesarias para asegurar la eficaz protección del medio marino contra los efectos nocivos que puedan resultar de esas actividades. Precisamente por esta razón, se habilita a la Autoridad a establecer reglamentos y procedimientos para, entre otras cosas, prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino, incluyendo las costas.

²³ Véase Recomendación del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2002, sobre la aplicación de la gestión integrada de las zonas costeras en Europa (2002/413/CE). DOCE L 148/24 de 6 de junio de 2002.

²⁴ Entre otras, cabe destacar en el plano regional las Directivas 2008/56/CE, de 17 de junio de 2008, por la que se establece un marco de acción comunitaria para la política del medio marino (Directiva marco sobre la estrategia marina, DO L 164 de 25 de junio de 2008) y 2014/89/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, por la que se establece un marco para la ordenación del espacio marítimo, DO L 257 de 28 de agosto de 2014.

²⁵ Véase epígrafe V de este trabajo.

²⁶ BOE n.º. 317, de 30 de diciembre de 2010.

²⁷ BOE n.º. 86, de 11 de abril de 2017.

2. La obligación internacional de proteger y preservar los ecosistemas costeros por parte de los Estados

10. La expresión “protección y preservación del medio marino” se utiliza por primera vez en el párrafo cuarto del preámbulo de la CONVEMAR, al afirmar expresamente

“Reconociendo la conveniencia de establecer por medio de esta Convención, con el debido respeto de la soberanía de todos los Estados, un orden jurídico para los mares y océanos que (...) la protección y la preservación del medio marino y la conservación de sus recursos vivos”.

11. De este modo, los Estados Parte expresan su deseo y esperanza de establecer un orden jurídico de los mares y océanos, que constituya un orden social basado en el respeto al derecho y al que estén sujetas todas las actividades relacionadas con el medio marino. La aplicación efectiva de esta convención no está supeditada a la adopción de instrumentos internacionales complementarios o de aplicación, ya que su Parte XV establece mecanismos de solución de controversias muy elaborados, siendo sus disposiciones autosuficientes y directamente aplicables en las relaciones entre Estados. Asimismo, el citado preámbulo asigna al orden jurídico dispuesto en la convención, entre otras funciones, la de promover la protección y preservación del medio marino debiéndose adoptar medidas para limitar las acciones que lo dañen y que sean imputables a personas físicas o entidades no estatales. Y es que, ya sean responsables personas físicas, jurídicas, públicas o privadas, no cabe duda de que las acciones de todas ellas caen bajo la jurisdicción o autoridad de los Estados, incluso las acontecidas en alta mar. La protección del medio marino (y de sus costas) requiere, pues, una movilización general de los Estados y una asunción efectiva de responsabilidad. De hecho, como es sabido, la sección 9 de la Parte XII de dicho instrumento internacional está dedicada a la responsabilidad internacional de los Estados en materia de conservación del medio marino. El objetivo mismo de este apartado es incitar al ejercicio pleno de sus poderes, derechos y libertades con el fin de garantizar la protección efectiva de su propio medio natural, así como del medio ambiente. A pesar de ello, todo apunta, sobre la base de la práctica, que los Estados, en general, no son plenamente conscientes de la importancia de sus obligaciones medioambientales. Promover la protección y preservación del medio marino (incluyendo el litoral) implica necesariamente esta conciencia de responsabilidad y el deber internacional de rendir cuentas por la inacción de aquéllos, tanto en su dimensión individual como colectiva.

12. Por lo que a la protección de las zonas costeras se refiere, cabe advertir que la Constitución de los Océanos solo se refiere a éstas tangencialmente, ya que, como apuntamos, solo hace referencia a algunas entidades geográficas de la costa (las bahías, deltas y estuarios) sin ofrecer un régimen jurídico omnicompreensivo para ellas. Esto no significa, sin embargo, que las zonas costeras estén desprotegidas en la práctica. La forma en que el litoral y su realidad geográfica (escotaduras, bahías, deltas...) fueron tenidas en cuenta por los redactores de la CONVEMAR no permite concluir que tengan una importancia marginal en el marco de protección internacional establecido por esta norma. De hecho, no cabe duda que durante las negociaciones de la III Conferencia de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar que dieron lugar al texto final de la citada Convención, todas las cuestiones relativas a la regulación del litoral y su protección estuvieron muy presentes. Y es que, durante el periodo de negociación fueron numerosos los Estados que ya habían introducido legislación específica sobre la materia en sus respectivos ordenamientos jurídicos²⁸. Además, durante las negociaciones de la CONVEMAR ya existía un texto internacional centrado en los humedales continentales y costeros (el Convenio Ramsar)²⁹ el cual pudo

²⁸ Piénsese, por ejemplo, en la Estados Unidos, cuya la legislación federal en materia de costas se estableció en 1972 (*Coastal Zone Management Act* de 1972 [16 U.S.C. 1453(1)]) o en Francia, cuya *Loi Littoral* del se promulgó el 3 de enero de 1986.

²⁹ Convenio relativo a los humedales de importancia internacional especialmente como hábitat de aves acuáticas fue adoptado en Ramsar el 2 de febrero de 1971. Entró en vigor en 1975. Dicho texto proporciona un mecanismo para asegurar la incorporación de los humedales en la agenda mundial para el desarrollo sostenible, apoyando iniciativas relacionadas con la diversidad biológica, el cambio climático, la reducción del riesgo de desastres y la degradación de las tierras. La Convención define los húmedas en términos generales, distinguiendo tres categorías: humedales marinos y costeros, humedales continen-

influir en el contexto de las negociaciones. Por todo ello, puede afirmarse que la dimensión costera de la protección del medio marino era una realidad que no pasó desapercibida por las delegaciones negociadoras de aquel convenio.

13. En este orden de ideas, cabe señalar que el apartado cuatro del preámbulo de la CONVENCIÓN MAR también establece una serie de acciones en las que debe basarse el marco jurídico internacional de los mares y océanos: la “conservación de los recursos vivos” y la “protección y preservación del medio marino”. Acciones éstas que, inevitablemente mantienen entre sí una interacción conceptual y práctica, ya que “la conservación” de los recursos marinos vivos puede considerarse parte de “la protección y preservación” del medio marino³⁰, en tanto que aquéllos forman parte de este último, como así ha reconocido la *Commission sous régionale des pêches* (CSR) en su dictamen de 2 de abril de 2015³¹. Afirmación ésta que recuerda la redacción del artículo 145 de esta convención y el necesario enfoque ecosistémico que debe presidir la explotación de estos recursos.

14. Por otra parte, por lo que a la protección del medio marino se refiere, cabe señalar que la Parte XII (Protección y preservación del medio marino) de la CONVENCIÓN MAR se inicia con la Sección I (Disposiciones generales), cuyo artículo 192 reproduce a grandes rasgos el título de dicho apartado, al afirmar literalmente que «los Estados tienen la obligación de proteger y preservar el medio marino» (art. 192 de la CONVENCIÓN MAR). Cabe preguntarse, sin embargo, cuál es el contenido sustantivo y la naturaleza de esta obligación. A partir de un estudio deductivo y de una interpretación holística de dicha convención podemos afirmar que dicha obligación implica un deber de: a) prevenir los daños al medio marino, que se caracteriza por un plazo determinado y b) mantener el estado del mar actuando sobre las perturbaciones del equilibrio ecológico del medio marino. Por lo que se refiere a su naturaleza, cabe señalar que la obligación a la que hace referencia el citado artículo 192 constituye una obligación genérica de proteger, ya que dicha obligación debe ser interpretada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 237 de la CONVENCIÓN MAR (obligaciones en virtud de otros convenios sobre la protección y preservación del medio marino), el cual califica las disposiciones de la Parte XII como “principios para la protección y preservación del medio marino” y los diferencia de las “obligaciones específicas” derivadas de convenios y acuerdos específicos. De esta forma, podemos concluir que la obligación general del artículo 192 es una obligación omnicomprensiva y continuada, que no admite excepciones ni derogaciones³². Igualmente puede afirmarse que existe una conexión entre las acciones encerradas en las expresiones “protección” y “preservación del medio marino”. Conclusión a la que llegamos, no solo a partir de la redacción del mencionado preámbulo de la norma convencional y de la Parte XII, sino también, de la práctica jurisprudencial y arbitral existente en el plano internacional. Piénsese, por ejemplo, en las reflexiones del TIDM con ocasión del Arbitraje del Mar de China Meridional, el cual definió ambos términos en una síntesis magistral, afirmando que «cette «obligation générale» s'étend à la fois à la «protection» du milieu marin contre des dommages futurs et à la «préservation» au sens du maintien ou de l'amélioration de son état

tales y humedales artificiales. En virtud de este convenio las Partes asumen tres obligaciones principales: conservar y usar de manera racional todos los humedales; designar y conservar al menos un Humedal de Importancia Internacional o Sitio Ramsar y cooperar más allá de las fronteras nacionales en humedales transfronterizos, sistemas de humedales compartidos y especies compartidas. Para más información C. GARDNER/C. MAX FINLAYSON (coord.), *Perspectiva mundial sobre los humedales: Estado de los humedales del mundo y sus servicios a las personas*, Gland, Secretaría de la Convención de Ramsar sobre los Humedales, 2018, p. 12.

³⁰ Así lo ha llegado a reconocer el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM) en el asunto del atún rojo del sur: *Thon à nageoire bleue (Nouvelle-Zélande c. Japon ; Australie c. Japon)*, mesures conservatoires, ordonnance du 27 août 1999, TIDM Recueil 1999, p. 295, par. 70.

³¹ *Demande d'avis consultatif soumise par la Commission sous-régionale des pêches*, avis consultatif, 2 avril 2015, TIDM, Recueil 2015, p. 61, par. 216.

³² La obligación de preservar el medio marino no está muy clara en la Convención. En realidad, las medidas preventivas cubiertas por la diligencia debida también tienen por objeto salvaguardar la salud y la integridad del ecosistema marino. Por lo tanto, la obligación de preservar cumple una función subsidiaria en relación con la protección, porque compromete al Estado a adoptar las medidas correctoras necesarias para hacer frente a la degradación sistémica del medio marino, más allá de la respuesta a una amenaza identificada.

actual »³³. Sobre la base de las precisiones realizadas por el tribunal, podría afirmarse que la finalidad de la protección del medio marino al que hace referencia la norma es la de hacer frente a una amenaza, un acontecimiento futuro y, por lo tanto, se refiere más bien a la prevención de daños, aunque también pueda incluir medidas para su control. Por otra parte, la preservación (o conservación) se refiere al estado, situación, condición y al modo en el que se encuentra el medio marino, así como a su mantenimiento o mejora. El tribunal arbitral destaca así la temporalidad como elemento esencial para distinguir entre prevención (acontecimiento futuro) y conservación (situación actual). Asimismo, la “protección del medio marino” se refiere a la oportunidad de evitar la violación de una obligación internacional y de prevenir un acontecimiento determinado, evocando con ello la posibilidad de una eventual (y potencial) responsabilidad internacional del Estado. Por todo lo expuesto, podemos afirmar que la fórmula “medidas para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino” contenida en el propio título artículo 194³⁴ de la CONVEMAR confirma el carácter continuado y dinámico de esta obligación de proteger.

III. La obligación de proteger y preservar el medio marino como límite al ejercicio de los derechos soberanos sobre el litoral

15. Como apuntamos, las zonas costeras y el litoral, son zonas de contacto entre diferentes ecosistemas (marino y terrestre) en las que, inevitablemente, se desarrollan actividades económicas claves para el desarrollo de los países. En este sentido, resulta manifiesta la presión a la que se ven sometidas estas zonas ante la extensión de los núcleos urbanos, la explotación agrícola o la expansión del turismo, poniendo en peligro, en ocasiones, los hábitats y recursos naturales. La norma internacional, consciente de esta realidad, busca un equilibrio entre las necesidades de los Estados (cuya satisfacción se traduce en el ejercicio de su soberanía para la explotación y de sus recursos) y la conservación y protección de la naturaleza. A esta filosofía, responde, la segunda disposición general de la Sección 1 de la Parte XII el artículo 193 de la CONVEMAR, bajo el título “derecho soberano de los Estados a explotar sus recursos naturales”. En esta disposición se establece una relación directa entre tres conceptos clave en cuanto a la preservación y protección del medio marino (y, por ende, de las costas) se refiere: el derecho soberano a explotar los recursos naturales, el medio ambiente nacional y la obligación de proteger y preservar el medio marino.

16. En virtud de esta última disposición todo Estado tiene el derecho soberano de explotar de forma exclusiva los recursos naturales de los espacios sometidos a su jurisdicción o soberanía, lo que significa que ningún tercer Estado podrá ejercer actividad alguna sin su autorización. Sin embargo, la misma disposición introduce un límite claro y taxativo al ejercicio de este derecho: el respeto al medio ambiente y la obligación de proteger y preservar el medio marino, confirmando así el carácter “general” de la obligación contenida en el artículo 192 CONVEMAR. Asimismo, el artículo 193 ofrece una nueva lectura de la obligación general de proteger, en la medida en que la interpreta como un “límite” pero no como una prohibición de explotar los recursos naturales so pretexto de evitar un impacto en el medio ambiente. Y es que, esta última interpretación sería contraria a la propia norma convencional, cuya finalidad no es otra que la de establecer un ordenamiento jurídico de los mares y océanos que, con el debido respeto a la soberanía de todos los Estados, promueva la utilización equitativa y eficiente de sus recursos. De hecho, esta idea, parece estar presente a lo largo de todo el texto convencional, como,

³³ In the matter of the South China Sea arbitration, before an Arbitral Tribunal constituted under Annex VII of the United Nations Convention on the Law of the Sea, between The Republic of the Philippines and The People’s Republic of China, *op cit.*, p. 373, par. 941.

³⁴ La obligación de diligencia debida ocupa un lugar central que se desprende del contenido de este artículo de la CONVEMAR, ubicado en la primera sección de la Parte XII. Como es sabido, se trata de una obligación sustantiva, ya que la responsabilidad se evalúa en función del contenido de las medidas adoptadas. En este sentido el Estado está obligado a actuar en la medida de sus posibilidades para evitar que se produzcan o puedan agravarse daños al medio marino cuyo origen esté bajo su jurisdicción o control de que se produzcan tales sucesos. Por ello, el Estado no es responsable hasta que se haya producido el daño y queda exonerado de responsabilidad si ha adoptado las medidas necesarias, aunque éstas hayan resultado insuficientes para evitar el daño.

por ejemplo, en los artículos 2 y 56 de la CONVEMAR, en los que se advierte que la soberanía de los Estados debe ejercerse “en las condiciones previstas en las condiciones establecidas en las disposiciones de la Convención” y “de manera compatible” con las obligaciones contenidas en la misma.

17. Por último, el contenido del artículo 193 de la CONVEMAR ilustra la necesidad de conciliar los intereses económicos de los Estados, vinculados a la explotación de los recursos naturales presentes en sus respectivos territorios, así como los intereses de la comunidad internacional en materia de protección y preservación del medio marino. Esto se debe a que cualquier actividad de explotación tiene un impacto en el medio marino, empezando por la contaminación que aquella puede generar. Sencillamente, su grado de gravedad, o nocividad, varía en función de los factores que intervienen. El lenguaje imperativo utilizado en los artículos 192 y 193 (“están obligados”, “de conformidad con...”) refleja la importancia que la comunidad internacional concede a la protección y preservación del medio marino. Es por ello, por lo que parece evidente que la norma internacional busca un equilibrio entre las necesidades económicas de los Estados vinculadas a la explotación de sus recursos naturales y las exigencias de protección y preservación del medio ambiente.

18. En este orden de ideas, el párrafo 5 del artículo 207 de la CONVEMAR subraya que las leyes, reglamentos y políticas desarrolladas por los Estados deberán comprender “medidas tendentes a limitar en la medida de lo posible la evacuación del medio marino de sustancias tóxicas, perjudiciales o nocivas, en particular sustancias no degradables”. La consecuencia inmediata de lo expuesto es el amplio marco jurídico internacional que existe en materia de la lucha contra las diferentes fuentes de contaminación del medio marino y que, sin duda, constituye un límite al ejercicio de soberanía de los Estados sobre las zonas costeras. Es precisamente, con esta finalidad, por lo que han sido adoptadas convenciones generales para evitar la contaminación por buques³⁵ y vertimiento de desechos³⁶, prevenir los accidentes o hacer frente a los desechos que puedan producirse a causa de ello³⁷, así como para controlar el uso de ciertas sustancias tóxicas y contaminantes. Piénsese, en este último caso en la Convención de Estocolmo de 2001 sobre los contaminantes orgánicos persistentes de 22 de mayo del 2001³⁸ o la Convención de Minamata sobre el Mercurio de 10 de octubre de 2013³⁹, entre otras. Es a nivel regional, sin embargo, donde cabe constatar una mayor profusión de textos internacionales relativos a la lucha contra la contaminación de origen telúrico, ya que es más fácil para los Estados aceptar obligaciones en un marco geográfico restringido que a nivel global. En este sentido, cabe recordar que la mayoría de las

³⁵ En materia de contaminación por naves, el artículo 194, párrafo 3 b) de la CONVEMAR, pide a los Estados que tomen medidas tendentes a limitar todo tipo de contaminación por naves.

³⁶ Piénsese, entre otros, el Convenio sobre la Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y otras Materias, hecho en Londres, Méjico D. F., Moscú y Washington, el día 29 de diciembre de 1972 (ratificado por España el 13 de julio de 1974 y publicado en BOE n.º. 269, de 10 de noviembre de 1975) y su Protocolo de 1996 relativo al Convenio sobre la prevención de la contaminación del mar por vertimiento de desechos y otras materias, 1972, hecho en Londres el 7 de noviembre de 1996, ratificado por España el 12 de marzo de 1999 y publicado en BOE de 31 de marzo de 2006.

³⁷ Entre las que destaca, entre otras, la Convención internacional de 1973 para la prevención de la contaminación para las naves, en su forma modificada por su Protocolo de 1978 (MARPOL 73/78), la cual contiene la mayor parte de reglas y normas internacionales relativas a la prevención, a la reducción y al control de la contaminación de las naves. Ratificado por España de 22 de junio de 1984. BOE n.º. 249, de 17 de octubre de 1984. En materia de contaminación por inmersión, no podemos ignorar la entrada en vigor en marzo de 2006 del Protocolo a la Convención de Londres adoptada en 1996. Éste reemplaza la Convención de Londres de 1972 sobre la inmersión de desechos. Este protocolo pone el acento sobre la cuestión de la precaución y el principio de quien contamina-paga.

³⁸ Este convenio, que entró en vigor en el 2004, requiere que las Partes tomen medidas para eliminar o reducir la producción, utilización, importación, exportación y emisión al medio ambiente de COPs e incluye disposiciones en cuanto al acceso a la información, la sensibilización y formación del público y la participación en el desarrollo de planes de aplicación. España ratificó el texto el 18 de mayo de 2004. BOE n.º. 151, de 23 de junio de 2004. Para más información sobre el convenio puede consultarse su página oficial <https://chm.pops.int/default.aspx> [consultado el 12 de junio 2023].

³⁹ El Convenio de Minamata fue adoptado en la Conferencia de Plenipotenciarios el 10 de octubre de 2013 en Kumamoto, Japón y entro en vigor en agosto de 2017. El objetivo de este tratado global es proteger la salud humana y el medio ambiente de las emisiones y liberaciones antropógenas de mercurio y compuestos de mercurio. Incluye disposiciones en materia de información pública, educación ambiental, fomento de la participación y fortalecimiento de capacidades. BOE n.º. 25, de 29 de enero de 2022.

convenciones regionales que se aprobaron con tal fin, fueron adoptadas en la década de los setenta en el marco del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA)⁴⁰, el cual constituye uno de los mayores éxitos de Naciones Unidas en materia de cooperación. Un buen ejemplo del éxito de este programa fue el Convenio de Barcelona, sobre el que nos centraremos en páginas posteriores, y su Protocolo VIII a la Convención de Barcelona, relativo a la protección del mar Mediterráneo contra la contaminación de origen terrestre (1980), enmendado en 1996⁴¹.

IV. La protección de los humedales en el Mediterráneo: especial referencia a los humedales costeros

19. El cambio climático se ha convertido en una cuestión clave en nuestros días, estando la biodiversidad amenazada en todo el planeta por la extinción masiva de especies y hábitats naturales. Según datos oficiales, aproximadamente el 60% de los servicios de los ecosistemas se degradan o se utilizan de forma insostenible, como el agua dulce, el aire y la utilización de los recursos naturales⁴². En este contexto cabe subrayar la importancia de las zonas de transición ecológica, como los humedales, uno de los ecosistemas más productivos del planeta. Gracias a su capacidad de regular los ciclos de agua estos entes naturales son considerados como *los riñones de la naturaleza*, ya que regulan los procesos ecológicos de reciclaje de nutrientes y desechos que contribuyen a un ambiente sano, contribuyendo así a la protección de los ecosistemas y la regulación del clima⁴³. Asimismo, tienen un gran protagonismo en el desarrollo económico y cultural de los espacios que ocupan, ya que en su entorno se asientan poblaciones humanas, a las que proveen de recursos, constituyendo un hábitat para numerosas especies. Basándose en estos datos puede afirmarse que los humedales costeros⁴⁴, como la laguna del Mar Menor, son esenciales para la supervivencia del ecosistema de las regiones en las que se encuentran⁴⁵.

20. En el caso de la cuenca mediterránea las zonas humedales son fuente esencial de biodiversidad, ocupando aproximadamente 20 millones de hectáreas, de las cuales casi un 19% son catalogados como costeros (áreas marinas con menos de 6 metros de profundidad durante la marea baja), ya que la mayor parte de ellos se encuentran a baja altitud. Este es el caso de los deltas en las desembocaduras de ríos (como el Ródano en Francia, el Po en Italia, el Neretva en Croacia y el Nilo en Egipto), las marismas saladas o las lagunas costeras, como las existentes en el Sur de Francia (en la región del Languedoc-Roussillon) o en el levante español. No cabe duda de su importancia para mitigar el cambio climático

⁴⁰ A la luz de los resultados de la Conferencia de Estocolmo, la Asamblea General de las Naciones Unidas decidió establecer el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) “como punto central para las actividades relacionadas con el medio ambiente y para la coordinación en esa esfera dentro del sistema de las Naciones Unidas” (Resolución 2997 (XXVII) de la Asamblea General, de 15 de diciembre de 1972). El PNUMA inicia el Programa para los Mares Regionales en 1974. Desde entonces el Consejo de Administración del PNUMA ha apoyado repetidas veces la adopción de un enfoque regional para el control de la contaminación de los mares y la ordenación de los recursos marinos y de las zonas costeras y ha pedido que se promuevan planes de acción regional.

⁴¹ Protocolo sobre la protección del Mar Mediterráneo contra la contaminación de origen terrestre, hecho en Atenas el 17 de mayo de 1980, ratificado por España el 6 de junio de 1984, publicado en BOE n.º. 152 de 26 de junio de 1984. Las enmiendas a este Protocolo, adoptadas en Siracusa el 7 de marzo de 1996, fueron aceptadas por España el 17 de marzo de 1999 y publicadas en el BOE n.º. 121 de 19 de mayo de 2008 y BOE n.º. 223 de 26 de septiembre de 2009. Para más información véase <https://www.exteriores.gob.es/es/ServiciosAlCiudadano/TratadosInternacionales/Paginas/Mar-Mediterraneo.aspx> [consultado el 12 de junio 2023].

⁴² 7 *Our life insurance, our natural capital: an EU biodiversity strategy to 2020. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Region. European Commission, Brussels*, 3rd may 2011 COM(2011) 244 final, p. 1.

⁴³ A. DEL RÍO MURILLO, “¿Por qué son importantes los humedales?”, *Manuales de Desarrollo Sostenible. Recuperación de Zonas húmedas*, Madrid, Fundación Banco Santander, 2012, p. 6.

⁴⁴ La definición de humedal la encontramos en el artículo 1 del Convenio Ramsar de 1971, sobre la conservación y el uso adecuado de los humedales y sus recursos, en virtud del cual se entiendo como tal las zonas de marismas, pantanales, turberas o acuíferos, ya sean naturales o artificiales, permanentes o temporales, con agua estática o corriente, dulce, salobre o salada, incluyendo zonas de aguas marinas cuya profundidad con marea baja no exceda los seis metros.

⁴⁵ D. RUSSI, P. TEN BRINK, A. FARMER, T. BADURA, D. Coates et al., *The economics of ecosystems and biodiversity for water and wetlands*. London and Brussels, Gland, Ramsar Secretariat, 2013.

y la conservación del medio ambiente en mares semicerrados (como el Mediterráneo), ya que no solo contribuyen a esponjar las inundaciones y tormentas costeras, sino que, además, representan un refugio para las aves durante sus rutas migratorias⁴⁶.

21. A pesar del papel decisivo que éstos juegan para la preservación del medio marino costero, al día de hoy sufren graves alteraciones causadas por la elevación del nivel del mar y las acciones antrópicas (agricultura, turismo, urbanización...). Por esta razón, a pesar de los compromisos adquiridos por los Estados para su conservación y protección, la realidad es que los humedales están desapareciendo a gran velocidad, quedando amenazada gravemente la biodiversidad de sus ecosistemas. En el caso del Mediterráneo, esta realidad es aún más acuciante: según informe de expertos, la ‘huella ecológica’ humana es casi el doble que la media mundial y ejerce una presión especialmente elevada sobre los recursos hídricos⁴⁷.

22. Prueba del gran interés que, tradicionalmente, estos entes naturales han despertado a nivel internacional es el amplio marco jurídico de protección multinivel que existe en nuestros días. A nivel global son numerosas las convenciones que, de forma directa o indirecta, concilian el compromiso de los Estados para su conservación y protección. De hecho, como vimos, la obligación general de proteger contenida en la CONVEMAR exige a los Estados hacer frente a todos los riesgos que puedan afectar el medio marino, incluyendo los de origen humano. Por ello, los Estados deben responder a su obligación de preservar el medio marino proclamando, por ejemplo, zonas marinas protegidas o adoptando medidas para la protección de especies amenazadas. De hecho, el artículo 145 de la CONVEMAR es claro cuando afirma que “toda perturbación del equilibrio ecológico requerirá medidas correctoras adecuadas”. Por ello, cuando la prevención del daño ya no es posible, porque la degradación del medio marino ya ha tenido lugar, sigue siendo obligación de los Estados el evitar que el proceso de degradación continúe. Este compromiso de protección no se agota, sin embargo, en la regulación contenida en la Convención de Montego Bay, sino que también es exigible, con otros matices y finalidades por otros instrumentos internacionales de orden internacional, entre los que cabe mencionar el ya citado Convenio Ramsar⁴⁸, el Convenio sobre la Diversidad Biológica de 1992⁴⁹ (CDB), los Convenios sobre el Agua de la ONU (Helsinki de 1992⁵⁰, Nueva York de 1997⁵¹), la Convención del Patrimonio Mundial Cultural y Natural de 1972⁵² o el Programa Hombre y Biosfera (MAB)⁵³ con la Red Mundial de Reservas de la Biosfera⁵⁴.

⁴⁶ Información obtenida de B. SHIPMAN Y Ž. RAJKOVIĆ (COORD), La Gobernanza de los Humedales en las Costas Mediterráneas – Un Manual, Split, PAP/RAC, 2019.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 16.

⁴⁸ Esta convención propone un uso “uso racional” de los humedales, suponiendo un mecanismo para asegurar la incorporación de los humedales en la agenda mundial para el desarrollo sostenible. En virtud del mismo, los Estados parte deben designar humedales para ser incluidos en una Lista de Humedales de Importancia Internacional, pudiendo incorporar en el caso de los humedales costeros, zonas ribereñas y costeras adyacentes a los humedales, así como islas o cuerpos de agua marina de más de seis metros de profundidad que estén dentro de esos humedales, especialmente allí donde éstos tengan importancia como hábitat para aves acuáticas. Según el artículo 3 del Convenio las Partes Firmantes deberán tomar las acciones apropiadas para promover la conservación y el uso adecuado de los humedales en su territorio.

⁴⁹ Este convenio fue negociado bajo el auspicio del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente y quedó abierto a la firma en la “Cumbre de la Tierra”, celebrada en Río de Janeiro en junio de 1992. Entró en vigor el 29 de diciembre de 1993 y constituye un tratado internacional casi universal, ya que cuenta con más de 196 Partes. La Unión Europea, España y el resto de Estados Miembros son del Convenio. España lo firmó el 13 de junio de 1992 y lo ratificó el 21 de diciembre de 1993. Para más información puede consultarse la página web del convenio <https://www.cbd.int/> [consultado el 12 de junio 2023].

⁵⁰ Convenio de Helsinki: prevención de la contaminación en cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales de 17 de marzo de 1992, entró en vigor el 6 de octubre de 1996. Ratificado por España el 23 de julio de 1997. BOE nº. 81, de 4 de abril de 2000.

⁵¹ Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación de 21 de mayo de 1997, en vigor desde el 17 de agosto del 2014. Ratificado por España el 8 de junio del 2009. BOE nº. 161, de 3 de julio de 2014.

⁵² Convención del Patrimonio Mundial Cultural y Natural de 23 de noviembre de 1972. Entrada en vigor: de forma general el 17 de diciembre de 1975 y para España el 4 de agosto de 1982. Ratificado por España el 18 de marzo de 1982. BOE nº. 156, de 1 de julio de 1982.

⁵³ Para más información véase <https://whc.unesco.org/es/list/> [consultado el 12 de junio 2023].

⁵⁴ Para más información véase <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/2015/06/la-red-mundial-de-reservas-de-la-biosfera-de-la-unesco-anade-20-nuevos-lugares/> [consultado el 12 de junio 2023].

23. Podría afirmarse en líneas generales que estos textos internacionales refuerzan la obligación de proteger y preservar los humedales costeros que, como ya vimos, forman parte del medio marino. Obligación ésta que también se desarrolla en la práctica a través de convenios regionales que, de forma más concreta amplían los compromisos contraídos por los Estados en determinados ámbitos, propiciando un marco geopolítico eficaz para la cooperación técnica y científica. De hecho, estas iniciativas regionales constituyen una respuesta a las recomendaciones contenidas en el capítulo 17 de la Agenda 21 de Río⁵⁵ y por la que se animan a los Estados a crear herramientas jurídicas (como el establecimiento de zonas marinas protegidas) para la protección de la biodiversidad marina y su evaluación⁵⁶.

24. Un buen ejemplo de lo expuesto, lo constituye la región del Mediterráneo, cuyo litoral se encuentra protegido (al menos formalmente) por las disposiciones contenidas por importante número de convenios regionales, entre los que destacan, el Convenio de Barcelona para la protección del Mar Mediterráneo contra la contaminación⁵⁷ con sus diferentes protocolos (Protocolo GIZC⁵⁸, Protocolo LBS⁵⁹, Protocolo Offshore⁶⁰, Protocolo “Hazardous wastes”⁶¹ o Protocolo ZEPIM⁶² y sus enmiendas⁶³),

⁵⁵ El Capítulo 17 de la Agenda 21 de Río, está lleva por título “La protección de los Océanos y de los mares de todo tipo, incluidos los mares cerrados y semicerrados, y de las zonas costeras y protección, utilización racional y desarrollo de sus recursos vivos”. Puede consultarse en la página <http://www.un.org/esa/sustdev/documents/agenda21/spanish/agenda21sptoc.htm> [consultado el 12 de junio 2023].

⁵⁶ CH. LEFEBVRE, “Les apports des Conventions Régionales sur les mers aux dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer”, [VertigO] La revue électronique en sciences de l’environnement, n.º 8, octubre 2010, pp. 1-6.

⁵⁷ Bajo los auspicios del PNUMA/ Plan de Acción para la protección y el desarrollo de la cuenca del Mediterráneo (PAM) se adoptó en 1976 se adoptó el denominado Convenio de Barcelona, que se revisaría dos décadas más tarde para incorporar los conceptos clave adoptados en la Conferencia de Río de 1992. Así, en 1995 adoptaría una nueva denominación, el Convenio para la Protección del Medio Marino y de la Región Costera del Mediterráneo, el cual, junto con sus Protocolos constituyen un marco jurídico multilateral sofisticado y sin parangón para la protección de los ecosistemas marinos y costeros de la región y el uso sostenible de sus recursos. Dicho Convenio de Barcelona fue ratificado por España el 17 de diciembre de 1976 (BOE n.º. 44 de 21 de febrero de 1978), así como sus enmiendas, que lo fueron el 17 de febrero de 1999 (BOE n.º. 173 de 19 de julio de 2004).

⁵⁸ Protocolo relativo a la gestión integrada de las zonas costeras del Mediterráneo, hecho en Madrid el 21 de enero de 2008. De conformidad con este protocolo, las Partes se comprometen a establecer un marco común para la gestión integrada de las zonas costeras del mar Mediterráneo y adoptarán las medidas necesarias para reforzar la cooperación regional con ese fin. Ratificado por España el 21 de enero del 2008. BOE n.º. 70, de 23 de marzo de 2011.

⁵⁹ Véase nota 41.

⁶⁰ Protocolo relativo a la protección del Mediterráneo contra la contaminación resultante de la exploración y explotación de la plataforma continental y del fondo del mar y su subsuelo, hecho en Madrid el 14 de octubre de 1994) (“Protocolo Offshore”). Firmado por España el 14 de octubre de 1994, pero no ratificado hasta el momento, a pesar de haber entrado en vigor desde 24 de marzo de 2011.

⁶¹ Protocolo sobre la prevención de la contaminación del mar Mediterráneo por movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación. Firmado por España el 1 de octubre de 1996, pero sin ratificación, a pesar de estar en vigor desde el 18 de enero de 2008. Para más información véase Para más información véase *Ibidem*.

⁶² Protocolo sobre zonas especialmente protegidas del Mediterráneo, hecho en Ginebra el 3 de abril de 1982, ratificado por España el 22 de diciembre de 1987 y publicado en BOE el 11 de enero de 1988. Este Protocolo quedó sustituido por el Protocolo sobre las zonas especialmente protegidas y la diversidad biológica en el Mediterráneo, hecho en Barcelona, 10 de junio de 1995 y anexos al Protocolo, adoptados en Mónaco el 24 de noviembre de 1996. Ratificado por España el 23 de diciembre de 1998 y publicado en BOE n.º. 302 el 18 de diciembre de 1999. Este protocolo se ha convertido en la herramienta principal para implementar el CDB en la región del Mediterráneo. Prevé tres elementos principales para poder asegurar la salvaguarda de la biodiversidad en el Mediterráneo: en primer lugar, la creación, protección y gestión de las Áreas Especialmente Protegidas; en segundo lugar, la confección de una lista de Áreas de Especial Protección de Importancia Mediterránea y, en tercer lugar, la protección y conservación de especies. Para más información véase *Ibidem*.

⁶³ Enmiendas a las listas de los Anexos II y III del Protocolo sobre las zonas especialmente protegidas y la diversidad biológica en el Mediterráneo, adoptadas en Marrakech el 5 de noviembre de 2009 (aceptadas por España el 4 de febrero de 2011), enmiendas de los Anexos II y III del Protocolo sobre las zonas especialmente protegidas y la diversidad biológica en el Mediterráneo, adoptadas en París el 10 de febrero de 2012 y enmiendas a los Anexos II y III del Protocolo sobre las zonas especialmente protegidas y la diversidad biológica en el Mediterráneo, adoptadas en Estambul el 6 de diciembre de 2013. Todas ellas aceptadas por España y publicadas en BOE n.º. 24 de febrero 2011, BOE n.º. 95 de 21 abril 2011, BOE n.º. 98 de 23 de abril de 2014, BOE n.º. 160 de 2 de julio de 2014, BOE n.º. 100 de 27 de abril de 2015, BOE n.º. 221 de 15 de septiembre de 2015 y BOE n.º. 221 y 263 de 3 de noviembre de 2015. Las enmiendas al Anexo II del Protocolo sobre las zonas especialmente protegidas y la diversidad biológica en el Mediterráneo, adoptadas en Tirana el 20 de diciembre de 2017 no han sido aún aceptadas por España. Para más información véase *Ibidem*.

el Convenio de Argel de 1968⁶⁴, el Convenio de Berna de 1979⁶⁵ o el Convenio sobre la Conservación de las Especies Migratorias de Animales Silvestres (CMS o Convenio de Bonn⁶⁶) con su acuerdo más destacado, el relativo a la conservación de aves acuáticas migratorias de África y de Eurasia (AEWA)⁶⁷.

25. En el caso de los Estados europeos de la cuenca mediterránea, los humedales costeros se benefician además del marco jurídico de protección y conservación diseñado en Unión Europea en la materia y que viene conformado, entre otras disposiciones, por la Directiva sobre Inundaciones⁶⁸, la Directiva marco sobre la Estrategia Marina, la Directiva Marco del Agua⁶⁹ o las Directivas sobre Hábitats⁷⁰ y relativa a la conservación de Aves silvestres⁷¹, por las que se establece, entre otras obligaciones, la de identificar, designar y salvaguardar zonas para la protección y conservación de aves y de hábitats naturales.

V. El primer ecosistema protegido con personalidad jurídica en España: estudio del caso

26. El Mar Menor es un espacio de gran importancia ecológica, que alberga una rica diversidad de especies⁷², circunstancia ésta que justifica el especial interés de las autoridades españolas por su protección, implementando en el ordenamiento jurídico español todos las herramientas jurídicas y mecanismos de protección que proporcionan los instrumentos internacionales ratificados por España. Sirva como ejemplo, entre otros, el Convenio Ramsar, en virtud del cual los Estados se comprometen a realizar un “uso racional” de los humedales y prestar una especial atención a su protección mediante la inclusión en una Lista internacional creada para tal efecto (Listar Ramsar o la Lista de Humedales de Importancia Internacional)⁷³, de aquéllos de mayor valor medioambiental. Siendo éste el principal instrumento internacional para la protección de estos ecosistemas, España lo ratificó en 1982⁷⁴, así como su

⁶⁴ Convenio Africano sobre la Conservación de la Naturaleza y de los Recursos Naturales de 15 de septiembre de 1968. Ratificado por España 12 de marzo de 1999. BOE n.º. 296, de 11 de diciembre de 2001.

⁶⁵ Convenio relativo a la conservación de la vida silvestre y del medio natural en Europa, hecho en Berna el 19 de septiembre de 1979, entró en vigor de forma general el 01 de junio de 1982. Ratificado por España el 13 de mayo de 1986. BOE n.º. 235, de 1 de octubre de 1986.

⁶⁶ Convención sobre la Conservación de las Especies Migratorias de Animales Silvestres, hecho en Bonn el 23 de junio de 1979. Ratificación por instrumento de 22 de enero de 1985. BOE n.º. 259, de 29 de octubre de 1985.

⁶⁷ Acuerdo sobre la conservación de aves acuáticas migratorias de África y de Eurasia. Ratificado por España por instrumento de 12 de marzo de 1999. BOE n.º. 296, de 11 de diciembre de 2001.

⁶⁸ Directiva 2007/60 de evaluación y gestión de los riesgos de inundación. DOCE L 288/27, de 6 de noviembre de 2007.

⁶⁹ Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas. DOCE L327/1, de 22 de diciembre de 2000.

⁷⁰ Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres. Hábitats Anexos y posteriores modificaciones (Directiva 97/62/CE) DOCE L 305, de 8 de noviembre de 1997.

⁷¹ Directiva 2009/147/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, relativa a la conservación de las aves silvestres. DOUE L 20/7, de 26 de enero de 2010.

⁷² El Mar Menor alberga una rica biodiversidad de especies marinas y terrestres. Algunas son de enorme importancia biológica por ser endémicas o estar en peligro de extinción. Entre las aves encontramos la gaviota de Audouin, y los charrancitos comunes. Entre las especies vegetales más reseñables destacamos el chumberillo de lobo y la zanahoria marítima. De las especies presentes en el medio submarino, destacamos el fartet, un pequeño pez exclusivo del mediterráneo español y en serio peligro de extinción y el caballito de mar, que está en peligro crítico dentro de la laguna. Otra especie de importancia biológica por su escasez es la nacra, un molusco bivalvo de gran tamaño. Entre las especies vegetales a destacar encontramos la seba, una planta subacuática. Para ampliar información puede consultarse la página Canal Mar Menor, creada por el Gobierno de Murcia, para más información véase <https://canalmarmenor.carm.es/comunicacion/recursos-de-difusion/> [consultado el 12 de junio 2023].

⁷³ El “uso racional” es el núcleo de la Convención y se aplica a todos los humedales. Se define como “el mantenimiento de las características ecológicas [de un humedal], logrado mediante la aplicación de enfoques por ecosistemas, en el contexto del desarrollo sostenible”. Las Partes Contratantes promueven su uso racional a través de las políticas y de las legislaciones nacionales; los inventarios, el seguimiento y la investigación; la formación, la educación y la sensibilización del público; y los planes integrados de manejo de los sitios.

⁷⁴ Instrumento de Adhesión de España al Convenio de Ramsar de 18 de marzo de 1982, BOE n.º. 199 de 20 de agosto de 1982. Para más información sobre los humedales Ramsar en España véase D. SERRANO GINÉ, “Los humedales Ramsar en España. Reflexiones a propósito de su trigésimo aniversario”, *Investigaciones Geográficas*, n.º. 57, 2012, pp. 129-148.

protocolo⁷⁵, incluyendo en la Lista Ramsar varios humedales de gran interés ecológico, como el parque natural de Doñana, las Tablas de Daimiel o la laguna costera del Mar Menor⁷⁶. Adoptando, a partir de entonces numerosas disposiciones para procurar su protección y conservación⁷⁷, entre la que destaca la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad⁷⁸.

27. En este orden de ideas, los compromisos asumidos internacionalmente por España para la protección de los humedales y su litoral costero, se han traducido, como ya apuntamos, en la puesta en marcha de varias figuras de protección ambiental en el ordenamiento jurídico español al objeto de proteger la laguna costera del Mar Menor. De este modo, ésta ha sido catalogada como Área de Protección de Fauna Silvestre⁷⁹, Lugar de Importancia Comunitaria (LIC)⁸⁰ y Zona de Especial Protección para las Aves (ZEPA) de la Red Natura 2000⁸¹, así como Zona Especialmente Protegida de Importancia para el Mediterráneo (ZEPIM). En este último caso cabe recordar, que España forma parte del Protocolo al Convenio de Barcelona sobre Zonas Especialmente Protegidas y la Diversidad Biológica en el Mediterráneo⁸², en virtud del cual los Estados deben proteger con la designación de estas zonas los lugares que puedan desempeñar una función importante en la conservación de la diversidad biológica de la región, así como aquéllos que contengan ecosistemas típicos o que tengan un interés especial desde el punto de vista científico, estético o cultural. Con la designación de todas estas figuras jurídicas (áreas, zonas, lista...) las autoridades españolas (nacionales y autonómicas) han pretendido sentar las bases para la conservación de los ecosistemas costeros y marinos del Mar Menor, al objeto de garantizar su viabilidad a largo plazo y mantener su diversidad biológica⁸³. Pretensión que, sin embargo, no tenido éxito en la práctica.

28. Y es que, en contraste con el amplio arsenal jurídico con la que el legislador ha querido proteger este el mar Menor, puede afirmarse que su ecosistema se encuentra muy degradado al día de hoy. Su práctica destrucción se ha debido al creciente impacto de las actividades económicas desarrolladas en la zona desde los años sesenta y, en concreto, a la convergencia de varios fenómenos, como la urbanización descontrolada y la intensificación de las actividades agrícolas responsables de la alteración y contaminación de su ecosistema por el aporte de nitratos, pesticidas y fertilizantes. Esta situación de deterioro irreversible lejos de ser una hipótesis, es reconocida expresamente por el legislador español, como podemos constatar en el preámbulo de la Ley 19/2022 donde se afirma expresamente que “el conjunto de todos sus componentes (su biodiversidad, su sistema hidrogeológico, el fondo lagunar, los humedales litorales...) ha venido sufriendo una serie de presiones derivadas de la intensificación de los

⁷⁵ Protocolo de enmienda del Convenio ratificado por Instrumento de 19 de mayo de 1987, BOE nº. 167 de 14 de julio de 1987, (ratificación de la enmienda del Convenio de Ramsar por el Protocolo de París).

⁷⁶ Véase Resolución de 4 de noviembre de 1994 de la Subsecretaría, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de julio de 1994, por el que se autoriza la inclusión de los embalses de Cordobilla y Malpasillo, albufera de Adra, ría del Eo, Mar Menor, marismas de Santoña y marjal de Pego-Oliva, en la lista del Convenio Ramsar, relativo a Humedales de importancia Internacional, especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas (Ramsar, 2 de febrero 1971), publicado en BOE nº. 272 de 15 de noviembre de 1994.

⁷⁷ A nivel estatal han sido varias las disposiciones que, de forma específica, se han aprobado para su protección como, por ejemplo, el Real Decreto nº. 581/2001, 1 junio 2001 por el que en se prohíbe la tenencia y el uso de municiones que contengan plomo para el ejercicio de la caza y el tiro deportivo, o el Real Decreto nº. 435/2004 de 12 marzo 2004, por el que se regula el inventario nacional de zonas húmedas.

⁷⁸ BOE nº. 299, de 14 de diciembre del 2007.

⁷⁹ Ley 7/1995, de 21 de abril, de la Fauna Silvestre, Caza y Pesca Fluvial de la región de Murcia. BORM nº. 102, 4 de mayo de 1995.

⁸⁰ Acuerdo de Consejo de Gobierno de fecha 28 de julio de 2000 (ES6200030). BORM nº. 181, de 5 de agosto de 2000. Decisión de la Comisión de 19 de julio de 2006 por la que se adopta, de conformidad con la Directiva 92/43/CEE del Consejo, la lista de lugares de importancia comunitaria de la región biogeográfica mediterránea. DOUE nº. 259, de 21 de septiembre de 2006.

⁸¹ En aplicación de la Directiva de Aves (79/409/CEE) y la Directiva Hábitats (92/43/CEE) traspuesta al ordenamiento jurídico español por el RD 1997/45 del Región de Murcia, aprobado por la Resolución de 8 de mayo de 2001. BORM nº. 114 de 18 de mayo de 2001.

⁸² Véase nota 62. Para un interesante estudio sobre este tema véase D.V. GARCÍA CÁCERES, *Perspectiva jurídica internacional para la conservación de las áreas marinas protegidas del Mar Mediterráneo en España*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.

⁸³ Para más información, puede consultarse la página creada sobre el Mar Menor por la región de Murcia <https://canalmar-menor.carm.es/el-mar-menor/sobre-el-mar-menor/> [consultado el 12 de junio 2023].

usos que, desde la década de los años 60 del siglo XX, se han venido desarrollando”⁸⁴. Circunstancia ésta que manifiesta, como también se reconoce en el preámbulo de la ley⁸⁵, un cierto fracaso en la aplicación de las herramientas de protección medioambiental y la necesidad de implementar un nuevo modelo político-jurídico de protección.

VI. Efectos del reconocimiento de personalidad jurídica al ente natural: estudio de la Ley 19/2022, de 30 de septiembre

29. El Diccionario panhispánico del español jurídico de la Real Academia define la persona como la “institución dotada de personalidad propia e independiente y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines, creada por las leyes o conforme a lo establecido en ellas”⁸⁶. Por tanto, partiendo de este concepto puede afirmarse que la personalidad jurídica consiste en la capacidad para ser tanto sujeto activo de derechos (con la posibilidad de disfrutarlos y de ejercerlos) como sujeto pasivo, con sus consiguientes obligaciones. En el caso de las personas físicas, éstas adquieren su personalidad jurídica tras el nacimiento a través de un documento oficial que así lo determina (acta de nacimiento) redactado por el funcionario competente. La pierden, sin embargo, tras su fallecimiento (que se certifica médicamente y se comunica a las autoridades) o tras una resolución judicial en caso de desaparición o ausencia de más de diez años. Por lo que respecta a las personas no físicas (como es el caso de las personas jurídicas), adquieren su capacidad jurídica tras su nacimiento legal, con la consiguiente inscripción en los registros habilitados para tal fin (registro mercantil, de asociaciones...) y la pierden tras su extinción o disolución.

30. A pesar de que, desde la técnica jurídica del derecho, es posible reconocer personalidad jurídica a un ente natural, las experiencias de “personificación” o “subjetivación” de los entes naturales son todavía escasas en el derecho comparado. Y es que, todavía existe una clara hegemonía de la visión antropocéntrica del derecho, lo que explica una considerable reticencia de los operadores jurídicos estatales a aceptar estos nuevos modelos de protección. Hay quien considera que no es viable los reconocimientos derechos a la naturaleza, partiendo del argumento de que todo sujeto con personalidad jurídica también debe ser portador de obligaciones. Argumento éste que rechazamos sobre la base de un claro precedente, el estatus jurídico del menor. Piénsese, en este sentido, que los menores de edad, son representados por sus progenitores y/o tutores, no son titulares de obligaciones positivas, sino de una obligación general de no hacer daño. En este sentido, también hay quien se opone a la subjetivación de los entes naturales partiendo de la idea de que la personalidad jurídica es una fórmula pensada y concebida para el ser humano, concebida según el modelo de la persona física. Planteamiento éste que rechazamos sobre la base misma del reconocimiento de derechos a entidades jurídicas. Y es que, con el reconocimiento de derechos a una asociación o empresa se pretende dotar de un medio propio para expresar su voluntad, al margen de las personas físicas que lo componen. En cualquier caso, y más allá de los argumentos contrarios a la subjetivación de los entes naturales, lo que parece estar fuera de duda es que, incluso los detractores de este modelo, no se oponen a la protección del ente en sí, sino al hecho de que estas entidades se puedan beneficiar de una técnica que, tradicionalmente, ha respondido a una la visión antropocéntrica del derecho.

31. El propio preámbulo de la ley, que nace a partir de un instrumento excepcional de producción normativa como es el de la iniciativa popular⁸⁷, denuncia la ineficacia de los mecanismos tradi-

⁸⁴ Comité de Asesoramiento Científico del Mar Menor, Informe integral sobre el estado ecológico del Mar Menor, 13 de febrero de 2017; <https://canalmarmenor.carm.es/wp-content/uploads/2020/07/Informe-Integral-sobre-el-estado-ecol%C3%B3gico-del-Mar-Menor.pdf> [consultado el 12 de junio 2023].

⁸⁵ En el propio preámbulo de la Ley se reconoce “(...) la insuficiencia del actual sistema jurídico de protección, a pesar de las importantes figuras e instrumentos de carácter regulador que se han ido sucediendo a lo largo de los últimos veinticinco años”.

⁸⁶ Puede consultarse esta voz en línea en <https://dpej.rae.es/lema/persona-jur%C3%ADdica> [consultado el 12 de junio 2023].

⁸⁷ Tras varios episodios de mortandad masiva de peces en el Mar Menor, asociaciones de vecinos, organizaciones ecologistas, colectivos profesionales y fundaciones culturales se movilizaron para exigir la adopción de medidas de restauración y conservación de la laguna. De esta forma, se puso en marcha una iniciativa legislativa popular, un mecanismo de democracia

cionales para dar respuesta a los efectos del cambio climático y el deterioro de los ecosistemas, justificando con ello la adopción de un nuevo modelo de protección en cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos por España⁸⁸. El objetivo perseguido con esta nueva fórmula es el de reforzar la protección de la laguna del Mar menor mediante su subjetivación jurídica; es decir, reconociéndole personalidad jurídica y dotándola de derechos propios basados en el valor ecológico intrínseco del ecosistema. En definitiva, con esta ley se pretende una gobernanza autónoma del ecosistema protegido, superando así la consideración del ente natural como objeto para elevarlo a la consideración de sujeto de derecho. De esta forma, en el artículo 2 de la citada ley, el legislador español afirma que

“1. Se reconoce al Mar Menor y su cuenca los derechos a la protección, conservación, mantenimiento y, en su caso, restauración, a cargo de los gobiernos y los habitantes ribereños. Se le reconoce también el derecho a existir como ecosistema y a evolucionar naturalmente, que incluirá todas las características naturales del agua, las comunidades de organismos, el suelo y los subsistemas terrestres y acuáticos que forman parte de la laguna del Mar Menor y su cuenca.”

32. Más concretamente, la ley especifica el contenido de estos derechos, que se corresponden principalmente con obligaciones que incumben a la sociedad o a la colectividad. Así, en esencia, se le reconoce: a) el derecho a existir, lo que implica el necesario respeto para preservar la capacidad de regulación del ecosistema frente a las presiones ejercidas sobre la cuenca hidrográfica; b) el derecho a su protección, lo que supone limitar, impedir o prohibir las actividades que supongan un riesgo para el ecosistema o puedan perjudicarlo; c) el derecho a la conservación, lo que exige la adopción de medidas para conservar las especies y los hábitats terrestres y acuáticos, así como la gestión de los espacios naturales protegidos y, por último, d) el derecho a la restauración, el cual requiere por parte de la administración pública la adopción de acciones correctoras con el fin de restablecer la dinámica natural y la resiliencia del ecosistema, así como sus servicios ecosistémicos. Estos derechos corresponden a una serie de valores propios del ecosistema, que deben ser protegidos por el hombre y la comunidad que lo habita. Por lo tanto, van acompañados de una serie de obligaciones de “conservación, mantenimiento y restauración” de las que son responsables las autoridades gubernamentales en todos sus niveles (estatal, autonómica, provincial y municipal), así como los residentes locales. La “comunidad” concebida en sentido amplio, tiene pues el deber moral de mantener y cuidar el ecosistema. Afirmación ésta que plantea otra cuestión: la de si los derechos reconocidos por la ley se corresponden con protecciones legales ya existentes. Basta con profundizar en el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas⁸⁹, en particular su artículo 92 y siguientes, para convencerse de que así es. La novedad introducida por la nueva ley, por lo tanto, no es el contenido material de estos derechos, sino su titularidad y los mecanismos que diseña para su protección.

33. La consecuencia directa del nuevo sistema es el hecho de que el cumplimiento de estos derechos podrá ser exigido ante la Administración o los tribunales de forma amplia. De manera que cualquier infracción cometida, ya sea por parte de una autoridad pública, entidad privada, persona física o jurídica, podrá dar lugar a una responsabilidad penal, civil, medioambiental y administrativa. En este sentido, una de las principales novedades introducidas por la ley es la amplia legitimación que se reconoce para emprender acciones, pudiendo ser calificada de *actio popularis*⁹⁰. Y es que, de conformidad con el artículo 6 de la nueva ley cualquier persona física o jurídica estará legitimada para defender el ecosistema protegido, haciendo valer ley, así como las disposiciones que la desarrollen, ante los tribunales o admi-

participativa que permite a los ciudadanos presentar un proyecto de ley al Parlamento si recogen más de medio millón de firmas a favor. La iniciativa obtuvo más de 615.000 firmas a favor del reconocimiento de los derechos del Mar Menor. El 5 de abril de 2022, casi todos los diputados del Congreso español votaron a favor de una ley que reconoce la personalidad jurídica de la laguna, confirmando el Senado esta decisión.

⁸⁸ Preámbulo de la Ley 19/2022, de 30 de septiembre de 2022, véase nota 1.

⁸⁹ BOE n.º. 176, de 24 de julio de 2001.

⁹⁰ Para más información sobre esta institución y su fundamento véase A.F.D. BUJAN, “La *actio popularis* romana como antecedente y fundamento de la acción popular ex artículo 125 CE”, Revista Aranzadi Doctrinal, n.º. 6, 2020, pp. 17-60.

nistración pública. De esta forma, se permite una amplia legitimación activa: la acción pública (que por error la ley denomina “acción judicial”) podrá ser ejercitada por la sociedad civil como parte interesada. La persona que ejercite estos derechos y cuya acción prospere tendrá asimismo derecho a recuperar todos los gastos ocasionados por el litigio.

34. Este instrumento de defensa, la *actio popularis* no supone una novedad. De hecho, apareció por primera vez a principios del siglo XIX en el sistema jurídico español y figura expresamente en el artículo 125 de la Constitución española⁹¹, siendo, como señala el Tribunal Supremo, una manifestación del principio democrático, entendida como un “medio funcional para garantizar la participación de los ciudadanos en el proceso judicial”⁹². De esta forma, podría decirse que el esquema de defensa planteado por la nueva ley responde a los tres elementos de lo que se conoce como “bien común”: la existencia de un recurso, una comunidad y un conjunto de derechos⁹³. Sin embargo, a pesar de la virtualidad de la norma y la buena voluntad del legislador, no podemos dejar de reconocer que la redacción de algunos de sus artículos (en particular los relativos a derechos) adolece de una gran vaguedad e imprecisión. Y es que, decir que la laguna del mar Menor tiene “derecho a existir y a evolucionar naturalmente” y que este derecho “significa el respeto a la ley ecológica” supone una grave impresión jurídica que afecta a su eventual defensa y que podría vulnerar el principio de seguridad jurídica, exigido en todo Estado de Derecho. De hecho, esta fue una de las razones por las que en EEUU fue anulada una ley (*Lake Erie Bill of Rights* de 2012) por la que se reconocía personalidad jurídica a un ente natural. En este caso el Tribunal del Distrito de Ohio (*Northern District of Ohio Western Division*) dictó una sentencia el 27 de febrero del 2020⁹⁴, declarando la inconstitucional de la citada ley por vulnerar la decimocuarta enmienda de la Constitución de los EEUU, que protege el derecho al *due process*. El tribunal argumentó que un componente de este derecho es “la claridad de la Ley” y que la imprecisión de redacción legal impedía concretar qué tipo de conductas suponían la violación de los derechos del lago Eri, al que se le habían reconocido derechos⁹⁵.

35. Ahora bien, en la medida en que el ente natural tiene personalidad jurídica, precisa de órganos que tutelen sus derechos y velen por sus intereses. El legislador no ha sido ajeno a esta situación. Por ello, ha creado tres órganos llamados ejercer su tutela: el Comité de representantes (órgano administrativo), el Comité científico (órgano técnico compuesto por los expertos⁹⁶) y la Comisión de Seguimiento (órgano plural con presencia de sociedad civil⁹⁷ y que se presenta como el “guardián” del ecosistema). A estos órganos “comunitarios” se le encomienda la tutela del Mar Menor, así como su representación y gobernanza. El primero de ellos (Comité de representantes) compuesto por trece miembros (tres de la Administración General del Estado, tres de la Comunidad Autónoma y siete ciudadanos, entre los que se encuentran profesores universitarios y abogados especialistas en Derecho Ambiental) propone medidas para la protección, conservación, mantenimiento y restauración de la laguna. Vela por el respeto de sus derechos, basándose en la información facilitada por los otros dos órganos. El segundo (el Comité de Seguimiento) está compuesto por 17 miembros (ocho representantes de municipios limítrofes, designados por sus respectivos ayuntamientos, nueve representantes de empresas, sindicatos, asociaciones de vecinos, pesca, agricultura, ganadería, protección del medio ambiente, igualdad de género y juventud) y

⁹¹ Art. 125 de la Constitución española: “Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales”. BOE n.º 311, de 29 de diciembre de 1978.

⁹² STS de 17 de diciembre de 2007 [RJ 2007\884].

⁹³ E. OSTROM, *The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990.

⁹⁴ *Drewes Farns P’Ship v. City of Toledo* (n.º 3:19 CV 434, 2020 WL 966628).

⁹⁵ A. GARCÍA ENTERRÍA & B. LOZANO CUTANA, “La declaración del Mar Menor y su cuenca como persona jurídica: un «embrollo jurídico»”, *Diario La Ley*, 25 octubre 2022, en <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2022/11/04/la-declaracion-del-mar-menor-y-su-cuenca-como-persona-juridica-un-embrollo-juridico> [consultado el 12 de junio 2023].

⁹⁶ Propuestos por las Universidades de Murcia, Alicante, el Instituto Oceanográfico de Murcia, por la Sociedad ibérica de ecología y por el Consejo Superior de Investigación Científica.

⁹⁷ Para un reciente estudio sobre la participación de la sociedad civil en el control de las normas multilaterales véase V.L. GUTIÉRREZ CASTILLO, “La « société civil » et le controle de l’application des normes multilaterales”, *Le droit international multilateral. Colloque de Perpignan, Société Française pour le Droit International*, Editions A. Pedone, Paris, 2023, pp. 205-225.

tiene como objetivo principal la vigilancia y control del cumplimiento de los derechos de la laguna, así como informar periódicamente sobre el cumplimiento de la ley. Para alcanzar este objetivo este órgano se apoyará en los indicadores definidos por el Consejo Científico, que servirán para analizar el estado ecológico del Mar Menor. Este último está formado por científicos independientes y expertos especializados en el estudio del Mar Menor, propuestos por instituciones profesionales y científicas como las universidades de Murcia y Alicante, el Instituto Español de Oceanografía (Centro Oceanográfico de Murcia), la Sociedad Ibérica de Ecología y el Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Entre sus funciones estará la de asesorar a las anteriores entidades y establecer indicadores sobre el estado ecológico del ecosistema. El objetivo será identificar los riesgos medioambientales existentes y proponer las medidas de restauración que considere adecuadas⁹⁸.

36. Para el desarrollo de esta ley y, en concreto, para impulsar la puesta en marcha de los órganos de representación, el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico del Gobierno central ha elaborado un proyecto de Real Decreto de desarrollo⁹⁹ que aún se encuentra en trámite. Según el texto del proyecto la citada disposición se fundamenta en la Disposición final primera de la Ley 19/2022, de 30 de septiembre para el reconocimiento de la personalidad jurídica del Mar Menor y su cuenca, así como en la regla 23 del artículo 149.1 23. de la Constitución Española, que atribuye al estado la competencia exclusiva en materia de legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las comunidades autónomas de establecer normas adicionales de protección. En su articulado se desarrollan las competencias y funciones referidas en la citada ley.

VII. Fundamentos jurídicos del nuevo modelo político-jurídico de protección en España: análisis crítico a partir del derecho interno y el derecho comparado

37. Con la aprobación de la nueva Ley se ha querido dar un salto cualitativo, adoptando un modelo de protección. Esta “vanguardia jurídica internacional”, como califica el legislador español la nueva fórmula, encuentra su fundamento no solo en los compromisos internacionales adquiridos por España en la materia, sino también en la interpretación ecocéntrica del derecho que, jurisprudencialmente, han ido adoptando tribunales de diferentes tradiciones jurídicas a las que se ha sumado el Tribunal Supremo¹⁰⁰.

38. En primer lugar y por lo que a los compromisos internacionales asumidos por España se refiere, el preámbulo de la Ley hace mención expresa al Acuerdo de París de 2015¹⁰¹, instrumento internacional del que España es parte y a través del cual los Estados se comprometen a

“(...) mantener y promover la cooperación regional e internacional con el fin de movilizar una acción más vigorosa y ambiciosa para hacer frente al clima, por todas las Partes y por los interesados que no son Partes, incluidos la sociedad civil, el sector privado, las instituciones financieras, las ciudades y otras autoridades subnacionales, las comunidades locales y los pueblos indígenas(...)”.

⁹⁸ Para más información véase H. DELZANGLES, “La reconnaissance, en Espagne, de la personnalité juridique et de droits à la « mar menor ». Une contribution à la réflexion sur les « biens communs environnementaux »?”, *Revue juridique de l’environnement*, n.º 2, 2023, pp. 173-182.

⁹⁹ Véase el proyecto de Real Decreto de desarrollo de la de la Ley 19/2022, de 30 de septiembre para el reconocimiento de la personalidad jurídica del Mar Menor y su cuenca presentado por el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, disponible en la página https://www.miteco.gob.es/es/ministerio/servicios/participacion-publica/proyectedereal-decretodedesarrollodelaley192022-marmenor_tcm30-560893.pdf [consultado el 12 de junio 2023].

¹⁰⁰ Para profundizar sobre este tema véase J.-L. BELTRÁN AGUIRRE, “El medio ambiente en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/239431994134281.pdf> [consultado el 12 de junio 2023].

¹⁰¹ El 12 de diciembre de 2015 se adoptó el Acuerdo de París (Convención marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático), tratado internacional, jurídicamente vinculante, que cubre todos los aspectos de la lucha contra el cambio climático, tanto la mitigación, como la adaptación y los medios de implementación. Este acuerdo recoge, por primera vez en un tratado internacional, el objetivo de mantener el incremento de la temperatura media global por debajo de los 2°C respecto a los niveles preindustriales (objetivo de los 2°C), referencia clave de la ciencia, y de hacer esfuerzos para tratar de limitar el calentamiento global a 1,5°C. Este acuerdo ha sido ratificado por España. BOE n.º 28, de 2 de febrero de 2017.

39. Llama la atención, sin embargo, que la legislador solo haya hecho referencia a este acuerdo, omitiendo cualquier mención a otros instrumentos internacionales claves para la protección de este ecosistema, como la ya mencionada CONVEMAR, la Convención de Ramsar o el amplio conjunto de compromisos asumidos por España en materia de medio ambiente, como los contenidos en la Declaración de Estocolmo de 1972¹⁰² o los resultantes de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo realizada en Río de Janeiro en 1992, en la que los Estados se comprometen a “(...) elaborar estrategias y medidas para detener e invertir los efectos de la degradación ambiental dirigidos a promover en el contexto de los esfuerzos un desarrollo sostenible y ambientalmente equilibrado, realizados tanto en el plano internacional como nacional (...)”. Conferencia ésta que no solo daría lugar al Acuerdo de París al que hace referencia el preámbulo de la citada ley, sino también a otros instrumentos internacionales que son al día de hoy una referencia internacional, como la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de junio de 1992¹⁰³ o la Convención sobre la Diversidad Biológica de 5 de junio de 1992¹⁰⁴. Tampoco se hace mención en el articulado de la nueva ley a importantes instrumentos internacionales que, sin duda, constituyen un fundamento para el fortalecimiento y ampliación de los “derechos bioculturales”¹⁰⁵ de las poblaciones que viven en el entorno de la zona protegida y que se ven afectadas por la degradación del ecosistema. Este es el caso, entre otros, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, en cuyo artículo 12 se reconoce expresamente “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, reconociendo como medidas a adoptar para la plena efectividad de este derecho “el mejoramiento en todos sus aspectos (...) del medio ambiente”¹⁰⁶.

40. En segundo lugar y por lo que la interpretación ecocéntrica del derecho se refiere, el propio legislador reconoce en el texto de la ley que el nuevo modelo de protección se fundamenta en la línea jurisprudencial adoptada por el Tribunal Supremo, en cuya sentencia n.º. 3851/1990 de 30 de noviembre de 1990 interpreta del artículo 45 de la Constitución española conectando los derechos fundamentales con el medio natural, afirmando expresamente que

“La diferenciación entre males que afectan a la salud de las personas y riesgos que dañan otras especies animales o vegetales y el medio ambiente se debe, en gran medida, a que el hombre no se siente parte de la naturaleza sino como una fuerza externa destinada a dominarla o conquistarla para ponerla a su servicio. Conviene recordar que la naturaleza no admite un uso ilimitado y que constituye un capital natural que debe ser protegido”¹⁰⁷

41. Llama la atención, sin embargo, que el legislador español tan solo haya mencionado esta sentencia, la cual, a nuestro juicio, no es especialmente significativa para defender el giro que supone la interpretación ecocéntrica que pretende el legislador, ya que lo que hizo el Tribunal Supremo en esta sentencia fue interpretar el tipo básico del Código Penal existente en ese momento (artículo 347 bis), sin pretender con ello introducir un cambio de paradigma en la interpretación de nuestro ordenamiento jurídico. Y es que, lo que hizo el Tribunal Supremo, tal como resulta del párrafo de la sentencia citada en el preámbulo, es explicar el enfoque antropocéntrico del derecho penal como fundamento de la diferencia

¹⁰² *Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment, Stockholm 5-6 June 1972*. Puede consultarse en <https://www.un.org/en/conferences/environment/stockholm1972> [consultado el 12 de junio 2023].

¹⁰³ Puede consultarse en https://www.miteco.gob.es/es/cambio-climatico/legislacion/documentacion/normativa-y-textos-legales/doc_ncc_un_rio_92.aspx [consultado el 12 de junio 2023].

¹⁰⁴ Ratificada por España el 16 de noviembre de 1993. BOE n.º. 27, de 1 de febrero de 1994.

¹⁰⁵ Este término es utilizado literalmente por el preámbulo de la ley. Para un análisis y estudio de este tipo de derechos véase A. RODRÍGUEZ CAGUANA / V. MORALES, “Los derechos de la naturaleza en diálogo intercultural: una mirada a la jurisprudencia sobre los páramos andinos y los glaciares indios”, *Deusto Journal of Human Rights*, n.º. 6, pp. 99-123.

¹⁰⁶ ONU: Asamblea General, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, 16 diciembre 1966, Naciones Unidas, Serie de Tratados, vol. 993, p. 3, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/docid/4c0f50bc2.html> [consultado el 12 junio 2023].

¹⁰⁷ Fundamento de Derecho 17.2 de la STS de 30 de noviembre de 1990, 3851/1990.

punitiva entre “males que afectan a la salud de las personas y riesgos que dañan otras especies animales o vegetales y el medio ambiente”. Por ello, entendemos que no se le puede atribuir al alto tribunal una finalidad que, a nuestro juicio, no se persiguió con esta sentencia. Por esta razón, tampoco podemos concluir, como se indica el preámbulo de la norma, que a partir de esta sentencia hay que interpretar el artículo 145 de la Constitución española en la forma pretendida por el legislador. Y es que, ésta no reconoce el medio ambiente como un derecho fundamental invocable por vía de amparo, sino como un principio rector del ordenamiento jurídico que tiene por finalidad la defensa de un bien o interés colectivo tutelado en beneficio de la comunidad.¹⁰⁸

42. Ahora bien, con independencia, de la oportunidad de citar una u otra sentencia en el texto normativo, lo cierto es que la tendencia ecocéntrica que defiende el legislador español, a partir de un (pretendido) fundamento jurisprudencial del Supremo no es algo extraño en derecho comparado. De hecho, este planteamiento ya defendido en 1972 en EEUU por varios jueces de la Corte Suprema en el caso *Sierra Club vs. Morton*, el cual tuvo lugar a raíz de unas acciones planteadas con el fin de paralizar el establecimiento de una estación de esquí en el Parque Nacional Sequoia (*Mineral King Valley*) ante el peligro que suponía para su ecosistema la ejecución de ese proyecto. El tribunal competente en el caso (un tribunal de distrito) dictó una medida cautelar de suspensión reconociendo la pretensión de los demandantes, la cual, sin embargo, que terminaría siendo revocada por la Corte Suprema. A pesar del fallo, interesa este caso en tanto que varios jueces expresaron sus votos disidentes, siendo de gran interés el planteado por el juez William Douglas¹⁰⁹ para quien

“Inanimate objects are sometimes parties in litigation. A ship has a legal personality, a fiction found useful for maritime purposes. The corporation sole -- a creature of ecclesiastical law -- is an acceptable adversary, and large fortunes ride on its cases. The ordinary corporation is a “person” for purposes of the adjudicatory processes, whether it represents proprietary, spiritual, aesthetic, or charitable causes.

So, it should be as respects valleys, alpine meadows, rivers, lakes, estuaries, beaches, ridges, groves of trees, swampland, or even air that feels the destructive pressures of modern technology and modern life. The river, for example, is the living symbol of all the life it sustains or nourishes -- fish, aquatic insects, water ouzels, otter, fisher, deer, elk, bear, and all other animals, including man, who are dependent on it or who enjoy it for its sight, its sound, or its life. The river as plaintiff speaks for the ecological unit of life that is part of it. Those people who have a meaningful relation to that body of water -- whether it be a fisherman, a canoeist, a zoologist, or a logger -- must be able to speak for the values which the river represents, and which are threatened with destruction”¹¹⁰.

43. El razonamiento del juez Douglas, según el cual la representación de la naturaleza debía asimilarse a la de las personas jurídicas, sería utilizado años más tarde por los defensores de las tesis ecocentristas, extendiéndose paulatinamente en la década de los ochenta a otros países, llegando incluso a consolidarse incluso en la jurisprudencia de algunos países latinoamericanos, como Colombia y Ecuador. En el primer caso, la Corte Constitucional colombiana llegaría a afirmar en su sentencia C-632 de 2011 que:

“(…) en la actualidad, la naturaleza no se concibe únicamente como el ambiente y entorno de los seres humanos, sino también como un sujeto con derechos propios, que, como tal, deben ser protegidos y garantizados. En este sentido, la compensación ecosistémica comporta un tipo de restitución aplicada exclusivamente a la naturaleza”¹¹¹.

¹⁰⁸ SSTC, entre otras, 82/193, 84/2013 y 233/2015. Para más información A. GARCÍA DE ENTERRÍA & B. LOZANA CUTANDA, *op. cit.*

¹⁰⁹ US. Court of Appeals for the Ninth Circuit. “*Sierra Club v. Morton, Secretary of Interior, et al*”. Syllabus, 1972. Justicia US. Supreme Court. Disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/405/727/#F2/2> [consultado 12 de junio de 2023].

¹¹⁰ U.S. Supreme Court. *Sierra Club v. Morton*, 405 U.S. 742-743 (1972), en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/405/727/#F2/2> [consultado: 12 de junio de 2023].

¹¹¹ Puede consultarse la Sentencia T-632/11, en la página <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-632-11.htm> [consultado 12 de junio de 2023].

44. Posición ésta que sería ratificada en decisiones posteriores, como las dictadas por el mismo tribunal en 2016 (Sentencia T-622 de 10 de noviembre de 2016¹¹²) o en 2018 (Sentencia de 5 de abril de 2018)¹¹³. En el primer caso, los jueces colombianos reconocerían personalidad jurídica al Río Atrato y sus afluentes, amparando también los derechos culturales y territoriales de las poblaciones autóctonas que estaban siendo víctimas de las explotaciones mineras en el departamento de Chocó. En este asunto, el tribunal haría responsable de la situación a las autoridades públicas, al considerar que el Estado había contribuido con su conducta omisiva a la violación de estos derechos. De esta forma, siguiendo la estela argumental expuesta en casos precedentes¹¹⁴, los jueces confirmarían la existencia de una interrelación entre la naturaleza y el ser humano, argumentando que:

“(…) este enfoque en particular, al igual que los anteriores, encuentra pleno fundamento en la Constitución Política de 1991, en particular, en la fórmula del ESD (artículo 1º superior) en tanto define a Colombia como una República democrática, participativa y pluralista, y, por supuesto, en el mandato constitucional de reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural de la nación (artículos 7º y 8º). (...) [L]a justicia con la naturaleza debe ser aplicada más allá del escenario humano y debe permitir que la naturaleza pueda ser sujeto de derechos. Balo esta comprensión es que la Sala considera necesario dar un paso adelante en la jurisprudencia hacia la protección constitucional de una de nuestras fuentes de biodiversidad más importantes: el río Atrato. Esta interpretación encuentra plena justificación en el interés superior del medio ambiente que ha sido ampliamente desarrollado por la jurisprudencia constitucional y que está conformado por numerosas cláusulas constitucionales que constituyen lo que se ha denominado la “Constitución Ecológica” o “Constitución verde”. Este conjunto de disposiciones permite afirmar la trascendencia que tiene el medio ambiente sano y el vínculo de interdependencia con los seres humanos y el Estado”¹¹⁵.

45. El segundo caso al hemos hecho referencia (sentencia de 5 de abril de 2018, STC- 4360-2018) los jueces colombianos se pronunciaron con ocasión de una acción presentada contra el Gobierno con el fin de evitar el deterioro y deforestación de la selva amazónica. En este asunto, la Corte, ahondando en una interpretación ecocéntrica del derecho, afirmaría que la protección de la naturaleza no debe basarse en su supuesto valor instrumental, sino en la salvaguarda de los derechos que son inherentes a ella misma y que se sustentan en su valor intrínseco.

46. En el caso de Ecuador, los tribunales también adoptaron este enfoque a la hora de interpretar su ordenamiento jurídico y lo hicieron sobre la base de los artículos 71¹¹⁶ y 74¹¹⁷ de la Constitución ecuatoriana, en los que se reconocen expresamente los derechos de la *Pacha Mama*. En el caso de este país,

¹¹² Sentencia T-622/16 de 10 de noviembre de 2016. La sentencia puede consultarse en https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-622-16.htm#_ftnref88 [consultado 12 de junio de 2023].

¹¹³ Sentencia Corte Suprema nº. 4360-2018, disponible en <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2018/04/STC4360-2018-2018-00319-011.pdf> [consultado 12 de junio de 2023].

¹¹⁴ Respecto de este último enfoque la Corte ha señalado en la reciente sentencia C-449 de 2015 que la *perspectiva ecocéntrica* puede constatar en algunas decisiones de esta Corporación; por ejemplo, la sentencia C-595 de 2010 anota que la Constitución muestra igualmente la relevancia que toma el medio ambiente como bien a proteger por sí mismo y su relación estrecha con los seres que habitan la tierra.

¹¹⁵ Apartado 5.9 Consideraciones y Fundamentos. Sentencia T-622/16 en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-622-16.htm> [consultado 12 de junio de 2023].

¹¹⁶ Art. 71 de la Constitución de Ecuador: “La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema”. Puede consultarse el texto íntegro de la Constitución de Ecuador en https://www.asambleanacional.gob.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf.

¹¹⁷ Art. 74 de la Constitución de Ecuador: “Las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades tendrán derecho a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir. Los servicios ambientales no serán susceptibles de apropiación; su producción, prestación, uso y aprovechamiento serán regulados por el Estado”. Puede consultarse el texto íntegro de la Constitución de Ecuador en https://www.asambleanacional.gob.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf.

no ha sido la Corte Suprema la que se pronunció sobre este tema, sino los tribunales provinciales, cuyas sentencias no fueron revocadas¹¹⁸. Este es el caso, entre otros, de la Corte Provincial de Justicia de Loja, la cual se pronunció a favor de una acción planteada contra la construcción de una carretera adyacente al río Vilcamba, reconociendo el derecho de este río a que su curso no fuera desviado¹¹⁹.

47. Más allá del continente americano, también podemos constatar esta tendencia jurisprudencial en otras latitudes del planeta, como en el caso de la India y Bangladesh, en los que caben destacar históricas sentencias como la del Tribunal Superior de Uttarakhand (India) donde los jueces judiciales otorgaron personalidad jurídica a los ríos Ganges y Yamuna el 20 de marzo de 2017, quedando bajo la tutela del Abogado General de Uttarakhand¹²⁰. Ese año, ese tribunal también reconocería personalidad jurídica a los glaciares del Himalaya Gangotri y Yamunotri¹²¹, considerando que los derechos de estas personas jurídicas son equivalentes a los de las personas físicas, por lo que cualquier lesión o daño causado debería ser tratada del mismo modo que una agresión a un ser humano¹²². En el caso de Bangladesh, la Sección de Apelaciones de la High Court of Bangladesh calificó en el 2019 como “entidades vivientes” al río Turag y a otros ríos del país, nombrando como tutor a la National Rivers Protection Commission¹²³, con la finalidad de protegerlos y prevenir su contaminación¹²⁴.

48. En otro orden de ideas, y por lo que a la ley española se refiere, algunos aspectos técnicos de la norma son claramente criticables. No siendo el objeto de nuestro trabajo hacer un análisis del caso desde el punto de vista del derecho administrativo ni constitucional, nos limitaremos a mencionar brevemente algunas de las cuestiones denunciadas por la doctrina especializada. Y es que, lo que primero llama la atención tras la redacción de la Ley es la posible vulneración de la distribución de competencias existente entre el Estado y Comunidades Autónomas. El Tribunal Constitucional reconoce en su jurisprudencia (incorporada a la Ley 42/2007 de protección del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad¹²⁵) una distribución en esta materia bien clara: al Estado le corresponde la competencia para dictar legislación básica en esta materia y a las Comunidades Autónomas la competencia para declarar y gestionar los espacios protegidos, con dos únicas excepciones: la declaración de los parques naturales, así como la declaración y gestión de las áreas marinas protegidas situadas bajo soberanía o jurisdicción nacional cuando el ecosistema carezca de continuidad ecológica con la parte terrestre o la zona marítimo-terrestre situada en la comunidad autónoma¹²⁶. Por esta razón podría decirse que, en la medida en que el Mar menor y su entorno no reúne estas condiciones excepcionales, el Estado carece de competencia constitucional para declarar y gestionar el espacio natural al que se le ha dotado de personalidad jurídica.

¹¹⁸ A. MARTÍNEZ MOSCOSO/ J. J. CORONEL ORDÓÑEZ, “La incorporación de los derechos de la naturaleza en la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador. Análisis del caso Mar-Meza (N. 0507-12-EP)”, *Actualidad Jurídica Ambiental*, n.º. 97, 2020, pp.1-21.

¹¹⁹ Para un estudio de este caso véase V. BERROS, “El río posee derecho a no ser desviado de su curso: nuevas herramientas jurídicas disponibles en defensa de la naturaleza”, *X Jornadas de Sociología*, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2013, pp. 1-22.

¹²⁰ Para más información sobre este caso véase V. DAVID, “La nouvelle vague des droits de la nature. La personnalité juridique reconnue aux fleuves Whanganui, Gange et Yamuna”, *Revue juridique de l’environnement*, n.º. 3, 2017, pp. 409-424.

¹²¹ Gangotri y Yamunotri representan lugares de peregrinación para los hindúes en el Himalaya y, a su vez, son una fuente que surte de agua dulce a millones de personas. Sus aguas avanzan hasta llegar los ríos Ganges y Yamuna, considerados inicialmente seres vivos.

¹²² E. O’DONELL, “At the intersection of the sacred and the legal: rights for Nature in Uttarakhand, India” *Journal of Environmental Law*, n.º. 30, 2018, pp. 135-144.

¹²³ Para más información sobre esta institución, puede consultarse su página web <https://nrcd.nic.in/> [consultado 12 de junio de 2023].

¹²⁴ Puede obtenerse más información en la página <https://communityrights.us/2019/01/30/turag-given-legal-person-status-to-save-it-from-encroachment/> [consultado 12 de junio de 2023].

¹²⁵ BOE n.º. 299, de 14 diciembre de 2007.

¹²⁶ SSTC 102/1995, SSTC 195/1998, SSTC 97/2002, SSTC 38/2002, SSTC 194/2004, SSTC 69/2013 y SSTC 87/2013. *Ibidem*.

VIII. Conclusiones

49. La atribución de personalidad jurídica a entes naturales (ríos, lagos, bosques...) con fines ambientales es una técnica inédita en nuestro derecho, aunque tiene antecedentes en otros países. Su introducción en el ordenamiento jurídico español como técnica de protección ambiental parece responder a un nuevo enfoque de interpretación adoptado por el legislador y que supone el abandono de una visión antropocéntrica de la protección de la naturaleza para adoptar una visión ecocéntrica de la misma. De este modo, con el nuevo modelo de protección, la naturaleza pasa de tener un rol pasivo al servicio de un ser humano (objeto de derecho), para alcanzar un rol activo, como sujeto.

50. Estos nuevos modelos de protección, que ponen el acento en la naturaleza, pretenden corregir las deficiencias de los mecanismos tradicionales para la conservación de los ecosistemas naturales y lucha contra el cambio climático. Cuestión ésta que se ha convertido en un tema clave en nuestros días. En este contexto cabe subrayar la importancia que tiene para la lucha contra el cambio climático los humedales, zonas de transición ecológica que constituyen uno de los ecosistemas más productivos del planeta. En el caso de la cuenca mediterránea los humedales son fuente esencial de biodiversidad. ya que no solo contribuyen a esponjar las inundaciones y tormentas costeras, sino que, además, representan un refugio para las aves durante sus rutas migratorias. Ahora bien, a pesar del papel decisivo que éstos juegan en la preservación del medio marino, al día de hoy sufren graves alteraciones causadas por la elevación del nivel del mar y las acciones antrópicas (agricultura, turismo, urbanización...). España, con un amplio litoral costero bañado por el mar mediterráneo se encuentra afectado, inevitablemente, por esta situación.

51. En el contexto internacional son numerosas las convenciones que, de forma directa o indirecta, concilian el compromiso de los Estados de conservar y proteger el medio ambiente y los ecosistemas. Entre éstas destaca la Constitución de los océanos, en la que se exige a los Estados hacer frente a los riesgos a los que pueda hacer frente el medio marino, incluyendo los de origen humano. Este compromiso de protección no se agota, sin embargo, en la regulación contenida en los convenios internacionales de carácter global, sino que también es exigible, por otros instrumentos internacionales de orden regional, que constituyen una respuesta a las recomendaciones contenidas en el capítulo 17 de la Agenda 21 de Río y por la que se anima a los Estados a crear herramientas jurídicas para la protección de la biodiversidad.

52. El litoral costero, en la medida en que supone una zona de transición ecológica en la que convergen diferentes accidentes naturales (deltas, bahías, rocas...) y artificiales (puertos), constituye un límite jurídico para el alcance y extensión del concepto de medio marino, quedando protegido por el régimen jurídico que la norma internacional establece para este último. Así puede inferirse de la redacción de varios artículos contenidos en el parte XII de la CONVEMAR. Protección del medio marino, que a tenor de lo dispuesto por esta norma internacional, debe ser interpretada como una obligación general, de carácter omnicompreensiva y continuada, que no admite excepciones ni derogaciones y que está conectada con la obligación de preservar. Obligación esta última que desempeña una función subsidiaria en relación con aquélla, ya que compromete a los Estados a adoptar medidas correctoras necesarias para hacer frente a la degradación sistémica del medio marino, más allá de la respuesta a una amenaza identificada.

53. España, ha ratificado los principales instrumentos de protección del medio ambiente (terrestre como marino) y lucha contra el cambio climático: tanto en un contexto universal como regional. Dichas normas internacionales se han manifestado limitadas a la hora de garantizar una efectiva protección de los entes naturales. Sobre la base de los compromisos asumidos en el marco de estos instrumentos el legislador español ha implementado una nueva fórmula de protección a través de la Ley 19/2022, de 30 de septiembre para el reconocimiento de personalidad jurídica a la laguna del Mar Menor y su cuenca. Con esta disposición, España ha pasado a ser el primer país del continente europeo y de la región mediterránea, que ha reconocido personalidad jurídica a un ecosistema natural. En este caso se trata de un ecotono (humedal costero) situado en el litoral mediterráneo.

54. Desde el punto de vista de la técnica jurídica, puede afirmarse que en el ordenamiento jurídico español no existe obstáculo para el reconocimiento de personalidad jurídica y capacidad procesal a entes naturales o entidades no físicas a los efectos de ejercer acciones para su protección. Este obstáculo tampoco parece haber existido en países con diferente tradición jurídica en los que, como en la India, Nueva Zelanda o EEUU, también se han implementado dichos mecanismos de protección.

55. El legislador español podría haber optado por reforzar el marco normativo de protección de los ecosistemas naturales con fórmulas tradicionales. Sin embargo, en su lugar ha preferido implementar un nuevo modelo de protección no exento de controversia y por el cual se reconoce titular de derechos a un ente natural. Este nuevo modelo político-jurídico de protección, más que una nueva herramienta jurídica para la lucha contra la degradación de los ecosistemas, supone una revisión en profundidad del esquema tradicional de protección del medio ambiente, inspirado en una visión antropocéntrica del derecho, así como de los mecanismos de control de la norma.

56. La solución adoptada por el legislador español, sin embargo, tiene sus luces y sombras. Por lo que a las luces se refiere, cabe señalar que, a diferencia, de los mecanismos de naturaleza ecocéntrica adoptados en otros países, la ley española ha evitado realizar un reconocimiento genérico y vago de la personalidad jurídica del ente natural, dotándole no solo de derechos, sino también de órganos de representación y gobernanza. En concreto, de un Comité de Representantes, compuesto por representantes de las Administraciones Públicas del Estado y de la Comunidad Autónoma, así como de la ciudadanía de los municipios ribereños; de una Comisión de Seguimiento como guardianes de la Laguna del Mar Menor, y de un Comité Científico. Órganos todos ellos que en su conjunto ejercerán las funciones de tutor del ente natural.

57. Por lo que a las sombras se refiere, nadie duda de la oportunidad de adoptar medidas para que las Administraciones públicas puedan responder de forma eficaz ante la catástrofe ecológica que afecta a la naturaleza. Sin embargo, a pesar de que la nueva norma supone una solución novedosa, no podemos ignorar que adolece de algunos defectos técnicos que podrían haberse superado. En este sentido, es criticable la eventual violación competencial que esta disposición puede suponer entre administraciones desde el punto de vista del derecho interno a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, así como la imprecisión con la que han sido redactados algunos de sus artículos, en particular los referentes a los derechos. Esta circunstancia, puede malograr la de protección y conservación perseguida debido a la inseguridad jurídica que puede suponer su desarrollo en la práctica, argumento éste que ha servido de fundamento para la revocación de leyes similares por los tribunales de otros países.

Cuestiones a debate en torno a las cláusulas de jurisdicción. Retos y desafíos para una propuesta de reforma limitada del Artículo 25 del Reglamento Bruselas I (refundido)

Questions to debate around choice of court agreements. Challenges for a limited reform of article 25 of Brussels I Regulation (recast)

MÓNICA HERRANZ BALLESTEROS

Profesora Titular de DIPr

UNED

Recibido: 13.06.2023 / Aceptado: 04.07.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.8070

Resumen: Conforme al artículo 79 del Reglamento Bruselas I (refundido) corresponde a la Comisión presentar un informe sobre la aplicación del instrumento; informe que además podrá, en su caso, ir acompañado de una propuesta de modificación. A fin de dar cumplimiento a este mandato la Comisión encargó un estudio sobre los retos planteados en la aplicación del Reglamento tras siete años de funcionamiento. Este trabajo profundiza en varias de las cuestiones que han sido objeto de análisis, todas ellas en relación con la puesta en práctica de la regulación que el Reglamento Bruselas I (refundido) hace de los acuerdos de elección de foro debido a que fue una de las materias que tuvo importantes modificaciones en la refundición de Bruselas Ibis.

En particular el objeto del estudio es: *primero*, la clarificación de la noción del elemento transfronterizo cuando todos los componentes de la relación están localizados en el mismo Estado y se incluye una cláusula de jurisdicción en favor de un tribunal de un Estado distinto; *segundo*, la proyección de la aplicación del artículo 25 a domiciliados en terceros Estados en el supuesto de elección de foro en favor de un tribunal de un Estado miembro; *tercero*, la validez de los acuerdos de elección de foro en los supuestos de contratación online.

Palabras clave: Reglamento Bruselas I (refundido); acuerdos de elección de foro; internacionalidad de la relación; aplicación a domiciliados en terceros Estados; cláusula de jurisdicción en entornos digitales.

Abstract: Pursuant to Article 79 of Brussels I (recast), it is responsibility of the Commission to present a report on the application of the Council Regulation; report that may also, where appropriate, be accompanied by a proposal for modification. In order to comply with this mandate, the Commission commissioned a study on the challenges posed in the application of the Regulation after seven years of operation. In this paper we have chosen several of the issues that have been analyzed. All the issues are in relation to the implementation of the regulation that Brussels I (recast) makes of the agreements of jurisdiction, given that it was one of the matters that had important modifications in the recast of Brussels Ibis.

In particular, the purpose of this paper is: *first*, the clarification of the concept of cross-border situation when the elements of the relationship are located in the same State and the parties have agreed that a court or a courts of other member States have jurisdiction; *second*, the application of the Regulation

to defendants domiciled in third countries in cases of agreements of jurisdiction; *thirdly*, the validity of choice of forum clauses in electronic contracts.

Keywords: Brussels I (recast); agreements on jurisdiction; international of the legal relationship; application to third-country defendants; jurisdiction agreements in online contracts.

Sumario: I. Introducción. II. El elemento internacional o transfronterizo en la relación jurídico-privada. 1. Localización del elemento transfronterizo a través de la jurisprudencia del TJUE. 2. El debate sobre el transfronterizo en los acuerdos de elección de foro. 3. Posicionamiento de los tribunales de los Estados miembros. 4. El esperado pronunciamiento del TJUE. A) Argumentos a favor de la aplicación del Reglamento Bruselas I (refundido). B) Argumentos contrarios a la aplicación del Reglamento Bruselas I (refundido). III. Aplicación del Reglamento Bruselas I (refundido) a los demandados domiciliados en terceros Estados en caso de acuerdos de jurisdicción. 1. Algunos aspectos sin tratar en el marco de la ampliación del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I (refundido) para los acuerdos de jurisdicción. 2. Dificultades encontradas en torno a la proyección del artículo 25 a domiciliados en terceros Estados. IV. La digitalización como reto para los criterios tradicionales de determinación de la competencia judicial internacional: el foro de la autonomía de la voluntad. 1. Adecuación de las cláusulas de jurisdicción a la digitalización: planteamiento del problema. 2. Pronunciamientos del TJUE sobre los e-agreements en los contratos B2B. A) El TJUE en el asunto *El Majdoud*. B) El TJUE en el asunto *Uniliver*. 3. Jurisprudencia nacional en relación con la validez de los e-agreements en contratos B2B. A) Sentencia del Tribunal Supremo de Irlanda de 14 de enero de 2019 en el asunto *Rynair Dac v. Sc. Vola.Ro SRL*. B) Sentencia del Tribunal Supremo italiano de 19 de septiembre de 2017 en el asunto *6sicuro s.p.a. v. Sociomantic Labs GmbH*. 4. ¿Qué ha sucedido en los contratos del consumo? V. Conclusiones.

I. Introducción

1. El propósito de reforzar la eficacia de los acuerdos de elección de foro fue una de las ideas motrices en la reforma que se llevó a cabo por el Reglamento Bruselas I (refundido)¹ sobre las previsiones del Reglamento Bruselas Ibis², en relación a los acuerdos de jurisdicción³. De forma que, fueron varias las modificaciones incorporadas en la versión refundida del texto: la ampliación del ámbito de aplicación personal del instrumento jurídico, extendiendo las normas del Reglamento a relaciones jurídicas en las que ninguna de las partes tiene su domicilio en un Estado miembro; la incorporación de una cláusula sobre la ley aplicable a la validez material o sustantiva del acuerdo de elección de foro; así como, el establecimiento de un régimen especial relativo a la resolución de la litispendencia cuando existiera una cláusula de elección de foro acordada conforme al artículo 25.

2. Pues bien, tras la adopción del Reglamento Bruselas I (refundido), el 12 de diciembre de 2012, su entrada en vigor el 9 de enero de 2013, y su aplicación desde el 1 de enero de 2015, corresponde a la Comisión, de conformidad con su artículo 79, presentar ante el Parlamento, el Consejo y el Comité Económico y Social -como órganos que intervienen de forma directa o indirecta en el proceso legislativo de la UE- un informe sobre la aplicación del texto que podrá ir, en su caso, acompañado de una propuesta de modificación, que incluirá una evaluación de la posible necesidad de una mayor ampliación

¹ I would like to express my grateful to ELA OLMERSA (Senior Legal Advisor) *Milieu Consulting SLR*, for her help and information in preparing some parts of this paper.

Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición), [en adelante Bruselas I (refundido)] DO 20.12.2012 Serie L 351/1.

² *Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia civil y mercantil*, (en adelante Reglamento Bruselas I bis) DO 16.01.2001 Serie L12/1.

³ *Propuesta del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Bruselas, (COM) 2010 748, p. 9.

de las normas sobre competencia a los demandados que no estén domiciliados en un Estado miembro, atendiendo al funcionamiento del presente Reglamento y a la posible evolución de la situación en el plano internacional⁴.

Con este propósito la Comisión encarga la elaboración de un estudio “*Study to support the preparation of a report on the application of Regulation (EU) No. 1215/2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Brussels Ia Regulation)*”⁵ (en adelante *Study*), cuyo fin es aportar un análisis práctico y legal del instrumento tras más de siete años de aplicación por parte de los tribunales de los Estados miembros, así como de la jurisprudencia del TJUE derivada de las cuestiones prejudiciales planteadas⁶.

3. En relación al artículo 25 relativo a los acuerdos de elección de foro, el *Study* se centra en varios aspectos entre los que destacan y serán objeto de en este trabajo:

- 1º) La noción de elemento transfronterizo, su clarificación cuando se incluye una cláusula de jurisdicción en favor de un tribunal de un Estado miembro y tanto las partes como los demás elementos de la relación están localizados en el territorio de un mismo Estado (*vid., infra., epígrafe II*)⁷.
- 2º) La proyección de la aplicación del artículo 25 a domiciliados en terceros Estados en el supuesto de elección de foro en favor de un tribunal de un Estado miembro (*vid., infra., epígrafe III*)⁸.
- 3º) La validez de los acuerdos de elección de foro en los supuestos de contratación online (*vid., infra., epígrafe IV*)⁹.

Aunque en el *Study* se han desarrollado también otras cuestiones en relación con la aplicación del artículo 25 del Reglamento Bruselas I (refundido)¹⁰, en las líneas que siguen vamos a centrarnos en los tres aspectos señalados anteriormente para profundizar en las dificultades que se apuntan con el propósito de reflexionar en torno a la normativa existente y la práctica derivada de su aplicación. Ello permitirá realizar una valoración de conjunto con el fin de abrir un debate sobre posibles mejoras sin pretender ofrecer propuestas detalladas de cambio sobre una materia, como los acuerdos de elección de foro, que ya tuvo modificaciones muy destacables en la refundición del Reglamento Bruselas Ibis¹¹.

⁴ Los Reglamentos de la UE suelen incluir disposiciones de este tipo, si bien, la referencia a la reforma de un aspecto concreto, tal y como indica en el artículo 79, no es habitual, *vid.*, B. CAMPUZANO DÍAZ, “Las normas de competencia judicial internacional del Reglamento 1215/2012 y los demandados domiciliados fuera de la UE: análisis de la reforma”, [28] *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2014, pp. 1-35, en esp. pp. 25-28.

⁵ *Final report preparing by Mileu Consulting for DG Justice and Consumers under Contract No JUST/2021/PR/JCOO/CIVI/0041*, January 2023.

⁶ Hay que apuntar que se han elaborado más estudios en torno a la modificación del Reglamento Bruselas I (refundido) entre ellos destaca el preparado por el Max Plack Institute for Procedural Law, B. HESS, D. ALTHOFF, T. BENS, N. ELSNER, I. JÄRVEKÜLG “Reform of Brussels Ibis Regulation”, *Research Paper Series*, N° 2022 (6). También en este trabajo se van a utilizar los resultados de Proyectos que se han concedido por la Comisión para testar la aplicación de Bruselas I (refundido) como *Regulation Bla: a standar for free circulation od judgments and mutual trust in the European Union (JUDGTRUST)*, cuya página web es: <https://www.asser.nl/judgtrust/judgtrust/>

Véase también B. HESS, “La reforma del Reglamento Bruselas I bis. Posibilidades y perspectivas”, *CDT*, (Octubre 2022), Vol. 14, N° 1, pp. 10-24.

⁷ *Study...*, *op. cit.*, p. 54 ss. Question 1: Does the notion of ‘cross-border elements’ as a prerequisite to the application of the Regulation raise particular problems?

⁸ *Study...*, *op. cit.*, p. 95 ss. Question 7: What has been the practical experience of the application of the Regulation to the defendants domiciled in third countries in the areas where the Regulation applies to such defendants?

⁹ *Study...*, *op. cit.*, p. 172 ss. Question 19: How do the Brussels Ia Regulation’s rules on jurisdiction (in particular Article 7(1)) apply to contracts that are performed online?

¹⁰ Por ejemplo, en relación con la protección de datos, a la interacción con otros instrumentos normativos, o la problemática de la litispendencia cuando existe un acuerdo de elección de foro.

¹¹ La ambiciosa Propuesta de reforma de la Comisión en otros aspectos del Reglamento Bruselas Ibis topó con una actitud contraria del Parlamento que fue defendida por el Consejo. Pueden consultarse los siguientes documentos: *Proyecto de informe sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconoci-*

II. El elemento internacional o transfronterizo en la relación jurídico-privada

4. La existencia del elemento internacional o transfronterizo¹² en las relaciones jurídicas privadas que son objeto del Derecho internacional privado (DIPr) es indispensable para la aplicación de las normas que conforman esta rama del ordenamiento jurídico. El elemento de la internacionalidad ha de concurrir para que operen las normas dictadas en el marco de la cooperación judicial civil y, en concreto, para la aplicación de las reglas de competencia judicial internacional incluidas en el Reglamento Bruselas I (refundido).

5. Como es bien sabido la base jurídica del Reglamento se encuentra en el artículo 81 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE), precepto que confiere el mandato a la Unión de desarrollar *la cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza (...), en particular, indica el apartado 2, cuando sea necesario para el buen funcionamiento del mercado interior se adoptaran medidas para garantizar (...) la compatibilidad de las normas aplicables de los Estados miembros en materia de conflictos de leyes y de jurisdicción*. Por tanto, la aplicación de los instrumentos jurídicos, en concreto del Reglamento Bruselas I (refundido), se producirá sobre aquellos asuntos que tengan *repercusión transfronteriza*¹³.

Por consiguiente, la identificación de los elementos que caracterizarán a una relación como internacional es un elemento clave, funcionando, además, el requisito de transfronterizo como un componente limitador de la acción normativa de la Unión Europea¹⁴.

6. La dificultad de su concreción es patente y quizá esto ha hecho que en algunos instrumentos normativos se haya optado por incluir una definición del término que en muchos casos se ha calificado como restrictiva¹⁵.

El elemento internacional tiene que estar presente cuando la relación jurídica se desarrolla en un espacio físico o virtual (*ad. ex.* en la contratación *online*). Y aunque pudiera existir una presunción en

miento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (versión refundida), Ponente T. ZWIEFKA, (COM(2010)0748 – C7-0433/2010 – 2010/0383 (COD)), 28.6.2011; *Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 20 de noviembre de 2012, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (versión refundida)* (COM(2010)0748 – C7-0433/2010 – 2010/0383(COD)), 20.11.2012; *Council of the European Union, 2010/0383 (COD) 10609/12 ADD 1 JUST-CIV 209, CODEC 1495, Subject: Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast) – first reading - general approach*, 01.06.2012; *Council of the European Union, 10760/12, PRESSE 241, PR CO 34, 3172nd Council Meeting, Justice and Home Affairs*, Brussels, 07-08.06.2012.

¹² En la práctica el TJUE ha empleado el término “transfronterizo” e “internacional” sin hacer distinciones entre ambos. La doctrina española ha reparado en la diferenciación entre ambos términos, indicando que “los *litigios no transfronterizos* son aquellos en los que las partes tienen su domicilio en el mismo Estado, pudiendo ser *litigios internacionales*. Para ello es suficiente que en dicho litigio esté presente cualquier elemento de extranjería, como la nacionalidad de las partes, el lugar de ejecución del contrato (...)”, *vid.*, A-L. CALVO CARAVACA A-L, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Competencia judicial internacional y derecho de los negocios”, *Litigación internacional*, Ed. Aranzadi, p. 2478. La profesora M. GUZMÁN ZAPATER se refiere a las situaciones transfronterizas como aquellas que suponen el paso de frontera, “Cooperación judicial civil y Tratado de Lisboa: ¿cuánto hay de nuevo?”, *Diario La Ley*, N° 7479, 30.09.2010, p.8.

¹³ Quedan excluidos por tanto aquellos que se enmarcan en la esfera interna. STJUE de 07.02.2013, as. C543/10, *Refcomp SpA*, ECLI:EU:C:2013:62, apartado 17.

¹⁴ M. GUZMÁN ZAPATER, *Sociedad internacional y Derecho internacional privado. Problemas de aplicación de sus normas*. Ed. Colex, 2006, p. 121; *ibid.*, “Cooperación judicial civil y Tratado de Lisboa:...” , *op. cit.*, p. 4. Lo apuntan también como límite M. VIRGOS SORIANO, F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Procesal Civil Internacional*, Segunda edición, Ed., Thomson, 2007, p. 281.

¹⁵ Por ejemplo, se ha incluido una definición en el marco del *Reglamento (CE) n° 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso de escasa cuantía*, define cuando un asunto es transfronterizo en su artículo 3: “A efectos del presente Reglamento, se entenderá por asuntos transfronterizos aquellos en los que al menos una de las partes esté domiciliada o tenga su residencia habitual en un Estado miembro distinto de aquel al que pertenezca el órgano jurisdiccional que conozca del asunto”. En el ámbito interno español el concepto de transfronterizo se ha incluido en la *Ley 5/2012 de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, (artículo 3.1) dejando la duda en torno a su aplicación para supuestos en los que, aunque puede haber un elemento internacional, no están comprendidos en la definición de transfronterizo de la norma.

favor de la internacionalidad de los contratos cuando se finalizan en la red, hay que tener en cuenta que el carácter transnacional de la red no convierte a todos los contratos finalizados en internet en internacionales, sino que la existencia e identificación del elemento extranjero es igualmente un elemento central (*vid., infra.,* epígrafe III)¹⁶.

A pesar de la jurisprudencia del TJUE en la que se ha tratado de delimitar el concepto de internacional, la insistencia en torno a su precisión sigue presente en los debates académicos como factor indispensable para activar la aplicación de las normas adoptadas en el marco de la cooperación judicial civil y, en particular, al objeto de este trabajo del Reglamento Bruselas I (refundido). Antes de pasar a analizar la problemática en la materia concreta de los acuerdos de elección de foro (*vid., infra.,* epígrafe 2), el recorrido por distintas decisiones del TJUE, en supuestos para los que no ha operado la autonomía de la voluntad, muestra el enfoque adoptado en torno a la concreción de los elementos que caracterizan a un asunto como transfronterizo o internacional (*vid., infra.,* epígrafe 1).

1. Localización del elemento transfronterizo a través de la jurisprudencia del TJUE

7. Uno de los pronunciamientos más interesantes en relación con este aspecto es el asunto *Owusu*¹⁷, resuelto por el TJUE en Sentencia de 1 de marzo de 2005. En este supuesto la implicación de un solo Estado miembro y de un tercer Estado, no supuso descartar la aplicación de los instrumentos de competencia judicial internacional de la UE, en ese momento el Convenio de Bruselas de 1968. Es decir, el TJUE entendió que la apreciación del elemento transfronterizo no dependía necesariamente de la vinculación del asunto con las jurisdicciones de dos Estados miembros distintos, ya sea por el domicilio de las partes o por el fondo del asunto¹⁸.

Años más tarde, en el asunto *Hypoteční*¹⁹, para determinar si la situación tenía carácter transfronterizo el TJUE se cuestiona, basándose en la jurisprudencia *Owusu*, si el asunto sobre el que conoce un órgano jurisdiccional de un Estado miembro puede plantear cuestiones relativas a la competencia judicial internacional de dicho Estado miembro. Pues bien, el elemento internacional lo localiza el TJUE en la *nacionalidad del demandado* en un Estado miembro distinto: tanto del Estado miembro de su domicilio -que en principio era desconocido-, como del Estado miembro del tribunal ante el que se había presentado la demanda, que coincidía con el domicilio del demandante. En base a lo anterior, el TJUE afirma que los tribunales del Estado miembro de la nacionalidad del demandado podrían considerarse igualmente competentes, por tanto, el asunto podría plantear cuestiones de competencia judicial internacional. EL TJUE basa la aplicación de las normas del Reglamento Bruselas Ibis en la consecución de dos objetivos del instrumento: la seguridad jurídica y la protección de los demandados domiciliados en un Estado miembro²⁰.

El TJUE vuelve a pronunciarse en torno a la existencia del elemento transfronterizo para aplicar el Reglamento Bruselas Ibis en un asunto que, en principio, afecta a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro. En la decisión que adopta en el asunto *Maletic*²¹, es la vinculación de una operación

¹⁶ Sobre este aspecto llama la atención S. SÁNCHEZ LORENZO en el caso *El Majdoud* resuelto por el TJUE, as. C-322/14 ECLI:EU:C:2015:334, *vid.,* “Click-Wrap International Contracts”, *Justice, Trade, Security and Individual Freedoms in the Digital Society*, Ed. Aranzadi, 2021, pp. 249-285, en esp. pp. 261-262.

¹⁷ STJUE de 1.03.2005, as. C-281/02, 2005 I-01383. En este caso se trató de una demanda de petición de responsabilidad interpuesta por un demandado domiciliado en Reino Unido contra varias empresas con domicilio en Jamaica por unos hechos acaecidos en Jamaica. En consecuencia, el Tribunal británico era competente en aplicación del artículo 2 del Convenio de Bruselas de 1968, pero se cuestionaba la aplicación del texto debido a que el supuesto estaba vinculado con la jurisdicción de un solo Estado miembro.

¹⁸ Apartado 26.

¹⁹ STJUE 17.11.2011, *Hypoteční banka a.s. contra Udo Mike Lindner*, as. C- 327/10, ECLI:EU:C:2011:745. Sobre la misma puede verse un interesante análisis en, M. PAUKNEROVÁ, “Reflexions on the Brussels Convention from Czeck perspective”, *Rev. Crit. Dr. Int. Priv.*, 2018/3 N°3, pp. 535-540, en esp., pp. 536-537.

²⁰ Apartado 33.

²¹ STJUE de 14.11.2013 as. C-478/12, ECLI:EU:C:2013:735.

puramente interna con otra que sí era claramente internacional lo que sirvió al TJUE para justificar la extensión del carácter transfronterizo de la segunda a la primera. Aplicando, en consecuencia, en ambos casos las normas de competencia judicial internacional del Reglamento para establecer la competencia judicial internacional.

8. En las decisiones apuntadas de los asuntos *Owusu*, *Hypotecní*, y *Maletic* se percibe un criterio más laxo en la apreciación del elemento internacional²². Así, el elemento transfronterizo concurre, a juicio del TJUE: en la primera decisión, aunque el asunto tenga vinculación con los órganos jurisdiccionales únicamente de un Estado miembro y los demás elementos de la relación estén situados en un tercer Estado; en la segunda, para el TJUE la nacionalidad, que no es un foro de competencia sobre el que determinar la competencia judicial internacional, sí sirve a efectos de caracterizar el asunto como internacional; por último, la tercera decisión, el TJUE entiende que es posible extender el elemento transfronterizo de una operación internacional a una interna cuando se trate de operaciones indisociablemente vinculadas entre sí.

9. Pues bien, dos decisiones adoptadas durante el año 2020 han llevado a cuestionar si se ha producido un cambio en la posición del TJUE, en la medida que viene a requerir una presencia más clara del elemento internacional para calificar el asunto de transfronterizo. Lo anterior está basado en la referencia que hace el TJUE en sus decisiones de los asuntos acumulados *Parking*²³ e *Interplastics*²⁴ a la definición de asunto transfronterizo que se recoge, en particular, en el *Reglamento (CE) n° 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un Proceso monitorio Europeo* (en adelante Reglamento (UE) n° 1896/2006).

Artículo 3.1: “A efectos del presente Reglamento, se entenderá por asuntos transfronterizos aquellos en los que al menos una de las partes esté domiciliada o tenga su residencia habitual en un Estado miembro distinto de aquel al que pertenezca el órgano jurisdiccional ante el que se haya presentado la petición”.

En ambos asuntos - *Parking* e *Interplastics*- el TJUE sostiene la necesidad de armonizar el concepto de transfronterizo en los distintos instrumentos de la cooperación judicial civil y, en particular, con el Reglamento Bruselas I (refundido), texto que carece de una definición sobre el término. Ahora bien, tras afirmar la necesaria armonización, y referirse en concreto a la definición del Reglamento (UE) n° 1896/2006, el TJUE mantiene cierta cautela y establece que la interpretación que del elemento transfronterizo hace el citado instrumento sirve “*en principio*” para acreditar el elemento transfronterizo -y por tanto el elemento de extranjería- de un litigio a los efectos de aplicación del Reglamento 1215/2012²⁵ [(o Reglamento Bruselas I (refundido)]. La afirmación del TJUE no parece definitiva al dejar un margen de interpretación a otras posibles opciones. Por tanto, en este caso el TJUE mantiene el enfoque amplio en torno al concepto de elemento transfronterizo.

²² Esta jurisprudencia ha sido proyectada para establecer la concurrencia de un elemento internacional cuando se ha tratado de un contrato de consumo que nace en principio siendo interno y posteriormente el consumidor traslada su domicilio a otro Estado. Esta cuestión ha sido resuelta por el TJUE en Sentencia de 30.09.2021, asunto C-296/20. El Alto Tribunal en aplicación del Convenio de Lugano II determina: “El artículo 15, apartado 1, letra c), del Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, firmado el 30 de octubre de 2007, cuya celebración fue aprobada en nombre de la Comunidad Europea mediante la Decisión 2009/430/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, debe interpretarse en el sentido de que esta disposición determina la competencia en el supuesto de que el profesional y el consumidor, partes en un contrato de consumo, *estuvieran domiciliados, en la fecha de la celebración de ese contrato, en el mismo Estado vinculado por dicho Convenio y de que un elemento de extranjería de la relación jurídica no surgiera hasta después de la referida celebración, debido al traslado ulterior del domicilio del consumidor a otro Estado vinculado por el mencionado Convenio*”. ECLI:EU:C:2021:784, (la cursiva es mía). En relación con el elemento internacional en esta decisión *vid.*, V. CUARTERO RUBIO, “Sobre la internacionalidad sobrevenida y las normas europeas de competencia judicial internacional: Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de septiembre de 2021, Commerzbank , C-296/20” [43] *REEI*, 2022, pp. 2-7.

²³ STJUE de 07.05.2020, as. C267/19, ECLI:EU:C:2020:351.

²⁴ STJUE de 07.05.2020, as. C-323/19, ECLI:EU:C:2020:351.

²⁵ Apartado 35.

10. El TJUE en el asunto *Generalno*²⁶ retoma la equivalencia entre el término “litigio transfronterizo”, al que se refiere el reglamento Bruselas I (refundido) sin definirlo, y el término “asunto transfronterizo”, tal y como lo concreta el Reglamento (UE) n° 1896/2006. Pues bien, en esta decisión el TJUE sí traslada la definición de asunto transfronterizo contenida en el Reglamento sobre el proceso monitorio citado, al objeto de establecer si éste elemento se produce en la litis para aplicar el Reglamento Bruselas I (refundido) o, en caso contrario, ha de resolverse conforme a la normativa de fuente interna.

El TJUE considera para este supuesto en el que el consulado general constituye un establecimiento de un Estado miembro en otro Estado miembro que: *una de las partes del litigio tiene su domicilio o su residencia habitual en un Estado miembro distinto del Estado del órgano jurisdiccional que conoce del asunto*²⁷ y, en consecuencia, determina que el supuesto en cuestión es de carácter transfronterizo. El TJUE en el asunto *Generalno* ha buscado una equivalencia o traslación de la definición de asunto transfronterizo mucho más adherida a la letra del Reglamento (UE) n° 1868/2006 para aplicar el Reglamento Bruselas I (refundido).

11. Hay que destacar que en los asuntos en los que el TJUE ha utilizado la equivalencia para definir el concepto de transfronterizo según está recogido en el Reglamento (UE) n° 1896/2006 ha respondido en sentido positivo, es decir, permitiendo la aplicación del Reglamento Bruselas I (refundido). No sabemos si hubiera seguido este método de análisis en caso de que la respuesta hubiera sido negativa, resultando, por tanto, la inaplicación del Reglamento a la resolución del asunto (más adelante el argumento de la equivalencia de los términos volverá a ser objeto de tratamiento, *vid., infra.*, epígrafe 4 letra A).

2. El debate sobre el elemento transfronterizo en los acuerdos de elección de foro

12. La existencia obligatoria de un elemento internacional es una condición generalizada para aplicar el Reglamento Bruselas I (refundido)²⁸. La cuestión que plantea mayor polémica es la determinación de si existe elemento transfronterizo o internacional cuando se trata de un asunto en el que se ha concluido un acuerdo de elección de foro en favor de un tribunal de un Estado miembro, cuando los demás elementos del asunto están localizados en un mismo Estado -los domicilios de las partes, así como los demás aspectos de la relación-²⁹.

Aunque se trate de un tema clásico y sobre el que se viene discutiendo, la internacionalidad es un elemento central que ha vuelto a tomar actualidad, como resalta el *Study* encargado por la Comisión³⁰. Además, el esperado pronunciamiento del TJUE ante la cuestión prejudicial presentada a finales

²⁶ STJUE de 03.06.2021 as. C- 280/20, ECLI:EU:C:2021:443

²⁷ Apartado 37.

²⁸ Aunque es cierto que algún autor alude a razones que le llevan a afirmar que: “*una eventual relación internacional no puede considerarse un elemento de aplicación de C. Bruselas y, por ende del C. Lugano y del Reglamento 44/2001*”. Entendiendo que “*para los acuerdos de elección de foro los textos de la UE se aplicarán siempre que aquellos puedan ser incluidos en su ámbito material, temporal y personal de aplicación, siendo indiferente que en litigio exista o no elemento de internacionalidad*”. F. GARAU, *Los acuerdos internacionales de elección de foro*, Ed. Colex, pp. 84-85.

²⁹ Sobre las distintas posturas que pueden adoptarse en respuesta a estas situación se apuntan cuatro: 1ª) aquella seguida por los ordenamientos que requieren que haya conexión objetiva entre el acuerdo y el tribunal elegido en la cláusula, de manera que para el caso objeto de análisis el acuerdo sería invalidado dado que para las partes sería imposible validar un acuerdo de elección de foro en favor de un tribunal extranjero para un contrato interno; 2ª) no dar efecto al acuerdo en los supuestos en los que se entiende las relaciones internas no son objeto de las normas de Derecho internacional privado, caso del Convenio de La Haya de elección de foro de 2005, conforme a éste texto la mera elección de un tribunal extranjero no internacionaliza la relación; 3ª) considerar que las normas de Derecho internacional privado se aplican también a los relaciones internas, lo que en cierta medida conlleva determinar que el acuerdo de elección de tribunal en favor de los tribunales de otro Estado internacionaliza la relación y supondría, en nuestro caso, la aplicación de Bruselas I (refundido) a estos supuestos; 4ª) abierta a los ordenamientos más en la órbita de los sistemas *common law* que entienden que la eficacia de los acuerdos de elección es una cuestión que queda reservada al poder discrecional del órgano judicial. Para un desarrollo de todo lo anterior *vid.*, A. MILLS, *Party Autonomy in Private International Law*, Cambridge, pp. 222-225.

³⁰ También resalta la necesidad de aclarar el concepto transfronterizo, aunque no se refiere en particular a este elemento en los supuestos de elección de foro, B. HESS., “Reforming Brussels I bis Regulation: Perspective and Prospects”, *Max Planck Institute of Procedural Law Research Papers*, N°21/4, pp. 1-20, en espec, pp. 4-5.

del 2022 -objeto de análisis de este estudio más adelante-, vuelve a poner al elemento extranjero en el centro del debate (*vid. infra.*, epígrafe 4º).

13. Si partimos de los primeros documentos sobre el Convenio de Bruselas de 1968, así como del Convenio de Lugano la discusión ya era patente³¹. En el ámbito de la doctrina hay dos posturas contrapuestas: quienes sostienen la exigencia de un elemento internacional, pero además los elementos que vendrían a definir dicha internacionalidad son criterios objetivos (denominados objetivistas)³², y aquellos que se inclinan por entender que la aplicación del Reglamento Bruselas I (refundido) es posible, aunque el elemento internacional resida únicamente en la propia cláusula de elección de foro, es decir en la autonomía de la voluntad (denominados subjetivistas)³³.

3. Posicionamiento de los tribunales de los Estados miembros

14. No solo la doctrina mantiene criterios distintos, en la práctica judicial interna de los distintos Estados miembros también las posturas están encontradas. El *Study* muestra claramente la disparidad en el posicionamiento de los tribunales de los Estados miembros ante el elemento internacional, así como ante la concreta pregunta formulada en relación con la localización del elemento transfronterizo en la propia elección del tribunal³⁴.

³¹ En el Informe de P. JENARD *Informe sobre el Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, DO 28.07.90, determinaba que “El artículo 17 interviene, en caso de cláusula atributiva de competencia establecida bien entre una persona domiciliada en un Estado contratante y una persona domiciliada en otro Estado contratante, bien entre una persona domiciliada en un Estado contratante y una persona domiciliada fuera de la Comunidad, cuando exista sumisión en favor de un tribunal de un Estado contratante, o bien *si dos personas domiciliadas en un Estado contratante prorrogan la competencia de un tribunal de otro Estado contratante*” p. 34 (la cursiva es nuestra). Esta afirmación no supone dar una respuesta positiva a la controversia porque el elemento internacional puede encontrarse en otros elementos de la relación distintos del domicilio de las partes, por ejemplo, en el lugar de ejecución del contrato, etc..

En el Informe del Profesor P. SCHLOSSER sobre el *Convenio de 9 de octubre de 1978 relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte al Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, así como al Protocolo relativo a su interpretación por el Tribunal de Justicia*, en el párrafo 21 se remite a las consideraciones del Informe JENARD para la calificación de la cuestión como internacional si bien, afirma que la elección de un tribunal extranjero no internacionaliza la situación (párrafos 173 y 174).

³² Entre estos autores como ejemplo P. MANKOWSKI, “Article 23”, *European Commentaries on Private International Law. Brussels I Regulation*, European Law Publishers, 2007, párrafo 26, p. 382. H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et execution des jugements en Europe, Règlement 44/2001. Conventions de Bruxelles (1968) et de Lugano (1998-2007)*, 4 édition, L.G.D.J. p. 126.

En la doctrina española y ante la disparidad de los criterios la profesora B. CAMPUZANO apunta que el TJUE, aunque aún no se ha pronunciado sí parece, a su juicio, inclinarse por la teoría objetivista en atención a que en el asunto *Refcomp* se centró en el elemento internacional de la relación y no en el acuerdo de elección de foro, *Los acuerdos de elección de foro. Un análisis comparado de su regulación en el Convenio de La Haya de 2005 y en el Reglamento 1215/2012*. Granada, Comares, 2018, pp. 92-93.

³³ La uniformidad y la seguridad jurídica son algunos de los argumentos utilizados por quienes defienden la postura subjetivista, *European Commentaries on Private International Law, Brussels Ibis Regulation*, (U. MAGUNS P. MANKOWSKI), 2016 p. 612, “Therefore the uniformity-consideration should prevail: as far as possible all jurisdiction agreements with a European element should be measure by the yardstick of Art. 25”. Hay autores que, aunque entienden que la postura de los subjetivistas es más acorde con una economía globalizada en la que litigar ante tribunal extranjero puede ser más conveniente que litigar ante el tribunal nacional, con independencia de que la relación no tenga elementos extranjeros objetivos, sostienen como la base legal de esta teoría es más endeble, *vid.*, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, (dir. A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.) Ed. *Tirant Lo Blanch*, 2020, p. 2568.

La falta de ventajas que la interpretación objetivista supone lleva al profesor F. GARCIMARTÍN a cuestionar: si el artículo 25 del Reglamento no se aplica ¿qué sucede con el acuerdo, como se entiende que no hay elemento internacional es nulo o le resulta aplicable la normativa interna de competencia judicial internacional? En este segundo caso el efecto *prorogatio fori* se regularía por una norma nacional y el efecto *derogatio fori* por otra diferente, esta dualidad de normativas aplicables podría conllevar consecuencias no razonables, “Prorogation of Jurisdiction”, *The Brussels I Regulation Recast*, (edited A. DICKINSON, E. LEIN), Oxford, pp. 285-286, en particular p. 286 nota al pie núm., 48.

³⁴ Hay que apuntar que hay Estados miembros que contienen en sus legislaciones una definición sobre qué se entiende por elemento internacional, es el caso de Bulgaria o de Hungría. Pero son definiciones amplias que no contrarían la postura mantenida por el TJUE en sus pronunciamientos.

Alguno de los tribunales creados para litigios comerciales internacionales, por ejemplo, en Países Bajos el *Netherlands Commercial Court (NCC)* incluyen en sus *Rules of procedure for the International Commercial Chambers of the Amsterdam District*

En este sentido se detectan, de un lado, posturas a favor de la aplicación del Reglamento Bruselas I (refundido) cuando el elemento internacional se ubica únicamente en la cláusula de elección del tribunal, estos son los casos de Estonia y Letonia; posturas contrarias, como la que se mantiene en Bulgaria, Italia o Rumanía³⁵, y un tercer bloque de países que comprendería a aquellos Estados cuyas decisiones se han ido modificando a lo largo del tiempo hacia una postura más flexible³⁶. También es cierto que hay Estados en los que no se ha planteado el problema como España, República Checa o Croacia³⁷.

En particular, a modo de ejemplo, traemos dos decisiones: una del Cour de Cassation francesa del 01.09.2020³⁸, y otra del Tribunal de Distrito de Rotterdam de 01.04.2016³⁹. Sentencias que muestran la discrepancia de respuestas ante una misma pregunta: ¿resulta aplicable el Reglamento Bruselas I (refundido), y en concreto el artículo 25, cuando todos los elementos de una relación están localizados en un Estado y es la elección de un tribunal de otro Estado miembro el único factor internacional?

15. En relación con la decisión de la Cour de Cassation, el Tribunal francés indica de forma expresa que la aplicación del artículo 25 del Reglamento Bruselas I está subordinada al carácter internacional de la relación, carácter que, por motivos de seguridad jurídica, ha de observarse en el momento de la conclusión de la cláusula atributiva de competencia⁴⁰. El Tribunal establece que este carácter no puede depender únicamente de la elección de un tribunal extranjero por las partes. En el supuesto objeto de análisis, el Tribunal francés establece la inaplicación del citado precepto concluyendo que el Tribunal de Apelación había situado el carácter internacional de la relación en un motivo impropio y, por lo tanto, el Reglamento Bruselas I y en particular su artículo 25 no es aplicable al asunto objeto del litigio.

16. El Tribunal del Distrito de Rotterdam se pronunció a favor de la aplicación del Reglamento Bruselas I (refundido) en relación con el artículo 25, afirmando la existencia en el supuesto del requisito de la internacionalidad. Las partes en la litis eran dos empresas establecidas ambas en Países Bajos donde además tenían oficinas. En el contrato de alquiler de una serie de barcas estaba incluida una cláusula de jurisdicción en favor de los Tribunales alemanes. Presentada la demanda el Tribunal holandés cuestiona la internacionalidad del supuesto y finalmente sostiene que:

Court (NCC District Court) and the Amsterdam Court of Appel (NCC Court of Appel) una lista de elementos bastante amplia que vendrían a caracterizar controversia como internacional y permite que este tribunal conozca del asunto [(artículo 1.3.1. b)]: “(a) at least one of the parties to the proceedings is resident outside the Netherlands or is a company established abroad or incorporated under foreign law, or is a subsidiary of such company; (b) a treaty or foreign law is applicable to the dispute or the dispute arises from an agreement prepared in a language other than Dutch; (c) at least one of the parties to the proceedings is a company, or belongs to a group of companies, of which the majority of its worldwide employees work outside the Netherlands; (d) at least one of the parties to the proceedings is a company, or belongs to a group of companies, of which more than one-half of the consolidated turnover is realised outside of the Netherlands; (e) at least one of the parties to the proceedings is a company, or belongs to a group of companies, the securities of which are traded on a regulated market, as defined in the Dutch Financial Supervision Act (Wft), outside the Netherlands; (f) the dispute involves legal facts or legal acts outside the Netherlands; or (g) the dispute otherwise involves a relevant cross-border interest”. <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/ncc-procesreglement-en-annex1.pdf>

³⁵ En los casos de Rumanía e Italia véase *Regulation Bla: a standar for free circulation of judgments and mutual trust in the European Union (JUDGTRUST)*, Questionnaire for Rumania, p. 16; Questionnaire for Italy p. 19.

³⁶ Es el caso, por ejemplo, de Austria cuya postura ha ido cambiando a lo largo del tiempo en favor de entender que hay elemento extranjero cuando los efectos *prorrogatio fori* y *derogatio fori* se producen en Estados miembros distintos, *Regulation Bla: a standar for free circulation of judgments and mutual trust in the European Union (JUDGTRUST)*, Questionnaire for Austria, p. 34.

³⁷ *Study to support the preparation of a report on the application of Regulation (UE) 1215/2012...*, op. cit., pp. 403-404.

³⁸ ECLI:FR:CCASS:2020:C100583. Jurisprudencia que estaba precedida de decisiones en el mismo sentido como Cass. Civ. 1er 30.01.2013, nº11-24.723, Bull. 2013, I, nº8; Cass. Com. 23.09.2004, nº12-26.585, Bull. 2014, IV, nº134; Cass. Civ. 1er 28.05.2015, nº14-12.363.

³⁹ ECLI: NL:RBROT :2016:1860.

⁴⁰ El Tribunal francés establece: “que la seule circonstance que l’exécution du contrat permette, par la suite, à l’un des contractants de conclure un contrat qui a un caractère international, n’est pas de nature à conférer à la situation, au moment de la conclusion du contrat, un caractère international”.

“En el presente caso, sin embargo, se ha cumplido el requisito de internacionalidad, en cualquier caso, porque la presente elección de foro se aparta de la jurisdicción de un tribunal, en este caso la jurisdicción del tribunal holandés”⁴¹.

17. No queda duda en torno a la falta de uniformidad en las respuestas de la jurisprudencia de los EM, realidad que no contribuye en absoluto a la seguridad jurídica pudiéndose obtener resultados claramente distorsionadores por la aplicación de las normativas internas.

4. El esperado pronunciamiento del TJUE

18. El TJUE ha tenido pocas oportunidades para pronunciarse en torno al elemento internacional de la relación en los supuestos de acuerdos de elección de foro cuando los elementos objetivos de la relación están localizados en un mismo Estado.

19. La primera ocasión fue en 2016 cuando el Supremo Tribunal de Justiça (Portugal), el 7 de marzo de 2016, presentó varias cuestiones prejudiciales al TJUE centradas fundamentalmente en aclarar si⁴²:

“En un litigio entre dos empresas nacionales de un Estado miembro acerca de unos contratos, ¿constituye un elemento de extranjería suficiente para originar la aplicación de los Reglamentos (CE) n.º 44/2001 y (UE) n.º 1215/2012 a efectos de la determinación de la competencia internacional la existencia en tales contratos de cláusulas de atribución de competencia en favor de otro Estado miembro, o es necesario que concurren además otros elementos de extranjería?”.

Este supuesto traía causa en un litigio entre la *Sociedade Metropolitana de Desenvolvimento, S.A.* y el *Banco Santander Totta, S.A.*, en torno a unos contratos de derivados financieros, en particular varios *swaps*. En el marco de estos contratos estaba incluida una cláusula de jurisdicción en favor de los Tribunales ingleses. La cuestión giraba en torno a si, a efectos de la determinación de la competencia internacional, es suficiente la existencia en tales contratos de cláusulas de atribución de competencia en favor de los tribunales de otro Estado miembro, o es necesario que concurren además otros elementos de extranjería para la aplicación del Reglamento Bruselas I (refundido).

El TJUE no llegó a pronunciarse⁴³, debido a que las partes llegaron a un acuerdo y el Tribunal portugués retiró la cuestión prejudicial. La Comisión Europea presentó observaciones escritas al asunto y en las mismas estimó que la sola existencia de un pacto de jurisdicción en favor de los tribunales de un Estado miembro distinto del Estado donde se localizan los demás elementos de la relación, es un elemento internacional suficiente como para que sean aplicables las normas del Reglamento Bruselas I (refundido)⁴⁴.

Por tanto, esto querría decir que es la cláusula de elección del tribunal la que confiere al asunto el carácter transfronterizo con independencia de que la localización de los demás elementos de la relación esté en un único Estado. Ahora bien, como hemos indicado, el TJUE no tuvo finalmente la posibilidad de pronunciarse.

⁴¹ Apartado 3.3. y 3.4 de la decisión. El Tribunal se apoya en distintas sentencias dictadas por Tribunales holandeses siguiendo este sentido, por ejemplo, la sentencia dictada por el Tribunal de Apelación de La Haya de 28.06.2011, (apartado 8) ECLI:NL:GHSGR:2011:BR1381.

⁴² As. C- 136/16. ECLI:EU:C:2017:237

⁴³ Por Auto de 10.03.2017 el TJUE Presidente de la Sala Segunda archivó el asunto.

⁴⁴ Sobre la misma P. MOREIRA, “A internacionalização de situações internas no direito internacional privado unificado da União Europeia. Tendências jurisprudenciais recentes”, *Revista Eletrónica de Direito público*, vol 5, núm., 1, 2018, pp. 302-335. S. BARIATTI, “Party autonomy and internationality of the legal relationship: recent developments in the case law of the EU court of justice on the European Private International Law Regulations *Derecho Internacional Privado Europeo. Diálogos con la práctica*, (Dir. P. DOMÍNGUEZ), Ed. Tirant Lo Blanch, 2017, pp. 189-208.

⁴⁴ *Vid.*, P. MOREIRA, “A internacionalização de situações internas no direito internacional...”, *op. cit.*, p. 316.

20. La segunda ocasión proviene de la cuestión prejudicial presentada el 26 de agosto del 2022 por el Nejvyšší soud (Tribunal Supremo de la República Checa), donde se pregunta⁴⁵:

¿Desde la perspectiva de la existencia de un elemento de extranjería, requisito necesario para la aplicación del Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, puede fundarse la aplicación de este Reglamento únicamente en el hecho de que dos partes domiciliadas en el mismo Estado miembro acuerden la competencia de un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro de la Unión Europea?

Conforme a los datos del supuesto se trató del impago de dos contratos de préstamo que se habían celebrado el 29 de junio de 2016 y el 11 de marzo de 2017 por una cantidad de 153.740 euros. Posteriormente, el 8 de diciembre del 2021 se celebró un contrato de cesión de préstamo en favor del demandante ahora apelante.

En el supuesto la demandada, *Inkreal s. r. o.*, tenía domicilio en Nitra, y el demandante, *Dúha reality s. r. o.*, en Bratislava, por tanto, ambas partes estaban sitas en Eslovenia. En los contratos se incluyó la misma cláusula:

“cualquier ambigüedad y diferencia que surja en este contrato se resuelve en principio mediante negociación mutua para llegar a una solución aceptable para ambas partes. Si las partes no pueden resolver la disputa será resuelta por los Tribunales checos que tengan jurisdicción sobre el tema de conformidad con la ley”.

Aunque en este momento la cuestión no está aún resuelta, vamos a tratar de analizar, en primer lugar, argumentos que entendemos podrían llevar al TJUE a concluir en sentido positivo, es decir, a la aplicación del Reglamento Bruselas I (refundido) en estos supuestos [(*vid., infra.*, letra A)]; para, a continuación, desarrollar una posible respuesta negativa por parte del TJUE [(*vid., infra.*, letra B)]. Desarrollo en el que se tiene en cuenta tanto las posturas doctrinales como la jurisprudencia del TJUE examinada hasta el momento en torno a la delimitación del término transfronterizo en general (*vid., supra.*, epígrafe 1º), por tanto, el análisis no deja de tener un carácter prospectivo.

A) Argumentos a favor de la aplicación del Reglamento Bruselas I (refundido)

21. En sentido positivo pueden apuntarse los siguientes motivos:

22. *Primero*, hay autores que se inclinan por la aplicación del Reglamento Bruselas I (refundido) a estos supuestos apoyando su razonamiento en la lectura del propio instrumento -argumento literal-

Conforme a éste en el Reglamento Bruselas I (refundido) no se apunta ningún elemento que impida o limite la elección de un tribunal de otro Estado miembro en las situaciones en las que los demás elementos de la relación se localicen en un único Estado miembro. Para defender esta posición se emplea como apoyo la jurisprudencia del TJUE en la que se dispensa de la necesidad de relación entre el supuesto y el tribunal del Estado miembro que se elige en la cláusula. Ahora bien, este criterio nos parece débil para el asunto concreto que tratamos en el que el único elemento de internacionalidad sería la elección del foro, principalmente porque en los supuestos analizados por el TJUE, para los que no se exigía ninguna vinculación entre el tribunal elegido y la relación litigiosa, existían elementos internacionales más allá, como decimos, de la elección de un tribunal de otro Estado miembro⁴⁶.

⁴⁵ DO 14.11.2022 C432/12, as. C-566/22, *Inkreal s. r. o./Dúha reality s. r. o.*

⁴⁶ S. BARIATTI emplea este argumento apoyándose en la jurisprudencia del TJUE que no requiere que haya ninguna conexión entre la situación litigiosa y el tribunal elegido en la cláusula, “Party autonomy and internationality of the legal relationship...”, *op. cit.*, p. 200-202. Ahora bien, como reconoce la propia autora, se trata de casos claros con elementos internacionales, es decir, no se trata de supuestos en los que el elemento internacional se derivaría de la propia elección de tribunal.

Según este argumento, que sostiene que ni la norma de fuente UE ni tampoco la norma interna de competencia judicial impiden su aplicación cuando los demás elementos de relación estén situados en el mismo Estado y el elemento internacional fue la elección de tribunal, se aceptaría como una realidad la internacionalización de manera subjetiva de una situación interna en sus elementos objetivos. Esto llevaría a la desaparición de las fronteras entre realidad nacional, internacional o global, resultado que parece estar más presente en todas las esferas de las relaciones.

23. *Segundo*, la armonización en la aplicación de los instrumentos internacionales es otro de los argumentos empleados.

El TJUE ya utilizó la equivalencia de los conceptos en su jurisprudencia al proyectar la definición de asunto transfronterizo, incluido, por ejemplo, en el Reglamento (UE) n° 1896/2006 a la aplicación del Reglamento Bruselas I (refundido). Aunque la respuesta en los dos asuntos resueltos por el TJUE -*Par-king e Interplastics*- conllevó la aplicación del Reglamento Bruselas I (refundido), esta equivalencia en los términos supondría con carácter general una lectura mucho más limitada del elemento transfronterizo.

A pesar de lo anterior, la localización en una relación del elemento internacional únicamente en el acuerdo de sumisión, tal y como se plantea en la cuestión prejudicial remitida al TJUE, encajaría, en este caso, con la definición de transfronterizo que recoge, por ejemplo, el Reglamento (UE) n° 1896/2006⁴⁷.

La búsqueda de una interpretación coherente entre el Reglamento Roma I⁴⁸ y el Reglamento Bruselas I (refundido) ha sido una aspiración lógica entre ambos instrumentos cuando, además, uno, el Reglamento Roma I ha sido la continuidad natural, en lo que a la materia contractual se refiere, del ahora Reglamento Bruselas I (refundido)⁴⁹. Conforme al instrumento de ley aplicable no se cuestiona la validez, en principio, de la elección de un ordenamiento jurídico extranjero con independencia de que la relación jurídica tenga carácter interno⁵⁰; eso sí, la elección de la ley extranjera no podrá impedir la aplicación de las normas del país donde están localizados los demás elementos de la relación y que no pueden excluirse mediante acuerdo⁵¹.

⁴⁷ Efectivamente en el caso remitido como cuestión prejudicial al TJUE una de las partes, más bien las dos, tienen su domicilio en un Estado distinto del Tribunal ante el que se presenta la petición. El domicilio de las partes está situado en Eslovenia y tribunal elegido en la cláusula y ante el que se presenta la petición en la República Checa. Ahora bien, habría que plantearse si en el mismo caso sería transfronterizo, conforme al citado Reglamento (UE) n° 1896/2006, si aun habiendo idéntico acuerdo de sumisión en favor de los Tribunales checos, la petición se presenta ante los Tribunales eslovenos.

⁴⁸ *Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)*, DO L177/6 de 04.07.2008. En relación con el ámbito de aplicación del Reglamento Roma I como es conocido se aplica “a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes”. Sobre este término en el Informe elaborado por M. GULIANO y P. LAGARDE se establece que el texto se aplica: “in situations involving a choice between the laws of different countries”, p. 10. En el Informe el artículo 3.3 se explica como una solución de compromiso entre quienes abogaban por que la elección de las partes de una ley extranjera es insuficiente por sí misma para aplicar tal ley si la situación en el momento de la elección implicaba otro elemento extranjero y otros expertos, sobre todo de Reino Unido, que veían a este factor de corrección como un obstáculo muy importante a la libertad de las partes en situaciones en las que su elección estaba justificada (...), “Informe al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales”, DO 31.10.80, C282/1, p. 15 (la traducción es mía).

⁴⁹ Se estaría ante la denominada “coherencia horizontal” definida por la profesora MARTA REQUEJO como: refiere a la comunicación entre los Reglamentos: por ejemplo, a la definición idéntica de los términos y expresiones contenidos en ellos para asegurar la comprensión única de palabras similares o idénticas; a la proyección de los mismos principios sobre todos ellos; a la exportación de soluciones de unos a otros”, “El Derecho Internacional Privado y el Derecho Procesal Civil Europeo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, *AEDIPr.*, t. XIV-XV, 2014, pp. 59-89, en esp. p. 61. En relación a la coherencia entre ambos textos recuérdese el considerando 7 del Reglamento Roma I.

⁵⁰ En referencia a la aplicación del Reglamento Roma I en un supuesto en el que la elección de un derecho extranjero, en este caso el derecho inglés se produce en un contrato finalizado por los empresa italianas, véase el asunto C-54/16 resuelto por el TJUE el 8.06.2017, y las interesantes conclusiones del Abogado General Sr. MACIEJ SZPUNAR presentadas el 02.03.2017 en relación con la aplicación del instrumento a los contratos puramente internos (en particular el apartado 117) ECLI:EU:C:2017:164. Sobre esta decisión *vid.*, F. CARRILLO DEL POZO, “El TJUE y el Reglamento Roma I: Ley aplicable a los contratos internacionales”, *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Derecho Internacional Privado* (Dir. A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ), Ed., Aranzadi, 2021, pp. 265-296, en esp., pp. 274-275.

⁵¹ Esto último también ha sido enfocado en un argumento de limitación de elección de ley conforme al Reglamento Roma I *vid.*, U. MAGNUS, “Prorogation of Jurisdiction”, *European Commentaries on Private International Law, Brussels Ibis Regulation...*, *op. cit.*, párrafo 26, p. 604.

Por tanto, si se utiliza como criterio la continuidad natural que Roma I supone respecto del Reglamento Bruselas I (refundido), este elemento serviría para defender una postura positiva en torno a su aplicación aunque solo la elección del tribunal fuera el elemento caracterizador de la internacionalidad del asunto. Sin embargo, esta solución puede plantear dudas de adecuación en torno al concepto de transfronterizo incluido en otros textos de la cooperación judicial civil (*ad. ex.* el Reglamento (UE) nº 1896/2006).

24. *Tercero*, se ha apuntado un argumento denominado finalista en el que se pueden agrupar varios razonamientos al respecto.

Seguridad jurídica y uniformidad son objetivos en los que se sustenta la aplicación del Reglamento Bruselas I (refundido), fines que solo quedan asegurados con la aplicación de este instrumento, esto es, cuando se determina que el elemento internacional puede identificarse únicamente en la elección de foro -ya vimos como estos principios servían a las posturas subjetivistas-. En efecto, una respuesta en sentido contrario conllevaría la aplicación de las distintas normas internas de competencia judicial internacional a los efectos *prorogatio* y *derogatio fori*, situación que podría originar respuestas diferentes y que no resulta deseable para el buen funcionamiento del mercado interior.

B) Argumentos contrarios a la aplicación del Reglamento Bruselas I (refundido)

25. En sentido negativo pueden apuntarse:

26. *Primero* un argumento lógico formal⁵², postura que se basa en que la extranjería tiene que estar en la propia relación y que ha de ser previa a la elección de foro. Se argumenta que la validez de la cláusula de elección de foro solo será analizada conforme al Reglamento Bruselas I (refundido) si éste resulta aplicable, es decir, la internacionalidad de la relación tiene que ser previa a la elección del tribunal.

27. *Segundo*, teniendo en cuenta la política de armonización que la UE ha pretendido con otros textos internacionales, en particular con los convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, en este caso solo la respuesta negativa y, por tanto, la no aplicación del Reglamento Bruselas I (refundido) a estos supuestos supondría una lectura coherente o armonizada con el *Convenio de elección de foro de 2005*⁵³.

Si el carácter internacional del asunto residiera únicamente en la elección de un tribunal de un Estado miembro, esta opción conllevaría una distorsión o falta de armonización con el ámbito de aplicación del *Convenio de elección de foro de 2005*. En efecto, este Convenio al delimitar su ámbito de aplicación establece:

“El presente Convenio se aplicará en *situaciones internacionales* a los acuerdos exclusivos de elección de foro que se celebren en materia civil y comercial”.

Por tanto, la cuestión central reside en la definición que de forma expresa recoge en el artículo 1 apartado 2 sobre cuándo se entiende que una situación es internacional:

“A los efectos del Capítulo II, una situación es internacional salvo que las partes sean residentes en el mismo Estado contratante y la relación entre éstas y todos los demás elementos relevantes del litigio, cualquiera que sea el lugar del tribunal elegido, estén conectados únicamente con ese Estado”⁵⁴.

⁵² Utilizado por P. MOREIRA, “A internacionalização de situações internas no direito internacional...”, *op. cit.*, p. 321.

⁵³ El *Convenio de La Haya de elección de foro de 2005* se ratifica por la UE el 11.06.2015 y entra en vigor en octubre de ese mismo año.

⁵⁴ Resulta interesante la definición de internacional a los efectos del Capítulo III relativo al reconocimiento, pero sobre todo la declaración limitando el reconocimiento y la ejecución que puede hacerse en base al artículo 20 por los Estados parte del Convenio: “Un Estado podrá declarar que sus tribunales podrán negarse a reconocer o ejecutar una resolución dictada por un tribunal de otro Estado contratante si las partes tenían su residencia en el Estado requerido y la relación entre las partes,

Esta precisión supone que si las partes son residentes en el mismo Estado contratante y es en éste donde además se localizan los demás elementos de la relación, la elección de un tribunal de otro Estado contratante no confiere carácter internacional al supuesto en cuestión y, en consecuencia, el Convenio no resulta aplicable.

Es cierto que frente al argumento de la armonización de los textos de la UE y los Convenios de la Conferencia de La Haya puede razonarse que cuando se modificó el Reglamento Bruselas Ibis y se redactó el Reglamento Bruselas I (refundido) se podría haber decidido limitar la aplicación de este último en consonancia con el *Convenio de elección de foro de 2005* y que, sin embargo, no se hizo (en la Propuesta de la Comisión no se propuso la concreción de este aspecto).

28. Con todo lo anterior queda más que patente la importancia que tendrá el pronunciamiento del TJUE a la cuestión prejudicial presentada el 22 de agosto del 2022. Pero también creemos, a diferencia de lo que propone el *Study*, que una definición que contenga lo que ha de entenderse por elemento transfronterizo podría encorsetar un término que requiere ser interpretado *ad hoc* en cada situación y que, además, es susceptible de futuros desarrollos sobre todo si se tiene en cuenta que la frontera entre realidad nacional, internacional y global es cada vez más difusa y la separación entre relaciones económicas, sociales internas de las internacionales es cada vez más difícil.

III. Aplicación del Reglamento Bruselas I (refundido) a los demandados domiciliados en terceros Estados en caso de acuerdos de jurisdicción

29. La regla general del Reglamento Bruselas I (refundido) que gravita en torno a la aplicación de las normas de competencia judicial internas cuando el demandado tiene su domicilio en un tercer Estado (artículo 6.1) incluye una serie de excepciones sobre cuya aplicación práctica se ha centrado el *Study*.

De un lado, la excepción que conlleva la aplicación del Reglamento Bruselas I (refundido), en particular, a domiciliados en terceros Estados en los supuestos de contratos de consumo (art.18.1) y de contratos de trabajo (artículo 21.2)⁵⁵. De otro lado, y junto a lo anterior por su carácter de excepción, también en el marco del *Study* se ha tratado la proyección de las normas del Reglamento Bruselas I (refundido) en los supuestos de competencias exclusivas y en los casos de elección de foro, aunque esta extensión, en el caso de las competencias exclusivas, no sea una novedad en el marco del citado instrumento⁵⁶.

30. Pues bien, la cuestión que se plantea en el *Study* y en otras propuestas se centra en la posibilidad, como modificación de futuro, de extender la aplicación bien de todas las normas de competencia judicial internacional del Reglamento Bruselas I (refundido)⁵⁷, bien en función de distintos los supuestos⁵⁸, a la totalidad de los demandados domiciliados fuera de la UE desplazando a la normativa de fuente interna.

así como todos los demás elementos relevantes del litigio, con excepción del lugar del tribunal elegido, estaban conectados solamente con el Estado requerido”.

⁵⁵ Junto a las anteriores habría que añadir dos excepciones más, que si bien no aparecen de forma expresa en el Reglamento sí que han sido tratadas como tales por el TJUE. Sería el caso, por ejemplo, de la aplicación del Reglamento al demandado domiciliado en un tercer Estado que comparece ante el tribunal del EM donde se ha presentado la demanda con la aplicación del artículo 26, as. C-412/98, *Josi Reassurance* [2000] ECR I-5925. Sobre este aspecto el profesor D. MOURA aboga por una aclaración expresa en el texto que salga de la revisión *vid.*, “*The Role of the Brussels I-bis Regulation in European Private International Law and the Challenges Facing it*”, *IPRAX*, 2023, pp. 1-5, en esp., p. 2. Aclaración necesaria cuando hay autores de gran relevancia que entienden que en caso de sumisión tácita el Reglamento Bruselas I (refundido) debería aplicarse sólo cuando el demandado tenga su domicilio en un Estado miembro, *vid.*, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Internacional Privado*, 5ª edición, Ed. Thomson Reuters, 2019, p. 187.

⁵⁶ Véase al respecto sobre estas excepciones el Considerando 14 del Reglamento.

⁵⁷ Siguiendo la Propuesta de la Comisión presentada en el año 2010, EU(COM) 2010 748, pp. 4-5. Para un estudio de la situación en ese momento *vid.*, B. CAMPUZANO DÍAZ, “Las normas de competencia judicial internacional del Reglamento 1215/2012 y los demandados domiciliados fuera de la UE...”, *op. cit.*, pp. 1-35.

⁵⁸ Poniendo de relieve el *Study* las apreciaciones realizadas por, B. HESS, D. ALTHOFF, T. BENS, N. ELSNER, I. JÄRVEKÜLG “Reform of Brussels Ibis Regulation”, *op. cit.*, pp. 15-17.

31. Centrándonos en el objeto de este trabajo, la eliminación del requisito del domicilio de cualquiera de las partes en un Estado miembro en los supuestos de elección de foro en favor de un tribunal de la UE⁵⁹, supuso una considerable ampliación del ámbito personal de aplicación del Reglamento Bruselas I (refundido). A lo anterior hay que añadir que, conforme a la jurisprudencia del TJUE, no se requiere vinculación entre la situación y el tribunal elegido en la cláusula⁶⁰. Ambos aspectos suponen otorgar el máximo respeto a la autonomía de la voluntad de las partes⁶¹.

Pues bien, teniendo en cuenta lo dicho este epígrafe va a desarrollar, de un lado, aspectos que no se han tratado por el *Study* y que son interesantes (*vid., infra* apartado 1); y, de otro lado, aquellas dificultades que sí se han puesto de manifiesto a consecuencia de la ampliación del ámbito de aplicación del texto (*vid., infra.*, apartado 2).

1. Algunos aspectos sin tratar en el marco de la ampliación del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I (refundido) para los acuerdos de jurisdicción

32. La extensión de las normas del Reglamento Bruselas I (refundido) plantea, sin duda, cuestiones relevantes sobre aspectos que no se han puesto de relieve en el *Study*, por lo que resulta importante realizar alguna referencia, aunque sea breve, por su interés práctico.

33. La primera cuestión gira en torno a la relación entre las normas del Reglamento Bruselas I (refundido) y las normas de fuente interna de competencia de los Estados cuando las primeras se aplican sin consideración del domicilio del demandado -en el caso de acuerdos de sumisión con independencia del domicilio de cualquiera de las partes en un Estado miembro-.

En relación con este cambio cuando se lleva a cabo la refundición de Bruselas Ibis y se modifica este aspecto ya se planteó la duda poniendo de relieve como podrían surgir en la práctica interrogantes al respecto. En definitiva, se trata de determinar cómo interactúan las normas del Reglamento Bruselas I (refundido), en este caso la previsión del artículo 25, y la normativa de fuente interna de un EM concreto relativa a los acuerdos de jurisdicción.

Las opciones posibles son dos:

- *Primera*, considerar que la validez de la cláusula de jurisdicción se establecerá solo bajo las condiciones del Bruselas I (refundido), y si el acuerdo no cumple las condiciones formales o materiales no será válido, y ello con independencia de que lo fuera conforme a la normativa interna de competencia judicial internacional del Estado en cuestión. En definitiva se entendería que las normas internas de competencia quedan desplazadas por el Reglamento Bruselas I (refundido).

⁵⁹ Hay que recordar que este requisito era condición de aplicación hasta que se modifica el Reglamento Bruselas I bis y que además traía complicaciones para fijar el momento en el que se tenía que tener en cuenta el domicilio del demandado en el Estado miembro, bien en el momento de finalización del acuerdo bien el momento de interposición de la demanda. Por ejemplo, en el caso del Convenio de Lugano II, de conformidad con el Informe Explicativo del profesor F. POCAR sobre este aspecto: “Se decidió que el momento pertinente debía ser el momento de la celebración del contrato, por motivos de seguridad jurídica y de la confianza de las partes que habían acordado la cláusula: si la fecha de referencia fuese la fecha de interposición de la demanda, cabría la posibilidad de una parte trasladarse su domicilio a un Estado vinculado por el Convenio después de haber firmado el contrato y antes de que se hubiera entablado la acción, lo que haría aplicable el artículo 23, apartado 1, y cambiaría el contexto en que el tribunal designado en la cláusula tendría que determinar su propia competencia”. Apartado 105, DO 23.12.2009, C-319/1. Sobre este aspecto en referencia al Reglamento Bruselas I bis, véase U. MAGNUS, “Prorogation of Jurisdiction”, *European Commentaries on Private International Law, Brussels I Regulation*, (MAGNUS, U/ MANKOWSKI, P. ed.) Sellier European Law Publishers, 2007, pp. 393-394. Un estudio completo de la situación anterior *vid.*, A. RODRÍGUEZ BENOT, *Los acuerdos atributivos de competencia judicial internacional en el derecho comunitario europeo*, Ed. Beramar, Madrid, 1994.

⁶⁰ Ni la jurisprudencia lo requiere ni tampoco los textos, sobre el efecto *prorogatio fori* en estas situaciones *vid.*, T. HARTLEY, *Choice-of-court agreements under the European and International instruments*, Oxford, 2013, *vid.*, pp. 97-100.

⁶¹ Véase el considerando 14 del Reglamento Bruselas I (refundido).

- *Segunda*, considerar que el Reglamento es una norma de mínimos cuando se aplica a los demandados domiciliados en terceros Estados, lo que implica la continuidad en la aplicación de la norma interna.

Los autores que suscriben esta lectura se basan tanto en la remisión al derecho nacional como la expresión “sin perjuicio” empleada en el artículo 6.1 del Reglamento, así como la lectura en sentido contrario del artículo 5 que determina: que los domiciliados en un Estado miembro solo pueden ser demandados conforme a las normas del Reglamento, al interpretarlo en sentido contrario supone que quienes están domiciliados en terceros Estados podrán ser demandados ante los tribunales de un Estado miembro también conforme a las normas nacionales⁶².

La comprensión del Reglamento Bruselas I (refundido) como norma de mínimos supondría que, aunque un acuerdo de jurisdicción no fuera válido conforme a las previsiones del artículo 25, podría tener operatividad si se determina su validez conforme a la normativa interna de competencia judicial internacional. Esta interpretación supone defender la aplicación alternativa de los instrumentos de fuente institucional y de fuente interna, lectura que, como se ha destacado por algún autor y compartimos, llevaría a un nuevo sistema de relaciones entre la normativa de la Unión Europea y la normativa interna⁶³.

En definitiva, esta interpretación podría derivar en un resultado distinto partiendo del mismo supuesto, la elección de un tribunal de un Estado miembro: así, en caso de que las partes estén domiciliadas en terceros Estados las dos normativas -Reglamento y normativa de fuente interna- se aplicarían de forma alternativa, lo que supondría que el acuerdo podría tener más posibilidades de considerarse válido; en el supuesto de que alguna de las partes esté domiciliada en un Estado miembro la validez del acuerdo queda bajo las condiciones del texto de la Unión, y sino las cumple no puede analizarse la validez conforme a la normativa nacional.

A la vista de las dudas que pueden plantearse en la práctica parece conveniente un considerando dedicado a aclarar la relación entre ambas normativas.

34. La segunda cuestión en relación con la desaparición del presupuesto personal de aplicación del Reglamento ha sido analizada también desde otra perspectiva no abordada por el *Study*⁶⁴. Se trata de establecer si esta eliminación podría llevar aparejado un aumento del número de casos en los que los tribunales de los Estados miembros pudieran ser elegidos como sedes de litigación en los contratos internacionales.

Sobre este aspecto resultan de interés sus posibles consecuencias desde una visión económica; enfoque económico sobre el que se han propuesto varias teorías. Una teoría más tradicional que se centra en los gastos que para la administración de justicia de los Estados miembros supone resolver estos asuntos con los que en muchos supuestos puede no existir vinculación alguna. Otra teoría más actual que demuestra con datos empíricos los beneficios indirectos que aportan a un Estado convertirse en la sede de la litigación internacional.

A modo de ejemplo, en 2015 la industria legal supuso el 1,8 del PIB de Reino Unido (23,1 billones de libras), creando una importante cantidad de puestos de trabajo⁶⁵.

⁶² En la doctrina española véase F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, S. SÁNCHEZ, “El nuevo Reglamento Bruselas I: qué ha cambiado en el ámbito de la competencia judicial”, *Revista española de derecho europeo*, 2013, p. 16 y p. 21. Así como en la doctrina extranjera T. HARTLEY, *Choice-of-court agreements under the European and international instruments*, Oxford University Press, 2013, p. 29. En otro sentido *vid.*, B. CAMPUZANO DÍAZ, “Las normas de competencia judicial internacional del Reglamento 1215/2012 y los demandados domiciliados fuera de la UE...”, *op. cit.*, pp. 14-16.

⁶³ *Vid.*, B. CAMPUZANO DÍAZ, “Las normas de competencia judicial internacional del Reglamento 1215/2012 y los demandados domiciliados fuera de la UE...”, *op. cit.*, pp. 14-15.

⁶⁴ Sí que es un aspecto que ha sido tratado en Proyectos de investigación financiados por la Comisión y que han servido de base para la elaboración del *Study*. *vid.*, *Regulation Bla: a standar for free circulation od judgments and mutual trust in the European Union (JUDGTRUST)*, en particular, se formula una pregunta concreta sobre este dato:

“The requirement that at least one of the parties to the choice-of-court agreement must be domiciled in a member state, as stated in Article 23 Brussels I, has been deleted in Article 25 Brussels Ia. Has this amendment resulted in an increase of a number of litigations in which jurisdiction has been based on choice- of court agreement falling under the Regulation?”.

⁶⁵ Véase un magnífico trabajo que muestra los resultados, los beneficios, los posibles intereses de las partes en relación con

La generación y ganancia de tales beneficios no pasa en absoluto desapercibida y fomenta que los legisladores de los Estados, así como los propios gobiernos, traten de que sus regímenes jurídicos, tanto en relación a sus ordenamientos como derecho aplicable, así como en relación a sus tribunales, sean más competitivos y atractivos con objeto de que, a efectos de nuestro estudio, en las cláusulas de jurisdicción las partes opten por los tribunales de su Estado⁶⁶.

Es conocida la creación de los Tribunales Comerciales Internacionales, como Netherland Commercial Courts (NCC)⁶⁷, o en Alemania Commercial Court en Stuttgart y Mannheim⁶⁸, lugares de litigación internacional que aunque estaban previstos antes del *Brexit* tras el mismo tuvieron un impulso importante.

A pesar de los intentos, y al margen de estas sedes de litigación especializadas, los estudios demuestran que la extensión de la aplicación de la normativa de la Unión Europea, incluso optando por una aplicación de forma alternativa entre el Reglamento Bruselas I (refundido) y las normas de fuente interna, no ha derivado en un aumento de los casos presentados ante los tribunales de los Estados miembros cuando las partes están domiciliadas en terceros Estados⁶⁹.

2. Dificultades encontradas en torno a la proyección del artículo 25 a domiciliados en terceros Estados

35. La aplicación práctica del Reglamento Bruselas I (refundido) en los supuestos de elección de tribunal cuando ninguna de las partes tiene su domicilio en un Estado miembro no ha supuesto, según el Informe elaborado por el Instituto Max Planck, dificultades destacables⁷⁰. Sin embargo, en el *Study* se apuntan tres supuestos que han planteado algún problema al respecto y que pasamos a analizar⁷¹.

36. *En primer lugar*, se ha destacado algún asunto en el que se cuestionaba una interacción de las cláusulas de elección de foro con las normas de competencia judicial internacional que regulan materias exclusivas. El *Study* se refiere a situaciones reportadas por Eslovenia en las que sostienen la competencia de los Tribunales eslovenos cuando se trata de materias exclusivas frente a posibles acuerdos de jurisdicción⁷².

37. *En segundo lugar*, la débil conexión entre el asunto con el territorio de la UE cuando la única vinculación de éste y el supuesto puede ser la cláusula de elección del tribunal. La supresión del requisito del domicilio de una de las partes en el territorio de la UE eliminó un criterio de conexión objetivo del supuesto con la UE. La poca o nula vinculación que alguno de los supuestos puede presentar, quizá solo el tribunal del Estado miembro elegido en la cláusula, ha sido un elemento destacado por alguna de las opiniones que se han vertido sobre el funcionamiento del texto⁷³.

38. *En tercer lugar*, un aspecto que tiene que ver con lo tratado anteriormente en relación con la localización del elemento internacional en los supuestos de elección de foro, situando la cuestión en

el ejercicio de la autonomía de la voluntad en la elección de ley, pero en lo que más nos interesa en la elección de tribunal, S. VOGUENAUER., "Regulatory Competition Through Choice of Contract Law and Choice of Forum in Europe: Theory and Evidence", *European Review of Private Law*, 2013-1, pp. 13-78.

⁶⁶ *Ibid.*,

⁶⁷ <https://www.rechtspraak.nl/English/NCC/Pages/default.aspx>

⁶⁸ <https://www.commercial-court.de/en/commercial-court>

⁶⁹ Puede consultarse el Informe general, así como los Informes Nacionales en los que hay una pregunta concreta sobre el incremento o no de la litigación ante los Estados miembros en estos casos, *Regulation Bla: a standar for free circulation od judgments and mutual trust in the European Union (JUDGTRUST)*.

⁷⁰ B. HESS, D. ALTHOFF, T. BENS, N. ELSNER, I. JÄRVEKÜLG "Reform of Brussles Ibis...", *op. cit.*, p. 22.

⁷¹ *Vid.*, *Study to support the preparation of a report on the application of Regulation (UE) 1215/2012...*, *op. cit.*, p. 95.

⁷² *Ibid.*, p. 421. El tema se analiza en una decisión adoptada por Ljubljana Higher Court, No. II Cp 1736/2021 de 29.03.2022, sobre un asunto relativo a la cancelación de una hipoteca sobre un bien inmueble situado en Eslovenia. ECLI:SI:VSLJ:2022:II.CP.1736.2021.

⁷³ *Ibid.*, *op. cit.*, p. 97. Elemento de desconexión que ha sido puesto de relieve en particular por las fuentes francesas consultadas.

la extensión de la aplicación de Bruselas I (refundido) cuando todos los elementos están en un tercer Estado y solo el tribunal del Estado miembro elegido es el elemento internacional. En estos supuestos el análisis del efecto *prorogatio* y *derogatio fori* quedaría sujeto: bien a la aplicación de las previsiones del artículo 25 del Reglamento Bruselas I (refundido) -si se considera que la internacionalidad de la litis puede estar basada en la propia elección de foro- o a la normativa de fuente interna del tribunal elegido en el acuerdo -si se entendiera lo contrario-.

En relación con la normativa aplicable para valorar la validez de la cláusula de elección de foro en favor de un tribunal de un Estado miembro, ¿habría algún argumento conforme al cual se pudiera sostener una decisión distinta a la que vaya a adoptar el TJUE cuando resuelva el asunto C-566/22, *Inkreal s. r. o./Dúha reality s. r. o?* (*vid., supra.*, epígrafe II apartado 4). Entendemos que no, el tratamiento tendría que ser el mismo, si el Reglamento extiende su aplicación en todos los casos -domiciliados extra e intra Unión Europea- la respuesta del TJUE en torno a la aplicación del Reglamento Bruselas I (refundido), cuando el único elemento internacional sea el tribunal del Estado miembro elegido en el acuerdo, tampoco se ha de diferenciar entre unos casos y otros⁷⁴.

Ahora bien, a diferencia del supuesto que plantea la cuestión prejudicial en el que la vinculación del supuesto se produce con Estados de la Unión Europea -el del lugar del domicilio de las partes y el elegido por las partes en su acuerdo-, y por tanto la decisión que adopte el TJUE será aplicable a ambos tribunales, en el caso de domiciliados en terceros Estados, el pronunciamiento del TJUE vinculará solo la tribunal del Estado miembro elegido en la cláusula, pero no al tercer Estado con el que el supuesto tiene vinculación -ya sea por el domicilio de las partes o por los demás elementos de la relación-. No queda del todo claro que la decisión adoptada por la autoridad del Estado miembro se reconozca en el territorio del tercer Estado⁷⁵.

IV. La digitalización como reto para los criterios tradicionales de determinación de la competencia judicial internacional: el foro de la autonomía de la voluntad

39. El tercer aspecto que se va a desarrollar y que ha sido destacado en el *Study* es la eficacia de los acuerdos de jurisdicción en lo que se viene denominando comúnmente como el *ecosistema digital*. La digitalización del mercado es uno de los objetivos prioritarios de la Comisión Europea⁷⁶. Es obvio afirmar que el cambio digital está transformando el mundo; sin embargo, en términos de servicios en línea sólo el 7% de las pequeñas y medianas empresas finalizan contratos transfronterizos, el resto es de carácter nacional⁷⁷.

40. Este cambio conlleva sin duda el planteamiento de una cuestión central que lleva suscitándose desde hace tiempo y cuya proyección va más allá de la contribución que aquí se pretende, ¿hasta qué punto resiste nuestro modelo de DIPr. al impacto de las nuevas tecnologías?⁷⁸

⁷⁴ Para estos supuestos hay que apreciar que cuando el domicilio de una de las partes está situado en un Estado parte del *Convenio de La Haya de elección de foro de 2005* este texto prevalece, en principio, frente al reglamento Bruselas I (refundido) -véase el artículo 26 del Convenio donde se establecen las relaciones del texto con otros instrumentos internacionales, en particular el apartado 6-. Sin embargo el Convenio no va a ser aplicable debido a que el supuesto no entraría en la definición de asunto internacional que el mismo requiere para entrar en funcionamiento -artículo 1-, *vid., supra* letra B., apartado 4 del epígrafe II.

⁷⁵ Véase, por ejemplo, la declaración que permite efectuar a los Estados parte del Convenio sobre elección de foro del 2005 el artículo 20 en relación a la denegación de reconocimiento de una decisión: “Un Estado podrá declarar que sus tribunales podrán negarse a reconocer o ejecutar una resolución dictada por un tribunal de otro Estado contratante si las partes tenían su residencia en el Estado requerido y la relación entre las partes, así como todos los demás elementos relevantes del litigio, con excepción del lugar del tribunal elegido, estaban conectados solamente con el Estado requerido”.

⁷⁶ https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age_en

⁷⁷ M. GEBAUER, “Contracts concluded by electronic means cross-border transactions. Click-wrapping and choice of court agreements in online B2B contracts”, *European Contract Law and the Digital Single Market. The implications of the Digital Revolution*, Intersentia, 2016, pp. 209-218.

⁷⁸ *Vid.*, P. DE MIGUEL ASENSIO, *Manual de Derecho de las Nuevas Tecnologías (Derecho digital)*, Ed. Aranzadi, 2023. Una aproximación desde la jurisprudencia del TJUE *vid.*, T. LUTZI, “Internet cases in EU Private International Law. Developing a coherent approach”, *ICLQ*, vol. 66, July 2017, pp. 687-721.

La localización de los foros “tradicionales” de competencia judicial internacional puede suponer un reto difícil de solucionar en los contratos *online* a la hora de fijar la competencia judicial internacional. De igual manera, cuando en los contratos *online* la autonomía de la voluntad se emplea como criterio de competencia judicial internacional, la digitalización también plantea desafíos para establecer si la forma de conclusión de un acuerdo de jurisdicción a través de la red cumple con las condiciones que se han venido requiriendo en la forma tradicional de adopción de estos acuerdos; exigencias conforme a las cuales se ha concluido en torno a la validez o no de la cláusula de elección de foro. En particular, en relación con el objeto de este trabajo la pregunta versaría sobre si la validez formal de la cláusula de elección de foro, tal y como está concebida en el Reglamento Bruselas I (refundido) para los contratos *offline* sirve para la contratación *online*.

41. En este trabajo es el último aspecto señalado el que vamos a desarrollar, aunque las dificultades en torno a la concreción de los foros de competencia cuando se trata de entornos digitales también han sido tratadas en el marco del *Study* a fin de analizar los retos que se plantean para determinar la necesidad o no de incluir modificaciones en el marco del texto⁷⁹.

1. Adecuación de las cláusulas de jurisdicción a la digitalización: planteamiento del problema

42. La contratación a través de la red requiere, por su alcance global, la inclusión en las relaciones contractuales de cláusulas generales predisuestas por alguna de las partes. De esta forma los términos y condiciones generales de un contrato se aplican a todos aquellos que quieran comerciar sin distinción del país desde el que se está operando ni tampoco del tipo usuario que está finalizando el contrato (es decir sea consumidor o no). La aceptación de las condiciones generales a través, por ejemplo, de un simple clic supone la vinculación a los términos de un contrato, situación que en muchas ocasiones pasa inadvertida sin que, por tanto, el sujeto sea consciente de la importancia y de las consecuencias que desde un punto de vista jurídico el citado acto conlleva⁸⁰.

Entre las condiciones generales destaca la incorporación, en el marco del DIPr, entre otros muchos aspectos, de la cláusula de elección de ley aplicable, así como de elección de foro -parece lógico que quien contrata a través de internet con contrapartes situadas en lugares muy diferentes trate, por ejemplo, de que los tribunales de su domicilio sean competentes para conocer de cualquier desacuerdo que surja-. En relación con los acuerdos de elección de foro su validez queda bajo el paraguas del artículo 25 del Reglamento Bruselas I (refundido); por tanto, tras el cumplimiento de las condiciones allí establecidas resultarán operativos los dos efectos procesales del foro de la autonomía de la voluntad: la *derogatio* y la *prorogatio fori*.

2. Pronunciamientos del TJUE sobre los e-agreement en los contratos B2B

43. Por el momento han sido dos las decisiones en las que el TJUE ha resuelto en torno a si una cláusula de jurisdicción, incluida en unas condiciones generales accesibles a través de medios *online*, cumplía con las condiciones de validez formal que determina el artículo 25 del Reglamento Bruselas I (refundido) en supuestos de contratos B2B.

⁷⁹ *Vid.*, *Study to support the preparation of a report on the application of Regulation (UE) 1215/2012...*, *op. cit.*, pp. 171-177.

⁸⁰ Elemento o diferencia psicológica que ha sido puesto de relieve por distintos autores y desde la perspectiva que interesa a este trabajo podría tener su impacto en el análisis de la validez de las cláusulas de elección de foro, *vid.*, S. SÁNCHEZ LORENZO, “Cláusulas de elección de fuero en contratos B2B contenidas en condiciones generales accesibles en una web mediante enlace hipertexto. Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de noviembre de 2022, asunto C-358/21: Tilman S.A./Uniliver Supply Chain Company AG”, *Diario La Ley*, N° 110, enero 2023, pp. 1-17, en esp., p. 3-4.

A) El TJUE en el asunto *El Majdoud*

44. Este fue el primer asunto en el que el TJUE se pronunció sobre la validez de una cláusula de jurisdicción concluida en la red en el marco de un contrato B2B⁸¹.

45. Los hechos de forma breve son: un concesionario de automóviles domiciliado en Colonia (Alemania), adquiere un coche eléctrico en el sitio de web de la propietaria, sociedad domiciliada en Amberg (Alemania). La venta se cancela por el vendedor argumentando daños que se apreciaron cuando se estaba preparando el vehículo para su entrega. El comprador entiende que la vendedora ha puesto una excusa para no cumplir el contrato y presenta una demanda ante los Tribunales alemanes. La demandada impugna la competencia judicial internacional alegando la existencia de una cláusula de jurisdicción en favor de los Tribunales belgas incluida en el punto 7 de las condiciones generales de contratación a las que se puede acceder a través del sitio web de la demandada. La demandante se opone a la excepción de competencia alegando que la cláusula de jurisdicción era arbitraria e inesperada⁸².

46. El acceso a las condiciones generales no se hace de forma automática, sino que es necesario seleccionar una casilla para que las mismas se desplieguen⁸³. Ante esto el Tribunal alemán plantea cuestión prejudicial en la que cuestiona:

“¿Cumple la técnica llamada “click-wrapping” los requisitos de una transmisión efectuada por medios electrónicos en el sentido del artículo 23, apartado 2, del Reglamento nº 44/2001?”

47. El TJUE entiende que el adherente ha quedado vinculado por la cláusula de jurisdicción en un contrato que emplea la técnica del *click-wrapping*. El Tribunal admite la equivalencia entre la forma escrita y la transmisión por medios electrónicos siempre que quede un registro duradero del acuerdo. Además, el adherente tiene que tener la posibilidad de consultar, descargar e imprimir las condiciones generales antes de la celebración del contrato; ahora bien, lo anterior no quiere decir que en realidad se hayan descargado e imprimido las condiciones, sino que es suficiente con que solo se cumpla la posibilidad de hacerlo⁸⁴, tal y como ocurre en el supuesto.

⁸¹ STJUE de 21.05.2015, as. C-322/14, *El Majdoud* ECLI:EU:C:2015:334. Sobre la misma, entre otros trabajos, *vid.*, P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Cláusulas de elección en contratos electrónicos internacionales: la eficacia del “click-wrapping””. (Comentario a la STJ de 21 de mayo de 2015, Asunto C-322/14, Jaouad El Majdoud y CarsOnTheWeb GmbH El Majdoud)”, *Diario La Ley UE*, Nº28, 8 de julio de 2015, pp. 1-9. A. DICKINSON J. UNGERER, “Click wrapping. Choice of Court Agreements in the Brussels I regime”, *Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly*, 2016 pp. 15-19. D. CARRIZO AGUADO, A. ÁLVAREZ, “Determinación de la competencia judicial internacional en aquellos contratos con condiciones generales celebrados vía on line: análisis de la validez formal del pacto de la sumisión expresa materializado con un “clic” en la página web”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, 7 Julio 2015, pp. 73-88.

⁸² Apartado 13 y 14. El demandante alega la falta de validez del acuerdo dado que se trataba de una cláusula inesperada, esto puede deberse a que, en principio, pareciera que el contrato carecería el elemento internacional -hay que recordar que ambas partes, el comprador y el vendedor, empresa filial tienen su domicilio en el mismo Estado miembro-. Sin embargo, la sociedad matriz de la vendedora es una sociedad belga a quien además el vendedor la había solicitado que emitiera una factura del pago del vehículo sin el IVA. EL TJUE afirma que *el demandante conoce la existencia de un contrato transfronterizo, solicitó la emisión de una factura internacional y conocía los datos de la sociedad matriz*, apartado 16.

⁸³ «Hacer clic aquí para acceder a las condiciones generales de entrega y pago en una nueva ventana» (técnica de aceptación mediante un «clic», llamada «*clickwrapping*»).

⁸⁴ Apartado 33. En el Informe Explicativo al Convenio de Lugano el profesor F. POCAR indicaba: “El artículo 23, apartado 2, se limita a indicar que la comunicación electrónica se considera hecha por escrito si proporciona «un registro duradero», aunque ese registro duradero no se haya creado de hecho, lo que significa que el registro no se exigirá como condición necesaria para la validez formal o la existencia de la cláusula, salvo en el caso de que sea preciso probar su existencia, lo que sería por supuesto difícil de hacer por cualquier otro medio”.

B) El TJUE en el asunto *Uniliver*

48. En noviembre del 2022 el TJUE vuelve a pronunciarse sobre la validez de un acuerdo de elección de foro concluido en la red⁸⁵.

49. Los hechos del caso son: las empresas *Tilman*, con domicilio en Bélgica, y *Uniliver*, con domicilio en Suiza, finalizan varios contratos por los que la primera realiza el empaquetado de mercancía por cuenta de la segunda. En el segundo de los contratos se precisa que su regulación queda sometida a las condiciones de compra de *Uniliver*. El contenido de las condiciones generales estaba en un sitio web al que se llegaba a través de un hipertexto incluido en el contrato que se había celebrado fuera de la red -entendemos que en formato papel-. Por tanto, a través del hipertexto, se accedía a la web donde se podían consultar y descargar las condiciones generales.

Entre las condiciones generales se encontraba inserta una cláusula de elección de foro en la que se establecía “(...) que cada parte contratante se sometía irrevocablemente a la exclusiva competencia de los tribunales ingleses para la resolución de cualquier litigio que se derivase directa o indirectamente del contrato”.

Presentada demanda ante el Tribunal belga, *Uniliver* impugna la competencia alegando la existencia del acuerdo de jurisdicción en favor del Tribunal inglés. *Tilman* recurre, al entender que el contrato debía de regirse por el derecho belga. *Uniliver* se adhiere al recurso alegando que la competencia pertenecía a los tribunales ingleses.

El Tribunal belga remitente cuestiona al TJUE si la referida cláusula cumple las condiciones de validez formal del artículo 23 apartados 1, letra a) y 2, del Convenio de Lugano II⁸⁶ -que se corresponde con el artículo 23 del Reglamento Bruselas I bis y con el 25 del Reglamento Bruselas I (refundido)-.

50. La remisión expresa que en el marco del contrato se hace a las condiciones generales de compra puestas a disposición por parte de *Uniliver* cumpliría, en principio, con las condiciones de validez formal de la cláusula⁸⁷; si bien, lo anterior no es suficiente y el TJUE trata de verificar que en la contratación en la red se confieren las mismas garantías que el formato papel sin que ello venga a obstaculizar los intercambios comerciales utilizando la vía *online*.

51. Por tanto, la cuestión se centra en cómo se había llevado a cabo la comunicación de las condiciones, y si las mismas han podido ser consultadas o controladas con una diligencia normal por quien las recibe antes de la finalización del contrato, así como si se ha tenido la posibilidad de descargar e imprimir su contenido.

El TJUE entiende cumplido el requisito de la transmisión de las condiciones si puede accederse a ellas a través de una pantalla⁸⁸. A diferencia del caso *El Majdoud*, en este supuesto no es relevante

⁸⁵ STJUE de 24.11.2022, as. C-358/21, *Tilman SA/ Uniliver Supply Chain Company AG* ECLI:EU:C:2022:923.

⁸⁶ Sobre la misma P.M. ASENSIO P.M., “Cláusulas de jurisdicción en condiciones generales accesibles mediante menciones de enlaces: la sentencia *Tilman*”, puede consultarse en <https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2022/12/clausulas-de-jurisdiccion-en.html>;

⁸⁷ S. SÁNCHEZ LORENZO, “Cláusulas de elección de fuero en contratos B2B contenidas en condiciones generales accesibles en una web mediante enlace hipertexto. Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de noviembre de 2022, asunto C-358/21: *Tilman S.A./Uniliver Supply Chain Company AG*”, *Diario La Ley*, N° 110, enero 2023; P. KRZYSZTOF, “CJUE on Lugano II Convention and choice of court through a simple reference to a website, case *Tilman C-358/21*”, *Conflicts of Laws.net*, 24.11.2022, pp. 1-7; M. HO-DAC, “CJUE Rules on Formal Validity of Online Jurisdictional Clauses”, puede consultarse en <https://eapil.org/2022/12/13/cjeu-rules-on-formal-validity-of-online-jurisdictional-clauses/>

⁸⁸ Sobre la aplicación del Convenio de Lugano II en este caso véase M. HERRANZ BALLESTEROS, “Aplicación del Convenio de Lugano II a la validez formal de un acuerdo de elección de foro incluido en las condiciones generales de compra accesibles en un entorno digital: la STJUE de 24 de noviembre del 2022 en el asunto C-358/21”, [45] *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2023, pp.9-16.

⁸⁷ Véase el apartado 47 de la STJUE en el asunto *Uniliver*.

⁸⁸ Hay que advertir que, aunque la cuestión prejudicial iba dirigida sobre la validez de la cláusula en referencia a la letra a)

que no exista una casilla donde *Tilman* pueda marcar la aceptación de las condiciones, tampoco, como se sostiene conforme a jurisprudencia anterior, que las condiciones se abran de forma automática, es decir no se produce un acceso directo en la pantalla. El TJUE entiende que es suficiente con que las condiciones se puedan consultar a través de un hipertexto, descargarse e imprimirse, aunque esta acción, pudiendo hacerse, no se haya realizado antes de la firma del contrato.

52. En conclusión, puede sostenerse que, en las dos decisiones *-El Majdoud y Uniliver-*, el TJUE se ha mostrado receptivo en cuanto a la aceptación de la validez formal de la cláusula de jurisdicción incluida en las condiciones generales de un contrato B2B finalizado en un entorno digital. El cumplimiento de los requisitos formales, en particular de la previsión del artículo 25.2 del Reglamento Bruselas I (refundido) se produce siempre que antes de la conclusión o firma del contrato haya sido posible consultar, guardar e imprimir las condiciones generales por la partes y además se trate de: 1º) contratos que siguen el método de *click-wrapping*, es decir técnica en la que es necesario marcar una casilla para aceptar las condiciones generales entre las que se encuentra el acuerdo de elección de foro; 2º) contratos que siguen el modelo *browse-wrap*, es decir que el acceso a las condiciones generales se hace a través de un hipervínculo que ha de funcionar y se abre aplicando por la parte una diligencia normal y sin que sea necesario que se la haya instado a marcar una casilla en el sitio web donde están alojadas las condiciones.

53. Está claro que la interpretación del TJUE en torno a la validez de los acuerdos de elección de foro en el ecosistema digital va a ser fundamental; si bien, por el momento falta bastante recorrido jurisprudencial al respecto. Decisiones en las que se trata de guardar un equilibrio entre: la existencia de acuerdo por ambas partes y la fluidez del tráfico jurídico en los contratos *online*.

3. Jurisprudencia nacional en relación con la validez de los e-agreements en contratos B2B

54. Tras el análisis de las decisiones adoptadas por el TJUE resulta interesante, como resalta el *Study*⁸⁹, detenernos en pronunciamientos de la jurisprudencia nacional a la hora de interpretar la validez formal del acuerdo de jurisdicción en estos contratos. Son dos las decisiones nacionales en las que este estudio profundiza, ambas adoptadas en el intervalo de tiempo transcurrido entre el asunto *El Majdoud* y el asunto *Uniliver*; pronunciamientos que se han destacado en los informes nacionales presentados para la elaboración del *Study*.

A. Sentencia del Tribunal Supremo italiano de 19 de septiembre de 2017 en el asunto *6sicuro s.p.a. v. Sociomantic Labs GmbH*⁹⁰

55. Los hechos que dieron lugar a la decisión fueron: la empresa italiana *6sicuro s.p.a.* demandó a la empresa alemana o *Sociomantic Labs GmbH.* ante un Tribunal de Milán por el incumplimiento de un contrato, acuerdo que se finalizó a través de mensajes de correo electrónico. Frente a ello la sociedad alemana impugna la competencia del Tribunal italiano alegando la existencia de una cláusula de jurisdicción en favor del Tribunal de Berlín, contenida en el apartado 10.3 de las condiciones generales de uso que conforme argumenta la demandada habían sido aceptadas por la ahora demandante y cuyo acceso se hacía vía web.

56. El Tribunal de Milán, frente a las alegaciones de la demandante, concluye afirmando la validez de la cláusula de elección de foro descartando, por tanto, su competencia. El Tribunal, basándose

del apartado 1 del artículo 23 en combinación con el apartado 2 del Convenio de Lugano II sin embargo el TJUE se refiere sin distinguir al apartado 1 del Convenio sin diferenciar en torno a las letras a) b) y c) que recogen distintas opciones.

⁸⁹ *Study...*, *op. cit.* p. 174ss.

⁹⁰ Cassazione civile sez. un., 19/09/2017, (ud. 09/05/2017, dep. 19/09/2017), n.21622.

en la jurisprudencia del TJUE en el asunto *El Majdoud*, confirma el conocimiento por ambas partes de la cláusula de jurisdicción inserta en las condiciones generales a las que se podía acceder a través de una web, a cuyo contenido se accedía tecleando el link y no mediante un clic.

El Tribunal establece que se cumple con la condición de guardar e imprimir las condiciones, descartando argumentos como que el demandado no haya probado la posibilidad de acceso o de impresión de las cláusulas en el momento de la estipulación; o que no se haya comunicado de forma individual las cláusulas generales⁹¹, y no acepta tampoco el argumento de la ambigüedad de la cláusula al haberse redactado la elección de tribunal junto con la elección de ley. El Tribunal italiano afirma su validez aunque a la misma se acceda teniendo que teclear un link y no a través de un clic en una casilla.

57. En este pronunciamiento el Tribunal italiano, por un lado, toma para su decisión, como hemos visto, alguna de las conclusiones del TJUE en la resolución del asunto *El Majdoud*; y de otro lado, podemos ver cómo se adelantó con su resolución a la posición que defiende el TJUE en asunto *Uniliver* al establecer la validez de la cláusula de sumisión conforme a los requisitos del artículo 25 del Reglamento Bruselas I (refundido). Hay que recordar que en ambos asuntos se trataba de acceder a las condiciones generales, entre las que se encuentra una cláusula de jurisdicción, a través de un link y no pulsando una casilla.

B. Sentencia del Tribunal Supremo de Irlanda de 14 de enero de 2019 en el asunto *Rynair Dac v. Sc. Vola.Ro SRL*⁹²

58. La decisión del Tribunal Supremo irlandés es posterior a la decisión italiana y al pronunciamiento del TJUE en el asunto *El Majdoud*, pero aún el TJUE no se había pronunciado en el asunto *Uniliver*.

59. Brevemente los hechos que dieron lugar al supuesto fueron: la agencia de viajes *Vola*, agencia online con domicilio en Rumanía, es demandada por la compañía irlandesa *Rynair* por varios aspectos en particular por realizar una copia de la pantalla. Frente a la demanda, interpuesta en Irlanda, la demandada alega la competencia de las autoridades rumanas en aplicación del artículo 4 del Reglamento Bruselas I (refundido).

La demandante se opone fundamentando la competencia de los Tribunales irlandeses en base al artículo 7.1 y 2, así como al artículo 25.1 (a) y (c) del Reglamento Bruselas I (refundido). La demandada insiste en que no interactuó con *Rynair* y que en ningún caso había aceptado mediante la marca de la casilla las condiciones de uso donde se encontraba incluida la cláusula de jurisdicción en favor de los Tribunales irlandeses. Argumenta que el sistema de *Rynair* de marcado de la casilla era automático *-auto-ticking-* y, por tanto, no era un sistema manual.

60. Corresponde al Tribunal irlandés interpretar si se cumplen las condiciones formales de la cláusula de jurisdicción tal y como se recogen en el artículo 25 de Bruselas I (refundido) y, por tanto, si el acuerdo de elección de foro es válido en un acuerdo *click-wrap*.

De un lado, en relación con la forma escrita de la letra (a) del artículo 25.1 del Reglamento Bruselas I (refundido), el Tribunal entiende que no puede considerarse que se haya cumplido la forma escrita, dado que no se ha producido una actuación activa por parte de la agencia *Vola* en la aceptación de los términos y condiciones de *Rynair*. Descarta la existencia del acuerdo de las partes debido, principalmente, al sistema automático y no manual de aceptación de las condiciones⁹³.

⁹¹ Descarta la aplicación de la previsión del artículo 10 de la *Directiva sobre comercio electrónico*, dado que conforme sostiene el Tribunal en base al artículo 1.4 esta regulación no introduce normas de Derecho internacional privado ni afecta a la competencia de los órganos judiciales.

⁹² [2019] IEHC 239.

⁹³ Véase en particular el apartado 91 de la Sentencia. El Tribunal determina: “(...) Accordingly, insofar as the evidence establishes that *Vola*’s interaction with the *Ryanair* website may have arisen in circumstances where the white box was never

De otro lado, sin embargo, en relación con la forma prescrita en la letra (c) del artículo 25.1 del Reglamento Bruselas I (refundido) el juez irlandés continúa con el razonamiento ya establecido en otras decisiones en las que se declaraba la validez y, por tanto, la eficacia de la cláusula de jurisdicción en favor del Tribunal irlandés⁹⁴. Para ello el Tribunal basa su argumento tanto en la pertenencia de ambas partes, la aerolínea y la agencia de viajes, a este negocio internacional, como el conocimiento por las partes de esta práctica habitual en el marco de esta rama del comercio⁹⁵.

61. En consecuencia, el Tribunal irlandés establece la validez y, por tanto, la eficacia del acuerdo de jurisdicción en aplicación no de la forma escrita incluida en la letra (a) del artículo 25.1. El Tribunal estima su validez en aplicación de la forma prescrita en la letra (c) del citado artículo, dado que se trata de usos regularmente observados y seguidos en contratos del mismo tipo.

Sobre la validez de la cláusula de jurisdicción conforme a las letras (b) y (c) del artículo 25.1 del Reglamento Bruselas I (refundido), en el asunto *Unilever* el TJUE se refiere a estas formas -aunque la cuestión prejudicial no preguntaba sobre la validez conforme a las mencionadas letras- y establece: “En efecto, en tal caso, la estipulación de una cláusula atributiva de competencia se considera válida cuando se realiza de una forma admitida en este ámbito que las partes conozcan o deban conocer. *Aunque esta flexibilización no significa que no tenga que existir un acuerdo de voluntades entre las partes*, puesto que la realidad de la existencia del consentimiento de los interesados continúa siendo uno de los objetivos perseguidos por esa disposición, se presume, no obstante, que se ha producido un acuerdo de voluntades de las partes contratantes sobre una cláusula atributiva de competencia cuando existen al respecto usos comerciales en el sector del comercio internacional considerado que esas partes conozcan o deban conocer”⁹⁶ (la cursiva es nuestra). Es más, en su pronunciamiento el TJUE no discrimina entre las distintas formas recogidas en el artículo 21 del Convenio de Lugano afirmando la validez de la cláusula conforme al apartado 1 del citado artículo, y ello aunque en la cuestión prejudicial se preguntara en torno a la validez de la cláusula únicamente conforme a la forma establecida en la letra (a) del artículo 21 del Convenio de Lugano.

4. ¿Qué ha sucedido en los contratos del consumo?

62. El alcance global de la contratación a través de la red requiere la incorporación de cláusulas generales predispuestas por alguna de las partes. De esta forma los términos y condiciones generales de un contrato se aplican a todos aquellos que quieran comerciar sin distinción del país desde el que operan ni tampoco del tipo usuario que está finalizando el contrato, es decir, sea o no consumidor, protegido o no.

63. El estudio encargado por la Comisión se detiene en poner de manifiesto las dificultades que muestra la práctica nacional. Aspectos centrales como: la calificación de la figura de consumidor pasivo o activo cuando se trata de contratación electrónica; la exigencia de que el profesional dirija sus actividades al Estado del domicilio del consumidor; así como, las dificultades de aplicar de forma cohesionada el Reglamento Bruselas I (refundido) y la normativa de la Unión referida a la protección de

ticked or was ticked automatically by the system, that situation seems to me to fall short of an agreement as to jurisdiction “in writing or evidenced in writing” within the meaning of Article 25(1)(a). Certainly, the content of the Terms of Use is evidenced in writing; but the agreement itself is not”.

⁹⁴ Apartado 74 de la Sentencia.

⁹⁵ Véase el apartado 83 donde el Tribunal establece: “(...) the conditions of Article 25(1)(c) are satisfied i.e. there was in this case an agreement as to jurisdiction between the parties which was effected through a click-wrapped agreement, this being a form of agreement which accords with a usage in international trade or commerce of which the parties are aware or ought to have been aware and which in such trade or commerce is widely known to, and regularly observed by, parties to contacts of the type involved in this particular trade or commerce”.

⁹⁶ Véanse los apartados 56 a 57 del pronunciamiento. “En el apartado 58 sostiene: En el presente asunto, corresponderá, en su caso, al órgano jurisdiccional remitente comprobar si las partes en el litigio principal han estipulado una cláusula atributiva de competencia en una de las formas previstas en el artículo 23, apartado 1, letras b) y c), del Convenio de Lugano II”.

los consumidores, son aspectos que han sido resaltados por el *Study* destacando las disfunciones que se producen en la aplicación nacional de las reglas del Reglamento Bruselas I (refundido)⁹⁷.

A modo de ejemplo, en relación con las cuestiones mencionadas en la contratación *online* el TJUE ha determinado que la mera posibilidad de acceder a una página web desde el domicilio no supone que el consumidor esté protegido⁹⁸; la cuestión más controvertida se centra en establecer cuando existe actividad dirigida por parte del profesional al Estado del domicilio del consumidor⁹⁹. Es aquí donde resulta importante, aunque no del todo decisivo, la distinción entre activas y pasivas, de manera que es en las primeras donde se entiende que el profesional tiene la intención de intervenir en el mercado del domicilio del consumidor.

64. ¿Qué ha pasado en particular con las cláusulas de jurisdicción incluidas en los contratos con consumidores en el marco de la contratación electrónica? La jurisprudencia nacional ha dado respuestas muy diferentes, tal y como resalta el *Study*, afirmando que en la mayor parte de los casos los problemas planteados tienen que ver con la validez de dichos acuerdos¹⁰⁰.

65. Los informes nacionales muestran las discrepancias, y aunque el estudio destaca este elemento en los resultados no ofrece mucha información al respecto. Hay autoridades nacionales que consideran nulas las cláusulas de jurisdicción, aunque el consumidor haya consentido de forma consciente -salvo que haya habido una negociación particular-, como sucede en la práctica de los tribunales eslovacos. Existe también a nivel interno una falta de consenso en torno a la validez de estos acuerdos en las propias decisiones adoptadas en el mismo Estado, y así lo ponen de manifiesto tanto el informe irlandés y como el austriaco, donde dentro de cada Estado hay respuestas distintas¹⁰¹.

66. Del análisis realizado en torno a la práctica de la incorporación de los acuerdos de jurisdicción en los contratos B2B, en el caso de los contratos B2C se ha sostenido que la técnica del *click-wrapping* no es trasladable a los contratos celebrados con consumidores protegibles¹⁰². La protección establecida en el artículo 19 del Reglamento Bruselas I (refundido) supone que los acuerdos de jurisdicción, aun cumpliendo los requisitos formales que establece el artículo 25, requieren para ser eficaces: que el acuerdo sea posterior al litigio, este requisito hace bastante improbable que un consumidor vaya a clicar la casilla de las condiciones generales, donde se inserta la cláusula de jurisdicción; su eficacia depende también de si el consumidor desea litigar ante los tribunales que en principio no sean competentes conforme a lo indicado en la sección 4ª, o si es el profesional tendrá que litigar ante los tribunales del Estado del domicilio común en el momento de la celebración del contrato del consumidor y del cocontratante.

⁹⁷ *Study...*, *op. cit.*, pp. 151-155.

⁹⁸ STJUE 7.12.2012, de as. C- 505/08 & C-144/09, *Pammer and Anpenhof*, ECLI:EU:C:2010:740.

⁹⁹ El TJUE ha indicado una serie de indicios cuya comprobación pueden llevar al tribunal nacional a determinar que se encuentra ante una actividad dirigida. Entre tales indicios indica: "(...) el carácter internacional de la actividad en cuestión – como algunas actividades turísticas-, la mención de números de teléfono con indicación del prefijo internacional, la utilización de un nombre de dominio de primer nivel distinto al del Estado miembro en que está establecido el vendedor –por ejemplo «.de»– o la utilización de nombres de dominio de primer nivel neutros –como «.com» o «.eu»–, la descripción de itinerarios desde otro u otros Estados miembros al lugar de la prestación del servicio y la mención de una clientela internacional formada por clientes domiciliados en diferentes Estados miembros, concretamente mediante la presentación de testimonios de dichos clientes. En relación con el uso de las lenguas o de divisas el TJUE sigue afirmando: no son elementos pertinentes para afirmar que tal actividad está dirigida a otro u otros Estados miembros, (...) salvo si la página web permite a los consumidores utilizar otra lengua u otra divisa distintas a la utilizada, la lengua y/o la divisa pueden tomarse en consideración y constituir un indicio que autoriza a considerar que la actividad del vendedor está dirigida a otros Estados miembros". Un análisis del mismo *vid.*, E. CASTELLANOS RUIZ, "El concepto de actividad profesional dirigida al Estado miembro del consumidor: stream.of-commerce", *CDT.*, (Octubre 2012), Vol. 4, Nº 2, pp. 70-92.

¹⁰⁰ *Study...*, *op. cit.*, p. 157.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 158.

¹⁰² M. GEBAUER, "Contracts Concluded by Electronic Means in Cross-Border Transactions. 'Click-Wrapping' and Choice-of-Court Agreements...", *op. cit.*, p. 217.

67. En el caso de los contratos *browse-wrap* el TJUE descartó que esta técnica cumpliera con las garantías de protección que establece el artículo 5.1 de la Directiva 97/7 sobre protección de los consumidores en los contratos a distancia¹⁰³. Así, el acceso a la información mediante un hipervínculo a un sitio en Internet de la empresa no supone: ni que el consumidor haya recibido ni que el profesional haya enviado la información, ni cumple con el requisito de soporte duradero, tal y como prescribe la Directiva en torno a la transmisión de la información¹⁰⁴.

68. En cualquier caso, aunque se trate de consumidores que no estén protegidos por el sistema previsto en el artículo 19 del Reglamento Bruselas I (refundido) las cláusulas de jurisdicción aun siendo formalmente válidas, de conformidad con el artículo 25 del Reglamento Bruselas I (refundido), es posible que se declaren abusivas y por tanto nulas. Así, lo ha sostenido el TJUE en el asunto *Delay Fix*¹⁰⁵ en el que el TJUE entiende que una cláusula de jurisdicción sobre la que no ha habido negociación entre un consumidor y un profesional y que atribuye competencia exclusiva al tribunal del domicilio del profesional debe considerarse abusiva a los efectos la aplicación de la Directiva 93/13 de cláusulas abusivas y, por tanto, carece de efectos vinculantes.

V. Conclusiones

69. Tras siete años de aplicación del Reglamento Bruselas I (refundido) son múltiples y variados los problemas planteados en la práctica. La elección de algunos de ellos, en el marco concreto de la modificación de los acuerdos de elección de foro, es una muestra de los mismos.

70. *Primero*, la caracterización de internacional de una relación cuando sus elementos objetivos están localizados en el mismo Estado, pero las partes optan por elegir para dirimir sus futuras controversias un tribunal situado en un Estado diferente, ha sido la primera cuestión tratada en el desarrollo de este trabajo. Y, aunque se trate de un tema clásico y sobre el que se viene discutiendo, la internacionalidad es un elemento central que ha vuelto a tomar actualidad como resalta el *Study* encargado por la Comisión.

Del recorrido jurisprudencial realizado en este trabajo resulta: en relación con los pronunciamientos nacionales la disparidad en las respuestas; en relación con las decisiones adoptadas por el TJUE destaca la flexibilidad con la que el Alto Tribunal ha tratado la concurrencia del elemento transfronterizo en los asuntos resueltos. Del estudio de la doctrina resultan argumentos a favor y en contra con sólidos posicionamientos.

Pues bien, teniendo en cuenta el estado de la situación la resolución de la cuestión prejudicial presentada a finales del 2022 ante el TJUE será clave, y su respuesta aportará sin duda, uniformidad y seguridad jurídica. Ahora bien, el pronunciamiento del TJUE no va a ser en absoluto pacífico y seguro provocará variadas discusiones. Pero al margen de las críticas, lo importante es no correr el riesgo encorsetar un término que requiere ser interpretado *ad hoc* a la situación y que es susceptible, además, de futuros desarrollos sobre todo si se tiene en cuenta que la frontera entre realidad nacional, internacional y global es cada vez más difusa y la separación entre las relaciones económicas, sociales internas de las internacionales es cada vez más difícil.

71. *Segunda*, la proyección de las normas del Reglamento Bruselas I (refundido) a los domiciliados en terceros Estados es otra de las cuestiones analizadas en este trabajo y que ha sido analizada en el *Study*, aunque no con profundidad ni detalle.

Este trabajo ha desarrollado dos cuestiones que no se han planteado en el informe solicitado por la Comisión y que entendemos son de interés práctico:

¹⁰³ STJUE de 5 de julio de 2012, as. C49/11, ECLI: EU:C:2012:419.

¹⁰⁴ Distinta es la posición en los contratos B2B como ha sucedido en el asunto *Uniliver*.

¹⁰⁵ STUE de 20.11.2020, as. C519/19, ECLI: EU:C:2020:933.

En primer lugar, la relación entre la aplicación del Reglamento Bruselas I (refundido) y la normativa interna de competencia judicial internacional en los casos de extensión de la normativa de fuente europea a los supuestos en los que las partes estén domiciliadas en terceros Estados y acuerden someterse a los tribunales de un Estado miembro. Sería recomendable una aclaración, quizá a través de un considerando, donde se apueste de forma clara bien por la aplicación alternativa de ambas normativas bien por el desplazamiento total de la norma interna en estos casos.

En segundo lugar, no se ha tratado la repercusión práctica, y sobre todo desde un enfoque económico, la repercusión que la desaparición del presupuesto personal de aplicación del Reglamento Bruselas I (refundido) puede tener en la elección de los tribunales de los Estados miembros como sedes de litigación.

En relación con las cuestiones tratadas en el *Study*, caracterizadas como dificultades en la proyección del artículo 25 a domiciliados en terceros Estados se han resaltado: *primero*, los escasos problemas que la práctica nacional de algún Estado ha tenido, por ejemplo, en torno a la interacción de las cláusulas de elección de foro con las normas exclusivas de competencia; *segundo*, la débil vinculación que, en algunos casos, los asuntos pueden presentar con el territorio de la Unión; *tercero*, y unido a lo anterior se encuentra la caracterización de la situación como internacional cuando todos los elementos de la relación estén ubicados en el territorio de un tercer Estado y el acuerdo de jurisdicción sea en favor de un tribunal de un Estado miembro. En este punto, de nuevo, el pronunciamiento que adoptará el TJUE en torno a la aplicación o no del Reglamento Bruselas I (refundido) y, por tanto, la calificación de la situación como internacional o interna, vinculará a los tribunales de los Estados miembros a la hora de aplicar o no la normativa europea a situaciones conectadas en mayor medida con el territorio de terceros o únicamente de un tercer Estado.

72. Tercera, sobre la validez de los acuerdos de elección de foro en la contratación *online*. El posicionamiento mantenido por el TJUE en sus pronunciamientos respecto de esta materia ha tratado de equilibrar de un lado, el cumplimiento del consentimiento por las partes a través de las condiciones establecidas en el artículo 25 del Reglamento Bruselas I (refundido) y de otro, las peculiaridades de la contratación *online*.

La línea abierta por el TJUE tanto en el asunto *El Majdoud* como en el asunto *Uniliver* se ha trasladado a los asuntos resueltos por la jurisprudencia interna. El cumplimiento de los requisitos formales, en particular de la previsión del artículo 25.2 del Reglamento Bruselas I (refundido) cuando se trata de un contrato B2B en el que la cláusula de elección de foro se incluye en las condiciones generales, se produce siempre que antes de la conclusión o firma del contrato haya sido posible consultar, guardar e imprimir las condiciones generales por la partes y además se trate de: 1º) contratos que siguen el método de *click-wrapping*, es decir técnica en la que es necesario marcar una casilla para aceptar las condiciones generales entre las que se encuentra el acuerdo de elección de foro; 2º) contratos que siguen el modelo *browse-wrap*, es decir que el acceso a las condiciones generales se hace a través de un hipervínculo que ha de funcionar y se abre aplicando por la parte una diligencia normal y sin que sea necesario que se la haya instado a marcar una casilla en el sitio web donde están alojadas las condiciones.

Lo que también ha quedado demostrado es que estas técnicas no pueden trasladarse a los contratos B2C. En cualquier caso, el *Study* y la jurisprudencia ponen de relieve que tanto determinados aspectos centrales en estos contratos quedan aún por resolver, como que la interpretación del TJUE en torno a la validez de los acuerdos de elección de foro en el *ecosistema digital* va ser fundamental; si bien, por el momento, falta bastante recorrido jurisprudencial al respecto.

La recuperación de las preocupaciones estructurales. La sentencia Towercast y la vuelta de Continental Can*

The retrival of structural concerns. The Towercast judgement and the return of Continental Can

CARMEN HERRERO SUÁREZ

*Profesora Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Valladolid*

Recibido: 29.06.2023 / Aceptado: 24.07.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.8071

Resumen: El TJUE ha reconocido recientemente la aplicabilidad a una operación de concentración ya realizada de las normas que sancionan el abuso de posición dominante. Esta sentencia no es un fenómeno aislado ni su trascendencia se limita al campo del control de la concentración empresarial, sino que, como será objeto de análisis en este trabajo, constituye una manifestación más del cambio de sentido que está experimentando en los últimos años la política antitrust y cuyo alcance aún está siendo objeto de definición.

Palabras clave: Concentraciones, abuso de posición dominante, remedios estructurales.

Abstract: The CJEU has recently recognized the applicability to a concentration already carried out of the rules that penalize the abuse of a dominant position. This ruling is not an isolated phenomenon, nor is its significance limited to the field of control of business concentration, but rather, as will be the object of analysis in this paper, it constitutes one more manifestation of the change of direction that antitrust policy has been undergoing in recent years and whose scope is still being defined.

Keywords: Mergers, abuse of dominance, structural remedies.

Sumario: I. La reapertura de un viejo debate. II. Un poco de historia... Memorándum de 1965 y Continental Can. III. De vuelta al presente... *Towercast*. 1. Sentencia de 16 de marzo de 2023, Asunto C-449/21 (*Towercast*). 2. El incremento del grado de concentración de los mercados. 3. El resurgir del debate sobre los riesgos del poder económico privado. 4. La inoperatividad de las normas sobre control de concentraciones. 5. Nuevas orientaciones de la política antitrust. A) La desconcentración de mercados. B) El control del poder económico privado. IV. Reflexiones finales... ¿la superación del miedo al *break-up*?

“The federal government has nearly stepped out of the antitrust enforcement business, leaving companies to mate as they wished ”.**

* Este trabajo se ha llevado a cabo en el marco del Proyecto de Investigación: “La consolidación de la revolución digital y sus desafíos: adaptación de las estrategias competitivas de los operadores económicos y de las normas ordenadoras de los mercados” del Ministerio de Ciencia e Innovación. PID2022- 139741OB-C21

** D. BERMAN, “How to Assess 2007 M&A Activity”; *Wall Street Journal*, 16 de enero de 2007.

I. La reapertura de un viejo debate

1. El TJUE en una reciente sentencia de 16 de marzo de 2023 (*Towercast*)¹, ha establecido que una autoridad de la competencia nacional puede examinar desde el punto de vista del artículo 102 TFUE una operación de concentración que no alcance los umbrales de control *ex ante* comunitarios ni nacionales y que no haya dado lugar a un procedimiento de remisión con arreglo al artículo 22 del Reglamento. Se reconoce así la aplicabilidad de las normas que prohíben el abuso de una posición dominante a una operación de concentración ya efectuada, admitiéndose la posibilidad de un control *ex post* de estas modificaciones empresariales estructurales.

2. En una primera reacción es indudable que esta sentencia causa, cuanto menos, cierta sorpresa y parece retrotraernos a los años setenta y a un debate que parecía, aparentemente, superado, sobre la posibilidad de sujetar a control las operaciones de concentración a través de las normas que sancionan el abuso de posición dominante o los acuerdos colusorios.

3. La ausencia de una normativa específica sobre control de las concentraciones entre empresas en el TCEE determinó la búsqueda de soluciones alternativas para intentar contener los riesgos que podían derivarse de estas operaciones para la estructura y el desarrollo del proceso competitivo en los mercados. Una de estas fue la eventual aplicación de las normas sobre abuso de posición dominante, en aquel entonces el artículo 86 TCEE, en la decisión de la Comisión, refrendada por el Tribunal de Justicia en el caso *Continental Can*. La aplicación de esta norma planteaba numerosos problemas, de ahí que, tradicionalmente, haya sido vista meramente como una solución temporal, un parche válido solo en ausencia de una solución específica. ¿La aprobación de un Reglamento sobre control de las concentraciones de empresas en el que se toma en consideración las especificidades del fenómeno concentrativo no zanjaba la cuestión? ¿Por qué el TJUE ha vuelto a abrir una discusión que ahora puede, en una primera impresión, resultar extemporánea?

4. *Towercast* no es una simple vuelta a *Continental Can*. Constituye, a mi juicio, como tendremos ocasión de examinar con detenimiento y con independencia del impacto que pueda tener en la práctica, que auguro reducido, una declaración de intenciones, una manifestación más dentro del cambio de sentido que viene observándose en la configuración de la política antitrust debido, fundamentalmente al crecimiento progresivo del grado de concentración de los mercados y a la aparición y consolidación de gigantes empresariales. Si bien han sido los mercados digitales los que han desatado las voces de alarma y donde se están ensayando, además, soluciones regulatorias, el incremento de la concentración se extiende a todos los sectores económicos y los planteamientos, propuestas y discusiones que se están produciendo en los escenarios tecnológicos son extrapolables a la política *antitrust* general.

5. Entender el porqué de *Towercast*, así como su alcance requiere conocer qué está pasando en los mercados occidentales y en la conformación de la política de la competencia, siempre en continuo cambio o movimiento. Para ello, es conveniente, realizar un pequeño viaje en el tiempo, volver al pasado y al contexto en el que se produjo la sentencia que invoca: *Continental Can*, para, a continuación, analizar el presente presentar los fundamentos de hecho de esta sentencia y el razonamiento seguido por el TJUE, e intentar entenderlos desde los vientos que actualmente informan el Derecho de la competencia, principalmente en Europa y EE.UU.

II. Un poco de historia... el Memorandum de 1965 y el caso Continental Can

6. El Tratado de Roma no contenía una normativa específica sobre control de concentraciones equivalente al sistema previsto en el artículo 66 del Tratado CECA. El silencio legal no puede acha-

¹ Sentencia de 16 de marzo de 2023, Asunto C-449/21 (*Towercast*).

carse a un olvido del legislador estando tan reciente la aprobación del Tratado de París, en él que sí se establecía un control preventivo de las operaciones de crecimiento externo empresarial tendente a evitar un excesivo grado de concentración del poder económico en los mercados del carbón y del acero². Esta ausencia normativa se ve acompañada por el favor expreso, manifestado por el Tratado de Roma hacia una de las formas más relevantes de concentración, la fusión internacional. Este apoyo se deducía del artículo 220 del Tratado que auspiciaba fusiones entre sociedades de Estados miembros diversos, así como en diversas iniciativas de la Comisión tendentes a promover las operaciones de cooperación empresarial transfronterizas, como las propuestas de directivas en materia de fusiones nacionales y de régimen fiscal de las fusiones internacionales de sociedades y el, entonces proyecto, de sociedad anónima europea.

7. Ahora bien, la Comisión era consciente del riesgo de que las empresas pudieran adquirir, a través de estas operaciones de concentración, un excesivo poder de mercado lesionando el principio de libre competencia empresarial. De hecho, ya en 1962, en su *Programa de actuación para la segunda etapa*, señaló la importancia de vigilar para evitar que las concentraciones no justificadas por válidas razones económicas fueran favorecidas y alertaba, además, sobre la especial atención que había de prestarse a la formación de nuevas posiciones dominantes.

8. Por tanto, la Comisión se encontraba en una delicada posición, en la valoración de las operaciones de concentración, debía encontrar un punto de equilibrio entre las ventajas de política industrial asociadas al fenómeno concentrativo y el peligro de formación de posiciones empresariales excesivamente poderosas en el mercado. Para ello, ya desde inicios de los años sesenta se llevan a cabo una serie de actuaciones tendentes a delimitar el grado y los caracteres de las operaciones de concentración en el mercado común, a fin de fijar líneas futuras de actuación al respecto. Así, por una parte, en 1963 la Comisión confía a un grupo de profesores la tarea de analizar la eventual aplicabilidad a las operaciones de concentración de las normas de competencia contenidas en el Tratado de Roma sobre ententes colusorias y abuso de posición dominante³.

9. A su vez, los servicios de la Comisión llevaron a cabo una serie de estudios sobre la entidad del fenómeno y las implicaciones del mismo desde el punto de vista comunitario.

10. El resultado de estos estudios y la subsiguiente política de la Comisión en relación con el proceso concentrador empresarial se hace pública en un documento de 1965: *Memorandum de la Comisión de la Comunidad Económica Europea sobre la concentración en el Mercado Común*⁴.

² Razones tanto políticas como económicas explican la existencia de estas previsiones. En primer lugar, en la base de la decisión de sujeción del crecimiento empresarial externo en los sectores del carbón y del acero al control de una autoridad europea supranacional se encontraba el temor de las potencias aliadas a un resurgir del poderío industrial alemán (Vid. SPIERENBURG/POIDEUIN: *Histoire de la Haute Autorité de la Communauté Européenne du Carbon et de l'Acier (une expérience supranationale)*, Bruselas, 1.993). La diversa evolución normativa en el tratamiento de las concentraciones empresariales en los distintos mercados europeos puede encontrar también justificación en circunstancias de carácter económico. Los sectores del carbón y del acero, por sus particulares características estructurales precisan de fuertes inversiones. Además, tanto la producción como la distribución de productos carboníferos y siderúrgicos requieren notables esfuerzos de racionalización. La eficiencia económica exige la existencia de grandes empresas. Se trata, por tanto, de mercados fuertemente oligopolísticos, repartidos entre pocas empresas de gran tamaño. Esta tendencia natural a la concentración fue tenida en cuenta a la hora de delimitar la política de la competencia que debería ser seguida en el mercado CECA. El mantenimiento de un orden concurrencial eficaz requería, no sólo que se prohibieran conductas empresariales especialmente restrictivas de la competencia, como las prácticas colusorias o el abuso de posición dominante, sino que también esta tendencia natural a la concentración pudiera ser mantenida dentro de unos límites razonables. Se encomendaba a la Alta Autoridad velar para que los procesos de crecimiento externo de las empresas, no desembocaran en la consolidación de posiciones monopolísticas o cuasi monopolísticas en el mercado. Vid. A. -L.CALVO CARAVACA/ N. GOÑI URRIZA: *El control de las concentraciones de empresas en Europa*, Madrid, 1.999, pp.41y ss.; G. DI PIETRO "La revisione del regolamento CEE n. 4064 del 21 dicembre 1.989 sul controllo delle operazioni di concentrazione nelle proposte degli organi comunitari", en *Riv. It. Dir. Pub. Comm.*, vol. 7.2, 1.997, p.506; A. CERRAI: *Concentrazioni di imprese e concorrenza nella normativa del Trattato CEE*, Milán, 1983, p.51.

³ Se da cuenta de este encargo en la *Séptima Relación General sobre la actividad de la CEE*, 1964, p. 64.

⁴ Este documento aparece recogido en la *Revue Trimestrelle de Droit Européen*, 1966, pp. 651 y ss.

11. La Comisión justifica, en primer lugar, la tendencia progresiva a la reestructuración empresarial en la necesaria adaptación de las empresas europeas a las dimensiones del Mercado Común. La apertura de los mercados con la consiguiente ampliación de los espacios en que los operadores pueden colocar sus productos o servicios exige modificaciones estructurales que permitan a las empresas hacer frente a las nuevas circunstancias coyunturales. Otra razón suplementaria de engrandecimiento empresarial es la competencia ejercida por empresas de países terceros. Las alianzas y uniones entre empresas de los Estados miembros constituyen un instrumento importante de integración europea, que intensifica y confirma los efectos de la realización de las cuatro libertades básicas previstas en el Tratado. Estas circunstancias, junto a las ventajas, principalmente de naturaleza financiera y en el campo de la investigación científica que la Comisión vincula a las empresas de mayores dimensiones permiten fundamentar, en principio y de forma general, una actitud positiva frente a las concentraciones.

12. En el documento se analizan también los efectos que las operaciones de concentración pueden tener sobre el desarrollo del proceso competitivo en los mercados europeos. Ya en 1965, la Comisión afirma expresamente que no pueden excluirse las reestructuraciones empresariales entre unidades previamente independientes del ámbito de aplicación del Derecho de la competencia. La dimensión y el poder económico de las empresas pueden distorsionar la competencia que “no es solo el resultado de un comportamiento, sino que precisa también ciertas estructuras económicas”. ¿Qué estructuras mínimas de mercado exige el principio de libre competencia? Al igual que en el caso de la CECA, la Comisión defiende la compatibilidad con los objetivos del Tratado de estructuras de mercado oligopolísticas, siempre que las empresas sean efectivamente competidoras entre sí. Ahora bien, lo que no se considera admisible es la monopolización de mercados. Las concentraciones que conduzcan a la monopolización de un mercado de la Comunidad deberán ser sometidas al control de las autoridades comunitarias.

13. Una vez establecido que las concentraciones de empresas pueden dar lugar a restricciones de la libre competencia en el mercado, es necesario determinar qué normativa les es aplicable. La Comisión va a analizar la eventual aplicabilidad de las normas contenidas en el Tratado y en contra de la opinión de la mayoría de los profesores consultados, rechaza la aplicabilidad del artículo 85 (actual artículo 101 TFUE)⁵, pero afirma que las concentraciones en que participen empresas en posición dominante pueden, en determinadas circunstancias, ser prohibidas como explotación abusiva de una posición dominante en aplicación del artículo 86 (actual artículo 102 TFUE). Se recoge por primera vez en este documento, una interpretación objetiva del abuso de posición dominante, interpretación que será mantenida en la aplicación práctica de la norma por la Comisión y corroborada por el TJCE.

14. Concretamente, se reconocía que una concentración de empresas, que supusiera la monopolización de un mercado, debía ser tratada como un abuso de posición dominante.

15. En la célebre Decisión de 9 de diciembre de 1971, caso Continental Can⁶, se aplica por primera vez el artículo 86 del TCE a una operación de concentración. Esta decisión constituye la traducción práctica de los principios en materia de concentraciones sentados por la Comisión en el Memorándum.

⁵ La Comisión insistió en la inadecuación del régimen jurídico del artículo 85 como instrumento de control del proceso concentrador. Gran parte de la doctrina consideró que esta exclusión de la aplicabilidad del régimen de las ententes a las concentraciones se justificaba no en válidas razones jurídicas, sino en motivos de oportunidad. En aquel momento se quería favorecer las concentraciones económicas para así aumentar el tamaño de las empresas europeas. El artículo 85, norma de carácter restrictivo hubiera dificultado el proceso concentrador. En el artículo 86, en cambio, la Comisión vio una norma lo bastante dúctil como para no frenar o limitar rígidamente el desarrollo del fenómeno, pero suficiente para salvaguardar el principio de libre competencia. Por tanto, el rechazo del artículo 85 obedeció a una actitud favorable frente al fenómeno concentrativo, cuyo desarrollo pretendía impulsarse. Vid. en este sentido, A.CERRAI: *Concentrazioni...*, cit. pp. 53 y ss.; A. FRIGNANI/D. WAELBROECK: *Derecho europeo de la competencia*, Barcelona, 1998, pp. 1103 y ss.,

⁶ Decisión de la Comisión de 9 de diciembre de 1971 [72721/CEE], *Continental Can Company*, JOCE L7/25 de 8 de enero de 1972.

16. Continental Can era una importante empresa internacional, fabricante de embalajes metálicos y otros materiales de embalaje, así como de máquinas para fabricar y utilizar estos embalajes. El 9 de febrero de 1969 obtuvo la mayoría de capital y, consiguientemente, el control de Schmalbach Lubeca-Werke AG, de Braunschweig, (SMW), gran empresa alemana fabricante de embalajes. Tras esta operación, Continental intentó reforzar sus vínculos con una empresa holandesa, la Thomassen et Drjver-Verbifla N.V. Deventer (Thomassen), productora de embalajes metálicos. El 16 de febrero de 1970, Continental concluyó con Thomassen un acuerdo, con arreglo al cual, la Continental fundaba en Wilmington una sociedad holding, la Europemballage Corporation (Europemballage) y le cedía su participación en SMW. El 16 de marzo de 1970, Europemballage publicó una oferta de compra sobre las acciones de Thomassen por un montante total de 44,7 millones de unidades de cuenta, ascendiendo su participación del inicial 10,4% al 91,07% del capital de esta sociedad.

17. Esta última operación de concentración fue considerada por la Comisión, una explotación abusiva de posición dominante. Continental Can que ya tenía una posición de dominio en Alemania, en virtud del control ejercido por su filial SLW en el mercado de envases ligeros para conservas de carne y de pescado, así como de tapaderas metálicas para envases de vidrio, habría abusado de esta con la adquisición, por medio de su filial, de las acciones de Thomassen, único competidor relevante en el mercado definido. Esta operación produciría una modificación irreversible de la estructura de la oferta en el mercado de referencia, que tendría como consecuencia, eliminar definitivamente la eventual competencia entre Thomassen y SLW, con claro perjuicio para los consumidores que verían suprimidas sus posibilidades de elección.

18. Por lo que se refiere al fundamento jurídico de la prohibición, la Comisión defiende que la adquisición de una participación mayoritaria en una empresa competidora por parte de una empresa o grupo de empresas que posean una posición de dominio, puede considerarse una explotación abusiva de esta. Así será en los casos en los que, mediante esta operación, “resulte prácticamente eliminada para los productos de que se trate, en una parte sustancial del mercado común, la competencia que hubiera subsistido, efectiva o potencialmente, a pesar de la posición dominante inicial”. La valoración de la compatibilidad de las operaciones de concentración con el mercado común, había de hacerse, según la Comisión, en función de si estas simplemente restringen la competencia o la suprimen.

19. La decisión es recurrida por Continental Can y Europemballage, sobre la base de una interpretación equivocada del artículo 86. La sentencia del Tribunal⁷, pese a anular la decisión de la Comisión⁸, confirma la política defendida por esta respecto a la aplicabilidad del artículo 86 a las concentraciones de empresas. Así, el Tribunal establece, en primer lugar, frente a las alegaciones de las partes de que el ámbito de aplicación del artículo 86 quedaría circunscrito únicamente a los comportamientos de las empresas en el mercado, que: “la distinción entre las medidas que afectan a la estructura de la empresa y las prácticas que tienen una incidencia sobre el mercado no es determinante; toda medida estructural es susceptible, desde el momento que aumenta la dimensión y el poder económico de la empresa, de tener una incidencia sobre las condiciones del mercado”. El Tribunal defendió una interpretación del artículo 86 acorde con la exigencia del artículo 3f del Tratado: establecimiento de un régimen que garantice que la competencia no sea falseada en el mercado común. De este principio, se derivaría la necesaria ilicitud de las prácticas empresariales, que ya no solo falsean la competencia, sino que la

⁷ STJCE de 21 de febrero de 1973, *Europemballage Corp. et Continental Can v. Comisión*, 6/72, Rec.

⁸ La anulación de la decisión se basó en la incorrecta delimitación del mercado relevante por parte de la Comisión que había distinguido tres mercados de producto diferenciados, sin precisar las peculiaridades que los diferenciaban uno del otro y de otros mercados más generales. La Comisión tampoco tuvo en cuenta la posibilidad de autoproducción de estos bienes por parte de los grandes compradores ni la competencia que podría ser ejercida por otros productores. La delimitación del mercado material se llevó a cabo atendiendo únicamente a la sustituibilidad de los productos desde el punto de vista de la demanda. La Comisión no se percató de la posibilidad que tenían las empresas competidoras de adaptar su producción a los mercados en los que operaba Continental Can, en un periodo breve de tiempo y sin incurrir en riesgos ni costes adicionales (sustituibilidad de la oferta).

eliminan por completo. En consecuencia, el Tribunal afirma que: “es susceptible de constituir un abuso el hecho de que una empresa en posición dominante reforzara esa posición hasta el punto de que el grado de dominación así alcanzado obstaculizara sustancialmente la competencia, es decir, no dejara subsistir sino empresas dependientes, en su comportamiento, de la empresa dominante”.

20. Esta sentencia supuso el reconocimiento expreso de la aplicabilidad del artículo 86 a determinadas operaciones de concentración. Después del pronunciamiento del tribunal la Comisión intervino, en diversas ocasiones en base a esta norma para impedir concentraciones que llevaban a un refuerzo excesivo de una posición dominante existente⁹.

21. La política mantenida por las autoridades comunitarias en el caso Continental Can dio lugar a un intenso debate doctrinal. La aplicabilidad del, entonces, artículo 86 a las operaciones de concentración suscitó opiniones diversas y, en ocasiones, abiertamente contradictorias. Las posturas críticas revestían distinta intensidad, desde los planteamientos que ponían de relieve los inconvenientes procedimentales y sustantivos que generaría la aplicación de esta norma hasta posiciones mucho más extremas que negaban el fundamento mismo de la aplicabilidad del artículo 86 a las operaciones de concentración.

22. Las principales objeciones a la aplicabilidad del artículo 86 -algunas de ellas aún trasladables al escenario que se abre tras *Towercast*-, se fundaban en el carácter incompleto de la tutela que este proporcionaría, así como en la inseguridad jurídica a la que daría lugar su aplicación.

23. Esta norma exige como presupuesto de aplicación que, al menos, una de las empresas que participen en la operación considerada cuente con una posición de dominio en un mercado definido. Por tanto, quedarían fuera de la prohibición las concentraciones monopolísticas, cuando las empresas no ostenten esa posición dominante inicial. Operaciones que producen los mismos efectos estarían sujetas a un distinto tratamiento jurídico, autorizadas unas y prohibidas las otras. Si bien es cierto que difícilmente se pueden monopolizar los mercados sin pasar a través de un estado previo de oligopolio o sin partir de la existencia de, al menos, una posición dominante, lo cierto es que la aplicación del artículo 86 dejaría la puerta abierta a la posibilidad de discriminación entre operaciones que, pese a partir de presupuestos de hecho diversos tienen los mismos efectos desde el punto de vista de la competencia. Su ámbito de aplicación quedaría reducido, se acusaba, a las operaciones de concentración con menor impacto en la estructura concurrencial de un mercado, ya que, generalmente, esa estructura ya venía determinada, antes de la operación por el peso de la empresa dominante. La competencia ya se habría visto afectada en el momento de formación de esa posición, los refuerzos de ese poder tendrían una incidencia de menor intensidad¹⁰.

24. Otro grave inconveniente de la aplicación del artículo 86 a las concentraciones, que se denunció tras el caso Continental Can, fue la vaguedad de los criterios establecidos para el control. Se sostenía por la doctrina que las autoridades comunitarias estaban manejando de forma diferenciada conceptos sustancialmente equivalentes: posición dominante, capacidad de eliminar la competencia, situación de monopolio. Mientras que una posición dominante se definía como “la posibilidad de restringir la competencia” o “la posibilidad de actuar sin tener en cuenta a los competidores, proveedores, o compradores”, el abuso de posición dominante se caracteriza, en la decisión Continental Can, como aquél que “no dejará subsistir más que empresas dependientes en su comportamiento de la empresa dominante”. Era difícil realizar en estas circunstancias una distinción entre posición dominante y abuso. Lógicamente una empresa que domina el mercado dominará a sus competidores. Con estos datos es difícil aceptar que estos mismos competidores se mantengan independientes. Son conceptos entre los

⁹ Vid. A. FRIGNANI/D. WAELBROECK: *Derecho europeo de la competencia*, cit., pp. 11 y ss., donde analizan las principales decisiones de la Comisión en las que se examina la conformidad de una operación de concentración con el artículo 86 TCEE.

¹⁰ En este sentido, F. CAPOTORTI: “Regole comunitarie di concorrenza e concentrazioni di imprese: il caso Continental Can”, *Rivista delle Società*, 1972, pp. 1009 y ss.

que media únicamente una diferencia de grado que justifica la intervención de la Comisión frente a las operaciones de concentración entre empresas. Esta solo estaría legitimada para actuar en los casos en los que la posición dominante alcanzada en los mercados es excesiva, rebasa los límites razonables del poder económico. Este exceso es apreciado en función de las circunstancias del caso concreto por las autoridades comunitarias.

25. Las posturas críticas frente a la política defendida por las autoridades comunitarias en materia de concentraciones de empresas, no se limitaron a señalar los eventuales inconvenientes que plantearía la aplicación del artículo 86 TCE a estas operaciones, sino que se cuestionó el fundamento mismo de la aplicabilidad de este precepto¹¹.

26. El razonamiento seguido por la Comisión y el Tribunal para justificar la aplicabilidad del artículo 86 era el siguiente: este no prohíbe, en principio, la adquisición o la consolidación de una posición dominante en el mercado. Ahora bien, estaría justificada su aplicación cuando, como consecuencia de una operación de concentración una (o más) empresas en posición dominante refuercen esa posición hasta el punto de eliminar sustancialmente toda competencia en el mercado de que se trate. La monopolización -fáctica- de un mercado vulneraría el principio de competencia no falseada establecido en el artículo 3 del TCE, principio con arreglo al cual han de ser aplicados los artículos 85 y 86 y que justifica una interpretación teleológica y objetiva del abuso de posición de dominio.

27. La primera crítica a este planteamiento se centraba en el valor que ha de conferírsele al artículo 3f. Este puede ayudar a la interpretación de las prohibiciones de acuerdos colusorios y abuso de posición dominante, pero no hasta el punto de extender estas normas a supuestos para los que no estaban previstas. El artículo 3f) es excesivamente general e indeterminado. Resulta muy forzado afirmar, en nombre de los objetivos del Tratado, que todo lo que falsea la competencia está prohibido. Esta afirmación justificaría, por ejemplo, la extensión del artículo 86 a los supuestos de crecimiento interno de una empresa que desembocan en un monopolio del mercado. Control que puede considerarse o no deseable, pero que, desde luego, no se encuentra previsto en el marco legal vigente en la Comunidad en materia de libre competencia.

28. El artículo 86 TCE, utiliza numerosos conceptos indeterminados, tales como “posición dominante” o “abuso”. Las autoridades comunitarias en Continental Can dotaron a estos términos de un contenido preciso que permitiera la aplicación de esta norma a las operaciones de concentración entre empresas. Esta interpretación levantó las críticas de la doctrina tachándola de forzada e inexacta, alegando que conducía a la extensión del ámbito de aplicación del artículo 86 a supuestos no comprendidos en el mismo¹².

29. Este artículo, se alegó, no sanciona la posición dominante en cuanto tal, sino el eventual uso abusivo que puede hacerse de la misma. No cabe prohibir una concreta operación de concentración, incluso aunque esta tenga como consecuencia la monopolización de un mercado, ya que la norma permite la formación o el refuerzo de posiciones dominantes, sin distinguir diferentes grados y sin preocuparse de los medios con los que esta posición ha sido creada. Por tanto, se permite la adquisición y consolidación de cualquier tipo de posición dominante, dentro de la cual el monopolio sería solo un supuesto específico. El Abogado General Roemer señalaba en sus conclusiones que: “el Tratado llega incluso a aceptar la ausencia de todo tipo de concurrencia, es decir, un monopolio perfecto. El artículo 86 no

¹¹ Vid. especialmente, J. GUYENOT; “L’affaire Continental Can et les concentrations en Europe”, *Rivista delle Società*, 1973, pp. 463 y ss.; “La décision Continental Can de la Commission CEE et la naissance du droit antitrust européen”, *Rivista delle Società*, 1972, pp. 722 y ss., quien critica severamente la aplicabilidad de las normas en materia de abuso de posición de dominio al fenómeno concentrativo, analizando comparativamente el artículo 86 TCE con la Section 2 de la Sherman Act.; B. GOLDMAN; *Droit commercial européen*, París, 1975; P. VAN OMMESLAGHE; “L’application des articles 85 y 86 du Traité de Rome aux fusions, aux groupes de sociétés et aux entreprises comunes”, *RTDE*, núm.3, 1967, pp. 30 y ss. y las conclusiones del Abogado General ROEMER en el caso Continental Can.

¹² Vid. P. VAN OMMESLAGHE; “L’application des articles 85 y 86...”, *cit.* p.502.

distingue entre los distintos grados de dominación del mercado y no prohíbe una simple tentativa de creación de una posición de dominio”.

30. Por lo que se refiere al abuso de esa posición de dominio, se criticó la interpretación realizada por la Comisión y corroborada por el Tribunal, principalmente, desde dos perspectivas.

31. Por una parte, se afirmó que las concentraciones de empresas afectan a la estructura del mercado y el artículo 86 solo vendría referido a los comportamientos o conductas de las empresas en el mercado, que afectan a la competencia, sin que se vea modificada necesariamente la estructura del mercado. La operación de concentración, solo una vez que se haya llevado a cabo podrá ser valorada con arreglo al artículo 86, enjuiciando las decisiones de la empresa resultante sobre la producción o el desarrollo técnico.

32. El Tribunal negó el carácter determinante de esta distinción entre las medidas que afectan a la estructura de la empresa y las prácticas que tienen una incidencia sobre el mercado. “Toda medida estructural es susceptible, desde el momento que aumenta la dimensión y el poder económico de la empresa, de tener una incidencia sobre las condiciones de mercado”. ¿Es necesario una lesión real de los intereses de los consumidores o basta con que, de resultas de la operación estos se hallen amenazados? La Comisión describe los efectos negativos del monopolio en la producción y en el desarrollo técnico en términos de inconvenientes potenciales y no actuales. La prohibición de extender el poder económico empresarial mediante operaciones de concentración, hasta eliminar prácticamente toda competencia del mercado, se basa en el peligro que estas situaciones de monopolio implican *per se*, con independencia de que, las concretas decisiones adoptadas por esa empresa dominante se hayan demostrado efectivamente lesivas de los intereses de los consumidores. Esta posición será muy criticada, alegándose que la previsión del artículo 86 no prohíbe el poder dominante en cuanto tal, sino en la medida en que las empresas que ostentan ese poder se sirvan de él para, mediante decisiones concretas y actuales, actuar sobre la producción o distribución en perjuicio de consumidores y de otros competidores.

33. Por otra parte, al margen de las discusiones sobre si el artículo 86 era de aplicación a conductas de las empresas o a modificaciones estructurales, lo que sí parecía deducirse, tanto de la letra como del espíritu del artículo es que la posición dominante en el mercado tiene que ser el instrumento del que se sirva la empresa para llevar a cabo la operación. De la lectura de las conductas que, a título ejemplificativo, se recogen en el apartado segundo, se derivaba que lo que el Tratado intenta evitar es que empresas en una situación de superioridad en el mercado se prevalgan de la misma, la utilicen en perjuicio de terceros para la satisfacción de sus intereses particulares. Se alegaba que, por tanto, esta norma solo podría ser de aplicación a las operaciones de concentración si una empresa (o un grupo de empresas) con posición dominante en el mercado, la utilizan para obligar a otras empresas a fusionarse con ella o a entrar a formar parte del grupo al que pertenecen¹³. Ya en el *Memorándum*, la Comisión hacía referencia a estas concentraciones forzosas o abusivas, poniendo como ejemplo, el caso de una empresa que se sirviera de su poder en el mercado para realizar una política de precios bajo coste con la finalidad de debilitar económicamente a sus competidores y de anexionárselos con posterioridad.

34. Este era el ambiente doctrinal tras *Continental Can*...la ausencia de normativa específica determinó, para intentar hacer frente al incremento sin control del grado de concentración de los mercados, la utilización de vías indirectas y el recurso a normas previstas para otro tipo de situaciones¹⁴ lo que

¹³ Vid. VAN OMMESLAGUE: “L’application...”, *cit.* p.504.

¹⁴ Pese a que inicialmente se había defendido por la Comisión en el *Memorándum* de 1965 la falta de idoneidad del artículo 85 TCEE para controlar el proceso de concentración del poder económico, durante la década de los ochenta tiene lugar el célebre caso *Philip Morris*, que enfrenta a diversas empresas productoras y distribuidoras de tabaco y en el que se ha querido ver un reconocimiento por parte de las autoridades comunitarias -primero la Comisión y, posteriormente, el Tribunal- de la aplicabilidad del artículo 85 a ciertas operaciones de concentración. STJCE de 17 de noviembre de 1987, *British American Tobacco Company Ltd y otros v Comisión*, 142 y 156/84, Rec. P.4566.

generaba fricciones y recelos sobre su operatividad. Las insuficiencias procedimentales y sustantivas de estos mecanismos para atender a las particularidades del fenómeno concentrativo impulsaron el procedimiento de aprobación de normativa específica. En 1973 la Comisión presentó al Consejo un proyecto de Reglamento. Esta primera propuesta inauguró un proceso de negociación largo y complejo que no finalizaría hasta la aprobación del primer Reglamento sobre control de concentraciones entre empresas, Reglamento 4064/89, sustituido en 2004 por el actualmente vigente.

35. La existencia de una regulación específica que instauraba un sistema de control preventivo con notificación previa obligatoria a la Comisión europea de las operaciones de concentración proyectada que alcanzaran los umbrales de dimensión comunitaria, solventaba gran parte de las críticas y preocupaciones manifestadas. Por una parte, se eliminaban los principales inconvenientes de un control *ex post*, como la necesidad, en su caso, de recurrir a medidas de desconcentración, generalmente gravosas, tanto para las empresas como para los terceros implicados en la operación. Además, se establecían criterios sustantivos específicos de anticompetitividad.

36. Ya había un traje a medida para las operaciones de concentración, lo que parecía articular el sector del Derecho de la competencia europeo dirigido a las empresas en tres grandes sectores de control diferenciados: acuerdos, abuso y concentraciones, cada uno con su alcance, procedimientos y criterios específicos de aplicación.

37. Pero cincuenta años después de *Continental Can*, el TJUE vuelve a invocarla en una sentencia que analiza la posibilidad de controlar a través del artículo 102 TFUE una operación de concentración ya realizada.

III. Vuelta al presente: *Towercast*

1. Sentencia de 16 de marzo de 2023, Asunto C-449/21 (*Towercast*)

38. La Sentencia en el caso *Towercast* da respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Apelación de París al TJUE en relación a la viabilidad de la doctrina *Continental Can* tras la aprobación de normativa específica sobre el control de las concentraciones entre empresas.

39. Por lo que se refiere a los hechos que dieron ocasión al litigio principal, la conducta controvertida consistió en la adquisición el 13 de octubre de 2016, por parte de la sociedad *Télédiffusion de France* (TDF), que presta en Francia servicios de difusión de la televisión digital terrestre, de la totalidad de acciones de *Itas*, también operante en el sector de la difusión de la televisión digital terrestre, obteniendo así el control exclusivo sobre esta. Esta operación de concentración no alcanzaba ni los umbrales de notificación europeos previstos en el Reglamento 139/2004, ni los nacionales establecidos en el artículo L-430-2 del Código de comercio francés. Tampoco dio lugar a un procedimiento de remisión conforme al artículo 22 del Reglamento europeo, por lo que la adquisición no fue objeto de notificación ni de examen a efectos del control previo de concentraciones.

40. El 15 de noviembre de 2017, *Towercast*, sociedad que también presta servicios de difusión de la televisión digital terrestre en Francia, denunció ante la Autoridad de Competencia francesa que esta adquisición constituía un abuso de posición dominante. La Autoridad abrió un procedimiento, y si bien los servicios de instrucción consideraron que podría haber abuso, finalmente la Autoridad cerró el procedimiento alegando que la existencia de un régimen específico de control de concentraciones impedía la aplicación del artículo 102TFUE a una operación de concentración, a falta de un comportamiento abusivo de la empresa afectada separable de dicha operación.

41. Esta decisión fue recurrida por *Towercast* ante la Corte de Apelación de París utilizando como base de su recurso la doctrina del Tribunal de Justicia en la sentencia de 21 de febrero de 1973, *Europemballage y Continental Can* (sentencia Continental Can). La Corte decide suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión judicial: “¿Debe interpretarse el artículo 21, apartado 1 del Reglamento 139/2004 en el sentido de qué se opone a que una operación de concentración carente de dimensión comunitaria a efectos del artículo 1 del Reglamento, que no alcanza los umbrales de control *ex ante* obligatorios establecidos por el Derecho nacional y que no ha dado lugar a un procedimiento de remisión a la Comisión Europea con arreglo al artículo 22 de dicho Reglamento, sea considerada por una autoridad de competencia como constitutiva de un abuso de posición dominante prohibido por el artículo 102 TFUE, a la luz de la estructura de la competencia en un mercado de dimensión nacional?”.

42. En esencia, se está pidiendo al Tribunal que aclare cuáles son las relaciones entre el artículo 102 TFUE y las normas sobre control de concentraciones. En principio, el alcance de estas relaciones se intenta determinar en los artículos 21.1. del Reglamento 139/2004 *sobre el control de las concentraciones entre empresas*, así como en el artículo 3 del Reglamento 1/2003 *relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 CE*, artículos cuya interpretación, por tanto, va a constituir el punto de partida del razonamiento del Tribunal.

43. En el artículo 21.1 Reglamento se establece el ámbito de aplicación del Reglamento y las competencias de la Comisión. Su tenor literal es el siguiente:

44. “El presente Reglamento solo será aplicable a las concentraciones definidas en el artículo 3, y los Reglamentos (CE) nº1/2003 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 CE, ... no será aplicables, salvo a las empresas en participación sin dimensión comunitaria cuyo objeto o efecto sea coordinar el comportamiento competitivo de empresas que sigan siendo independientes”.

45. El artículo 3, al que remite, define el concepto de concentración a partir de un cambio duradero en el control de dos o más empresas.

46. El artículo 3 del Reglamento 1/2003, referido a la relación entre los artículos 101 y 102 TFUE y las normas nacionales de competencia, por su parte, señala, en su apartado 3 que: “sin perjuicio de los principios generales y demás disposiciones del Derecho (de la Unión), los apartados 1 y 2 (referidos a la aplicación del artículo 102 TFUE) no se aplicarán cuando las autoridades de competencia y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros apliquen disposiciones nacionales relativas al control de concentraciones”.

47. ¿Significan estos preceptos que las operaciones de concentración no pueden ser enjuiciadas con arreglo a las normas que sancionan los acuerdos colusorios o el abuso de posición dominante? ¿La exclusión de estas normas afectaría solo a las concentraciones de dimensión comunitaria y a aquellas sin dimensión comunitaria de las que conoce la Comisión por la vía de la remisión del artículo 22?

48. El TJUE va a realizar una interpretación restrictiva y eminentemente formal con arreglo a la cual este artículo 21.1. del Reglamento se limita a regular la relación entre el Reglamento y otros actos de derecho derivado de Derecho de la competencia, pero en ningún caso, afecta a la posible aplicabilidad de normas de derecho primario, como es el artículo 102 TFUE, a operaciones de concentración, rechazando la interpretación mantenida por la Autoridad de competencia francesa que defendió la pérdida de vigencia de la doctrina Continental Can tras la aprobación de normativa específica sobre control de concentraciones.

49. En el Reglamento lo que se va a hacer es establecer un procedimiento de control *ex ante* que tiene en cuenta las particularidades de estas modificaciones estructurales respecto a otras posibles con-

ductas empresariales susceptibles de afectar a la competencia. Este procedimiento que se considera el más adecuado para este tipo de operaciones va a ser el que se aplique con carácter exclusivo a las concentraciones de empresas que impliquen modificaciones estructurales importantes cuyo efecto en el mercado se extienda más allá de las fronteras nacionales de un Estado miembro, es decir, a las operaciones de dimensión comunitaria (o a aquellas otras que se equiparan a efectos de procedimiento y autoridad competente a las de dimensión comunitaria, susceptibles de remisión por la vía del artículo 22 Reglamento 139/2004)

50. Esto no excluye que, a escala nacional, una operación de concentración pueda ser examinada a la luz del artículo 102 TFUE. La exclusión del artículo 21.1 se limita solo a las concentraciones de dimensión comunitaria por vía de remisión al artículo 3 y, a pesar de que en ese precepto, en el que se define que cabe entender por concentración, no se haga ninguna referencia a los umbrales comunitarios, esto no significa que todas las operaciones que encajen en esta definición material no sean susceptibles de un control *ex post*. El Tribunal considera que este precepto ha de interpretarse en su contexto, en particular del artículo 1 del que se deduce que el Reglamento solo se aplica a las concentraciones de dimensión comunitaria.

51. A las concentraciones que no alcancen esos umbrales puede serles de aplicación el artículo 102 TFUE. Esta posibilidad fue reconocida por el TJ en *Continental Can*, se trata de una norma de derecho originario y su exclusión general no puede realizarse por una norma de derecho derivado, que, a lo sumo, establece un procedimiento preferente -y alternativo- de valoración de la anticompetitividad de las concentraciones potencialmente más peligrosas.

52. El razonamiento del Tribunal es alambicado, formalista y confuso. Y, además, muy ceñido a las circunstancias del caso concreto, deja algunas respuestas en el aire.

53. ¿La aplicabilidad del artículo 102 (o, por ejemplo, del artículo 2 LDC) exigiría la ausencia de cualquier tipo de control previo de la operación de concentración considerada? El TJUE considera, de forma expresa, solo la exclusión de las concentraciones de dimensión comunitaria. Imaginamos que el mismo razonamiento será de aplicación a las concentraciones de dimensión nacional sujetas a un procedimiento de control *ex ante*, en función de lo establecido en el artículo 3.3. del Reglamento 1/2003. En el caso examinado la operación de concentración no estaba sujeta a ninguna revisión, dado que no alcanzaba los umbrales de dimensión comunitaria ni los previstos en la legislación francesa y tampoco había sido objeto de remisión a la Comisión por la vía del artículo 22 del Reglamento 139/2004. De la sentencia del Tribunal sí parece deducirse que *la aplicabilidad del artículo 102 TFUE solo cabría en caso de que la operación de concentración no hubiera sido objeto de un control previo*, en el que se hubiera valorado, siquiera sobre la base de presunciones e hipótesis, su potencial impacto anticompetitivo.

54. Una cuestión distinta es la posibilidad de revertir o deshacer una operación de concentración previamente autorizada conforme a un sistema de notificación *ex ante*, es decir, que en principio, no suscitaba dudas sobre sus efectos sobre la competencia, si tras su ejecución se constata la existencia de daños a la competencia. Precisamente, el *Code de commerce* francés en su artículo L-430-9, en el marco de la regulación sobre control de concentraciones entre empresas, contempla la posibilidad de deshacer una operación realizada si esta ha conducido a la posición de poder económico que haya permitido el abuso¹⁵.

55. Es importante destacar de la sentencia *Towercast* que el Tribunal va a minimizar la posible afectación a la seguridad jurídica, la necesidad de protección de la buena fe de las partes, así como la

¹⁵ “En caso de explotación abusiva de una posición dominante o de un estado de dependencia económica, la Autoridad de Competencia podrá ordenar, mediante resolución motivada, a la empresa o al grupo de empresas de que se trate que modifiquen, completen o resuelvan, en un plazo determinado, todos los acuerdos y actos mediante los cuales se haya realizado la concentración de la fortaleza económica que haya permitido el abuso, aún cuando tales actos han sido objeto del procedimiento establecido en el presente título”.

gravedad que revestiría la eventual adopción de medidas de desconcentración o de remedios estructurales si de la aplicación del artículo 102 TFUE se deduce que la concentración implica un abuso de posición dominante.

56. Esta minimización de los perjuicios asociados a la desconcentración, impensable hace unos años, así como la posibilidad -aunque sea residual- de un control *ex post* de una operación de concentración que latan en *Towercast*, constituyen una manifestación, a mi juicio, de un movimiento que, tanto en Europa como en EE.UU., supone un replanteamiento de los principios y objetivos del Derecho y la política antitrust de las últimas décadas. Entender *Towercast* requiere entender su contexto, caracterizado por la preocupación que ha despertado el aumento progresivo del nivel de concentración de los mercados.

2. El contexto de Towercast: el incremento del grado de concentración de los mercados

57. En las economías occidentales se ha venido observando en las últimas décadas, y fundamentalmente, desde finales de los años ochenta, un paulatino incremento del grado de concentración de los mercados unido al surgimiento y consolidación de empresas con significativas posiciones de poder económico. Esta tendencia, intensificada tras la pandemia con la desaparición de numerosos pequeños y medianos operadores, y la preocupación que ha desatado es especialmente aguda en EE.UU, donde si hasta hace relativamente poco tiempo, eran escasas las voces que alertaban sobre la disminución sustancial y generalizada de la competencia en los mercados americanos, desde hace cinco o seis años, juristas, políticos de todo signo, economistas y medios de comunicación¹⁶ manifiestan una creciente inquietud por las modificaciones estructurales que se están produciendo en los mercados¹⁷.

58. La tendencia que se observa en muchos de estos mercados es la siguiente: concentración entre las empresas existentes, disminución drástica de la entrada de nuevos operadores y atrincheramiento de las empresas incumbentes en los mercados junto con un incremento progresivo de sus beneficios.

59. Los sectores o industrias afectados son muy numerosos: (mercados financieros, aerolíneas, telecomunicaciones, industria cervecera, sector farmacéutico, mercados de la salud, etc.)¹⁸. En realidad, esta disminución del número de operadores y la conformación oligopolística de los mercados, se extiende a los sectores económicos más dispares como los mercados de perchas de plástico, comida para gatos, embalaje de carne y pollo, etc. En muchos supuestos, esta conformación estructural aparece camuflada tras la existencia de una pluralidad de marcas que proporcionan al consumidor una apariencia de falsa competencia, al estar la titularidad de estas marcas en manos de dos o tres empresas¹⁹.

¹⁶ Algunos de los titulares de publicaciones como el *Wall Street Journal*, *New York Times* o *The Economist* de los últimos años se hacen eco de esta preocupación: “Profits are too high. America needs a giant dose of competition”; “The Rise of Superstars”; “The Superstar Company: A giant problem”; “The rise of the corporate colossus threatens both competition and the legitimacy of business”; “We are living a Monopoly moment”; “The Perils of Corporate Concentration”.

¹⁷ Vid. *inter alia*: T.WU: *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age*, Columbia Global Report, 2018; IDEM: *The Curse of Bigness: How Corporate Giants Came to Rule the World*, Atlantic Books, 2020; A. KLOBUCHAR: *Antitrust: Taking on Monopoly Power from the Gilded Age to the Digital Age*, Vintage, 2021; J. PHILIPPON: *The Great Reversal. How America Gave up on Free Markets*, Belknap Press, 2019; L. KHAN: “The Separation of Platforms and Commerce”, 119, *Columbia Law Review*, 2019, pp. 973 y ss.; IDEM: “Amazon’s Antitrust Paradox”, 126, *The Yale Law Journal*, 2017, pp. 710 y ss.

¹⁸ Por ejemplo, en 1983, cincuenta empresas controlaban el 90% de los medios de comunicación americanos. En 2016, solo 6 empresas-GE, News Corp.; Disney, Viacom, Time Warner y CBS- controlaban ese 90%. Vid. A. KLOBUCHAR: *Antitrust...*, pp. 9 y ss.

¹⁹ Especialmente ejemplificativo es el caso, expuesto por Robert Reich, secretario de trabajo durante el gobierno de Clinton, de los viajes online. En principio, los consumidores pueden acudir a una pluralidad de plataformas y agencias para intentar obtener las mejores tarifas en vuelos, circuitos y alojamientos, como Hotels.com; Hotwire; Orbitz, Travelocity; Trivago, Rumbob; Kayak, Priceline; Booking, etc.). Lo que ocurre es que, en realidad, detrás de toda esta aparente diversidad y oferta, tras la operación de concentración entre Expedia y Orbitz, solo dos empresas controlan la práctica totalidad del mercado: el grupo Expedia (con marcas como Orbitz, Trivago, Hotels.com, HomeAway, CarRentals...) y Booking Holdings (Booking, Priceline, Kayak, Rentalcars...). Vid. A. KLOBUCHAR: *Antitrust...*, pp. 218 y ss.

60. Una de las más visibles manifestaciones de esta tendencia a la concentración y a la formación de megaempresas o gigantes empresariales se encuentra, sin duda, en los mercados digitales. De hecho, a día de hoy las cinco empresas estadounidenses con un mayor valor de mercado operan todas ellas en los mercados tecnológicos, mercados que, tienen en muchos casos, una dimensión geográfica mundial. Estos mercados están dominados por las grandes corporaciones o plataformas tecnológicas: tanto las empresas estadounidenses incluidas en el acrónimo GAFA (Google, Amazon, Facebook -hoy, Meta- y Apple), en ocasiones, extendido y modificado para incluir otras plataformas o firmas tecnológicas como Netflix o Microsoft, como las firmas asiáticas, Samsung, Alibaba, Tencent y Taiwan Semiconductor.

61. De hecho, si bien esta situación no había pasado del todo desapercibida y diversas voces aisladas venían denunciándola desde principios de siglo... será precisamente la consolidación de las empresas tecnológicas la que desate las voces de alarma y, sobre todo, promueva la apertura -más bien, la reapertura- de un viejo debate económico y jurídico, sobre los efectos de la conformación de los mercados con arreglo a estructuras oligopolísticas y la generalización de grandes operadores con enormes cuotas de mercado²⁰.

3. El resurgir del debate sobre los riesgos del poder económico privado

62. ¿Cuáles son los efectos que se han derivado de esta disminución del número de operadores en los mercados y la aparición de colosos o superempresas que explican el malestar latente, la denuncia de esta situación y el activismo de doctrina, autoridades de la competencia y políticos en la llamada a soluciones para acabar con ella?

63. Muchos de los efectos nocivos asociados a estas estructuras de mercado no son nuevos, ya han sido objeto de constatación y de denuncia históricamente. De hecho, la lucha contra las posiciones de poder económico privado por las consecuencias que de las mismas pueden derivarse para los consumidores o ciudadanos constituye un objetivo esencial en el nacimiento del Derecho de la competencia, así como en su evolución, con más o menos altibajos, a lo largo del tiempo²¹.

64. Hay efectos más constatados, junto a otros más especulativos o abstractos (pero que tampoco son nuevos). Económicamente, la consolidación corporativa en los mercados ha facilitado la formación de posiciones de poder económico, la erección de barreras de entrada y un consiguiente incremento de los precios. No solo los precios se han visto afectados, también se ha producido un deterioro de las condiciones de transacción: servicios, calidad, posibilidad de opción del consumidor, etc.

65. La percepción de que la actuación de estos gigantes está causando un perjuicio directo a los consumidores la ejemplifican las demandas resarcitorias que empiezan a plantearse por los particulares contra las plataformas tecnológicas y otros grandes operadores económicos. Por ejemplo, en Australia, donde la autoridad de competencia aún no ha entablado ningún caso, sí hay acciones privadas contra Apple, FB y Google. En Reino Unido se ha abierto el gran caso contra Meta mediante la interposición de una gigantesca acción colectiva que, con arreglo a su sistema de *opt-out*, incluiría a todos los consumidores británicos de Facebook de 2016 a 2019. Se piden daños, como mínimo, de dos billones y medio de libras, y se acusa a la empresa de abuso de posición dominante, por el tratamiento que hacía de los datos personales de sus usuarios. Se considera que los usuarios han pagado un precio injusto por el uso de la plataforma, es decir, un abuso explotativo consistente en la imposición de términos y condiciones injustos o no equitativos que cuestiona el modelo *freemium* que, en principio, parece excluir la existencia de cualquier lesión.

²⁰ *Council of Economic Advisers Issue Brief, Benefits of Competition and Indicators of Market Power*, 2016.

²¹ Vid. *in extenso*, C. HERRERO: *Los contratos vinculados (tying agreements) en el Derecho de la competencia*, La Ley, 2006, pp. 59 y ss.

66. Otro de los efectos pretendidamente derivados de esta concentración y del deterioro del desarrollo del proceso competitivo, especialmente presente en el caso de los mercados digitales (y también farmacéuticos), es el daño a la innovación, una de las variables de competencia más importantes. El atrincheramiento por parte de las grandes plataformas tecnológicas en sus posiciones de poder de mercado mediante prácticas tendentes a eliminar de raíz cualquier posible amenaza competitiva como conductas excluyentes u operaciones de adquisición de rivales actuales o potenciales (las denominadas *killer acquisitions* o *reverse killer acquisitions*), disminuyen las posibilidades de renovación de los mercados mediante el lanzamiento de nuevos productos o servicios, desalientan la inversión en startups y el desarrollo de modalidades alternativas de competencia.

67. Las grandes plataformas tecnológicas, con sus modelos de integración vertical (los grandes ecosistemas digitales) plantean riesgos específicos²². Así, uno de los principales recelos que despiertan no se refiere a su tamaño en los mercados primarios o principales, sino a su estructura, ya que se han integrado a través de distintas líneas de negocios de tal modo que, en muchos casos, operan como plataformas o intermediarios y además como distribuidores en ellas de sus propios productos o servicios, lo que puede incentivar la realización de prácticas de discriminación o de *self-preferencing*²³.

68. Pero las preocupaciones frente al aumento de la concentración no se limitan a que de esta se derive un deterioro del proceso competitivo, incidiendo en los niveles de precios y producción, sino que, además, esta se vincula a la obtención sostenida de superbeneficios, la disminución de salarios y al incremento creciente de las desigualdades económicas y sociales e, incluso, a la propia afectación a la democracia política.

69. Al margen de la complejidad de estas discusiones o de compartir o no las opiniones sobre la nocividad de estas estructuras de mercado, lo que es innegable es el cambio estructural que han experimentado los mercados, lo que obliga a indagar sobre sus causas.

70. Si bien en el aumento de la concentración de los mercados confluyen necesariamente varios factores, no pudiendo excluirse de entre ellos las consecuencias derivadas de la pandemia mundial, hay un cierto consenso en reconocer que a la formación de estas estructuras de mercado ha contribuido una aplicación muy laxa y permisiva de las normas de derecho de la competencia, especialmente de aquellas normas de naturaleza preventiva orientadas a impedir la formación de posiciones de poder económico mediante el recurso a operaciones de crecimiento externo empresarial, es decir, las normas de control de las concentraciones entre empresas²⁴.

71. Centrándonos en el caso de los mercados digitales, las cinco grandes plataformas tecnológicas han realizado más de 600 operaciones de concentración en los últimos trece años. De estas, un número muy escaso han sido examinadas por las autoridades de la competencia de las distintas jurisdicciones y como resultado de este examen todas ellas han sido autorizadas, la mayoría en las fases iniciales del procedimiento y sin condiciones. Por ejemplo, en el caso estadounidense, solo un caso ha llegado a los tribunales siendo objeto de compromiso con la adopción de remedios de dudosa efectividad. Algunas de estas operaciones sobre las que han conocido la Comisión o las autoridades de competencia nacionales,

²² Vid. N. SRNICEK: *Platform Capitalism*, Polity, Cambridge, 2017; J.M. YUN: "Vertical mergers and Integration in Digital Markets", 8, *The Global Antitrust Institute Report on the Digital Economy*, 2020, pp. 244 y ss.

²³ Apple (*Apple App Store*), Google (*Google's Chrome Web Store; Cloud Marketplace, Play Store*), Windows (*Games Store, Xbox games*), Nintendo (*Games Store*), Sony, Shopifys no solo organizan un mercado de aplicaciones/juegos sino que ofrecen en este, sus propias aplicaciones o juegos junto con los de terceros profesionales independientes. En el marco del comercio electrónico, diversas empresas como *Amazon, JD.com* o *Walmart* actúan tanto como organizadores de mercados (posibilitando a terceros vendedores la realización de transacciones con los consumidores) como vendedores, suministrando productos bajo su propio nombre.

²⁴ A. ZURIMENDI: *Gigantes tecnológicos, distribución online y Derecho de la competencia*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2021, pp. 241 y ss.

como la CMA, son los casos FB/Instagram; FB/Whatsapp; FB/Giphy; Google/Waze; Amazon/Deliveroo; Google/DoubleClick; Google/Fitbit; Meta/Kustomer; etc.

72. ¿Qué ha determinado la inaplicación -formal o sustantiva- de la revisión de estas operaciones conforme a los sistemas de control de las concentraciones previstos en la section 7 de la Clayton Act en EE.UU. o en el Reglamento europeo 139/2004 *sobre control de las concentraciones entre empresas*?

73. Recordemos que se trata de sistemas de control *ex ante*, arbitrados, precisamente, para intentar, dada la dificultad e incoherencia que podría derivarse de la limitación del poder de mercado resultado del crecimiento empresarial, prevenir la formación primera de estas estructuras en los casos en las que estas resulten de operaciones de unión o concentración entre empresas independientes. ¿Por qué este mecanismo preventivo ha sido incapaz de impedir esta configuración estructural -ahora denunciada- de los mercados?

4. Inoperatividad de las normas sobre control de concentraciones

74. La aplicación de la política en materia de concentraciones en determinados sectores económicos plantea una serie de dificultades en la práctica, tanto por lo que respecta a la propia posibilidad de activar el mecanismo de control como a la categorización de la operación y a su evaluación desde una perspectiva sustantiva.

75. Así, en primer lugar, en los mercados digitales, de telecomunicaciones y farmacéuticos, son frecuentes las concentraciones por las que una gran empresa asentada en el mercado adquiere una empresa recién llegada o *start up*, que ofrece un producto o servicio novedoso, pagándose por ella un precio muy superior al que podría deducirse de su volumen de ingresos. Se trata de operaciones en las que el valor real de la empresa adquirida reside en el carácter innovador de los productos o servicios ofrecidos, la información o datos que controle, así como su presencia en el mercado en términos de número de usuarios de sus servicios.

76. El problema que se plantea en estos casos, en el ámbito europeo, es que los umbrales actuales de notificación –que activan el procedimiento de control- están estructurados en función del volumen de negocios de las empresas partícipes en la operación (es decir, asociado únicamente al nivel de facturación de las partes, así como algún vínculo con el territorio), por lo que estas operaciones podrían quedar fuera de los mismos, sin que pudiera entrarse a valorar su eventual incidencia competitiva. Es más, el mecanismo de remisión de operaciones sin dimensión comunitaria del artículo 22 resultaba poco operativo para resolver esas disfunciones porque su aplicación exigía que la concentración tuviera que ser notificada conforme a los umbrales nacionales (muchos de ellos también articulados en torno a la cifra de negocios, por lo tanto, igualmente inaplicables).

80. Pero la ineficacia de este mecanismo de control ha derivado, fundamentalmente, de la actual configuración (especialmente en el caso estadounidense) de los **estándares actuales de valoración de la anticompetitividad** de estas operaciones, unida a los problemas de su categorización, como horizontales, verticales o conglomerales y la consiguiente aplicación de los correspondientes criterios sustantivos de valoración.

81. Si hay una nota que caracteriza al Derecho de la competencia es su maleabilidad y el continuo cuestionamiento de su alcance y finalidades u objetivos.

82. Utilizando como parámetro de referencia el Derecho antitrust estadounidense, hasta mediados de los años setenta la aplicación e interpretación jurisprudencial del Derecho antitrust se caracterizó por su enfoque pluralista y por la defensa de una variedad de objetivos, tanto económicos como político-

jurídicos y sociales. Junto a la eficiencia económica, los tribunales y, principalmente, el Tribunal Supremo, ponderaban otros intereses igual -o incluso mayormente dignos de protección-, como la igualdad de oportunidades de todos los sujetos para competir en el mercado y la defensa de estructuras abiertas, la autonomía empresarial y la descentralización del poder económico privado²⁵.

83. La aplicación judicial de la normativa antitrust durante los años sesenta y setenta partía de la consideración de la competencia como un proceso que exigía numerosos participantes y que requería la descentralización del poder económico. El incremento del grado de concentración de los mercados, por definición, lesionaba la competencia al eliminar fuentes independientes de esfuerzo competitivo. La valoración de la eficiencia de una práctica estuvo muy marcada por las tesis de la escuela estructuralista de Harvard, con arreglo a las cuales se considera que la estructura de un mercado, es decir, su grado de concentración, condiciona la conducta de los agentes que en él participan, lo que determina, a su vez, los resultados económicos en ese mercado: rentabilidad, eficiencia, progreso tecnológico y crecimiento (paradigma *structure-conduct-performance*)²⁶. En concreto, defendían que las estructuras de mercado altamente concentradas daban lugar al desarrollo de comportamientos que conducían a unos resultados económicamente ineficientes como la reducción de la producción y el incremento del nivel de precios. Esta política, centrada más en los remedios de carácter estructural que en el control del comportamiento de los agentes económico, se manifiesta claramente en la aplicación de las normas en materia de control de la concentración empresarial²⁷. Así, durante este periodo se defendió la prohibición rigurosa de todas aquellas operaciones de concentración entre empresas que pudieran dar lugar a la formación de un oligopolio o al incremento del grado de concentración de los mercados, como se refleja en las *Merger Guidelines* de 1968²⁸.

84. La influencia, a partir de los años ochenta, de las tesis liberales y restrictivas de la Escuela de Chicago, van a originar un cambio en la interpretación y aplicación de la normativa antitrust que se articulará conforme a un parámetro prácticamente exclusivo de valoración de la anticompetitividad de una conducta que, justificado con arreglo a una particular visión de la lesión al consumidor, determina que una conducta o práctica empresarial solo estará prohibida en la medida en que, como consecuencia de la misma, tenga lugar una reducción inmediata de la producción o de los precios en el mercado relevante. Esto va a determinar, en la práctica, una relajación en la persecución de determinadas empresariales. Preocupaciones tradicionales como el crecimiento de las grandes empresas y la concentración de poder económico pierden peso en la conformación de la política antitrust. Se adopta una actitud mucho más benévola frente a los acuerdos susceptibles de incrementar la producción, con independencia de su posible efecto sobre la estructura de los mercados y la exclusión de otros empresarios competidores. Se autorizan sin objeciones las concentraciones conglomerales y la integración vertical, partiéndose de su innata procompetitividad y eficiencia y se sigue un tratamiento mucho más indulgente frente a las concentraciones horizontales²⁹.

²⁵ Vid. B.HAWK: “La révolution antitrust américaine: une leçon pour la Communauté économique européenne?”, *RTDE*, 1989, pp. 12 y ss.; L.A.SULLIVAN: “Antitrust, Microeconomics and Politics: Reflections on Some Recent Relationships”, 68 *Cal.L.Rev.*, 1980, pp.1 y ss.; R.PITOFSKY: “The political content of antitrust”, 127, *UPALR*, 1979, pp. 1051 y ss.

²⁶ Vid. F.M.SCHERER/D.ROSS: *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Boston, 1990, pp. 2 y ss.

²⁷ *Ford Motor Co. v. United States*, 405 U.S. 562, (1972); *FTC v. Procter&Gamble Co.*, 386 U.S. 568 (1967); *United States v. Von's Grocery Co.*, 384 U.S. 270 (1966); *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294 (1962).

²⁸ Algunos autores propusieron medidas mucho más drásticas como la aprobación de normativa de desconcentración forzosa de mercados integrados por unos pocos oferentes. Se pretendía la fragmentación de los oligopolios, siempre que la concentración no fuera el resultado de la presencia de economías de escala en una determinada industria o de la titularidad de derechos de propiedad industrial. Vid. C.KAYSEN/D.F.TURNER: *Antitrust Policy*, Cambridge, 1959, pp. 44 y ss.; D.F.TURNER: “The Scope of Antitrust and other Economic Regulatory Policies”, 82, *Harvard Law Review*, 1969, pp. 1207 y ss.

²⁹ Vid. para un desarrollo pormenorizado de este modelo de análisis económico y su aplicación a las distintas categorías de conductas empresariales, tradicionalmente objeto del Derecho antimonopolio, R.BORK: *The Antitrust Paradox: A Policy at War with itself*, Free Press, Nueva York, 1993.

84. Se minimiza la preocupación por los eventuales efectos de cierre de mercados, que serán acusados de argumentaciones carentes de un fundamento económico sólido y de ser esgrimidas por las empresas competidoras con la única finalidad de obtener la protección del gobierno y de los tribunales frente a la propia competencia y se hace hincapié en el poder autocorrector de los mercados para sancionar eventuales abusos.

85. En relación con las operaciones verticales (de colaboración o de integración), que constituyen, precisamente una de las “bêtes noires” de la Escuela de Chicago y objeto de sus principales ataques, se denuncia su irracionalidad económica sobre la base de tres postulados o premisas: 1) la posible exclusión de competidores de insumos o clientes es ilusoria. Estas operaciones producen simplemente una reasignación neutral de las relaciones cliente-proveedor; 2) el daño a la competencia es implausible porque existe un único beneficio monopolístico; 3) son operaciones invariablemente eficientes, porque evitan situaciones como la doble marginalización. El espíritu de estas críticas, en el caso estadounidense, se recogió en las *Directrices de 1984 sobre Operaciones de concentración no horizontales* y se mantiene en las recientemente *Directrices de 2020* aprobadas por la Administración Trump. Este es el estándar actualmente vigente dado que las revisiones críticas a los postulados económicos de Chicago, no han revestido un carácter general, sino sectorial o puntual, no dirigiéndose directamente a la integración vertical) Esto ha determinado que este sector del Derecho haya estado infradesarrollado durante los últimos cuarenta años³⁰.

86. La aplicación de estos estándares permisivos, que minimizan su nocividad y realzan su procompetitividad y eficiencia ha favorecido la autorización generalizada de conductas de integración vertical (no digamos ya de operaciones conglomerales), en su caso, con la imposición de remedios mínimos y, mayoritariamente, de conducta.

87. En Europa, con altibajos, se ha mantenido una visión de daño a la competencia más amplia o mediata, en un enfoque de carácter dinámico, más centrada en la protección del proceso competitivo en cuanto tal que en la obtención de un determinado resultado. No obstante, también en la política europea, especialmente en relación con las concentraciones verticales y conglomerales, se ha mantenido una actitud especialmente permisiva frente a los fenómenos de reestructuración empresarial, de lo que es buena muestra la, al menos inicial, autorización generalizada de las operaciones de concentración en los mercados digitales.

88. Actualmente, no obstante, se están sucediendo las teorías económicas que cuestionan las premisas anteriores y que alertan sobre la posibilidad real de que estas operaciones causen daños a la competencia, especialmente en el caso de mercados altamente concentrados y mercados con efectos de red³¹.

5. Nuevas orientaciones de política *antitrust*

A) La desconcentración de mercados

89. Al margen de la existencia de posturas, teorías y opiniones enfrentadas, lo que es indudable es que, el grado de concentración al que se ha llegado en muchos mercados y, muy especialmente, el existente en los mercados de la economía digital y el protagonismo creciente de los gigantes o colosos tecnológicos, ha removido y ha dado lugar a la apertura de un debate. Ya no existe una general actitud conformista y pasiva, ni sobre la actual situación estructural de los mercados ni sobre el papel que

³⁰ El último caso de operación vertical que llegó al TS estadounidense data de 1972, operación entre Ford y Autolite (*Ford Motor Co. v. United States*, 405 U.S. 562 (1972)).

³¹ Vid. S.SALOP: “Invigorating Vertical Merger Enforcement”, 127, *Yale Law Journal*, 2018, pp. 1962 y ss.; J.BAKER/S. SALOP/F.SCOTT/N.ROSE: “Five Principles for Vertical Merger Enforcement”, 33, *Antitrust*, 2019; J.KWOKA: *Controlling Merger and Market Power. A Program for Reviving Antitrust in America*, Competition Policy International, 2021.

competite jugar al Derecho de la competencia y los criterios con arreglo a los cuales ha de ser aplicado. Al contrario, lo que parece ser general ahora es la necesidad de un cambio que se pone de manifiesto de manera muy evidente, aunque no exclusiva-, en los mercados digitales con la sucesión de una serie de documentos por parte de distintas administraciones en los que se analizan los problemas de Derecho de la competencia; la proyección -y ya aprobación- de legislación en la materia en la que se ensayan nuevas formas de control de la conducta de los grandes operadores tecnológicos y, fundamentalmente, la apertura de procedimientos sancionadores contra empresas de referencia en el sector.

90. Un examen de las distintas actuaciones, propuestas y orientaciones determina de nuevo, la necesidad de formular varias preguntas.

91. En primer lugar, es evidente que se ha desembocado en estructuras de mercado muy concentradas y que a las mismas se atribuyen varios efectos nocivos. Ahora bien, ¿es posible deshacer esta situación estructural? ¿Forzar la descentralización de los mercados?

92. La ruptura o desconcentración de las unidades empresariales como solución a la monopolización de mercados está presente en la historia del Derecho *antitrust* estadounidense, en procesos contra grandes gigantes empresariales, como la Standard Oil Co. o, ya en la década de los ochenta, la AT&T (American Telephone and Telegraph Corporation)³².

93. Será precisamente en EE.UU., donde se empiece a volver a defender como solución al problema de concentración en los mercados digitales, la ruptura de las grandes plataformas tecnológicas (*break up the trusts*), como hizo con insistencia la senadora Warren, Este remedio no es mirado con desconfianza en las obras y análisis de autores, que forman parte del equipo antitrust del presidente Biden, como Lina Khan, en la FTC; Tim Wu, asesor directo del presidente en materia de competencia, o Jonathan Kanter, al frente del DOJ, partidarios de un cambio en los parámetros actuales de enjuiciamiento antitrust y de recurrir a remedios estructurales para hacer frente a la situación de los mercados digitales estadounidenses. Así, EE.UU., de tradición menos intervencionista que la UE se va a mostrar más radical que los países europeos en la formulación de iniciativas para regular los mercados digitales. En este sentido están siendo objeto de tramitación parlamentaria las conocidas como *Anti-Tech Bills* y que han obtenido el respaldo de representantes demócratas y republicanos en el Senado, con denominaciones tan gráficas como “*Ending platform monopolies Act*”, “*American Innovation and Choice online Act*” y “*Open App. Markets Act; Platform Competition and Opportunity Act; Access Act*. Una de ellas, la “*Ending platform monopolies Act*”, propuesta dirigida a evitar los conflictos de interés que se pueden producir si una plataforma controla el acceso a un mercado y a la vez compite en él, prohíbe directamente las situaciones de integración vertical. Una solución similar ha sido adoptada en India, la legislación aprobada en 2019 forzó la separación de los dos tipos de negocios (intermediación y venta), obligando a empresas como Amazon o Walmart a cambiar su modelo y dejar de vender bajo su propia marca.

94. Otra de las fórmulas que se está discutiendo es la posibilidad de revisar operaciones de concentración ya realizadas (*backup mergers*) que puede intentarse, desde una revisión de operaciones autorizadas si se constata que no se han cumplido las eficiencias alegadas o los pronósticos sobre entrada de competidores, etc. o, y esto es a mi juicio, significativo, desde las normas que sanciona el abuso de posición dominante, precisamente el supuesto contemplado en *Towercast*.

B) El control del poder económico privado

95. En segundo lugar, se buscan soluciones para contener el poder y riesgos de estas grandes empresas, es decir, partiendo de estas situaciones estructurales como un mal dado -y ahora inevitables-

³² Vid. un análisis de estos litigios, en T.Wu: *The Curse of Bigness...*, cit., pp. 66 y ss.

intentar regular su conducta para evitar lesiones a los consumidores y a otros operadores económicos. Las autoridades de competencia, como primera solución, han afilado las armas antitrust y han acusado a estas compañías de infringir las prohibiciones que vetan el abuso de posición de dominante o la monopolización de mercados. Junto a la aplicación de estas prohibiciones la conducta de estas empresas también se está buscando el control mediante soluciones normativas regulatorias específicas, proyectadas y aprobadas en muchos Estados, como Alemania y Reino Unido y en el ámbito europeo, como el *Reglamento de Mercados Digitales* de 14 de septiembre de 2022 (DMA) o, incluso desde otros sectores del ordenamiento jurídico, como el Derecho de consumidores, de contratos o las normas de competencia desleal.

96. Pero, ¿y desde las normas sobre control de las concentraciones entre empresas? En este terreno se proponen una serie de cambios para garantizar su efectividad

97. Un primer bloque de medidas busca asegurar la posibilidad de conocimiento de las operaciones por parte de las autoridades de competencia.

98. Así, en primer lugar, para evitar que determinadas operaciones de concentración, como la adquisición de *startups* orientadas a frenar el desarrollo de un potencial competidor escapen al control de las autoridades de la competencia por no cumplir los umbrales de volumen de negocios o facturación, se ha planteado como solución a este problema la introducción de un umbral complementario, basado no en el volumen de negocios, sino en el valor de la transacción; respuesta adoptada en Alemania y Austria recientemente y que constituyó el objeto de la consulta pública lanzada por la Comisión en octubre de 2016, si bien, por el momento, el cambio de umbrales parece haber sido descartado.

99. En segundo lugar, se ha modificado recientemente el mecanismo de revisión del artículo 22 del Reglamento. Como presupuesto de aplicación de este mecanismo que permite a la Comisión el conocimiento de operaciones de concentración sin dimensión comunitaria, esta venía exigiendo que estas operaciones proyectadas sí superaran los umbrales de control nacionales. No obstante, esta interpretación será cambiada en 2021, con la publicación de una nueva Comunicación³³ orientada a incrementar el uso de este mecanismo para facilitar la detección de operaciones potencialmente anticompetitivas. Para hacer frente a esta situación, la Comisión ha reinterpretado el sistema de remisión, extendiéndolo a operaciones en las que los Estados miembros no tengan competencia inicial para conocer del asunto. Esta interpretación más flexible del artículo 22 del Reglamento ha sido avalada por el TGUE en una reciente sentencia de 13 de julio de 2022³⁴.

100. Igualmente, operando como medida complementaria, para poder facilitar la detección de estas operaciones en los mercados digitales, la DMA en su artículo 14 recoge la obligación de las empresas que tengan la consideración de guardianas de acceso o *gatekeepers*, de informar a la Comisión sobre las operaciones de concentración que pretendan llevar a cabo. Obligación que se establece con independencia de que la operación alcance los umbrales de notificación obligatorios o nacionales. Tras su recepción por parte de la Comisión, esta transmitirá toda la información a las autoridades competentes de los Estados miembros, que podrán utilizarla para solicitar a la Comisión el examen de la operación conforme al mecanismo -ahora reinterpretado- de reenvío del artículo 22 del Reglamento.

101. El debate abierto no se limita a la búsqueda de fórmulas que posibiliten el conocimiento de la operación, sino que, tiene un alcance mucho más amplio, extendiéndose a los criterios sustantivos de valoración, es decir, a la necesidad de revisión de los parámetros desde los que apreciar a existencia de un daño a la competencia.

³³ *Orientaciones sobre la aplicación del mecanismo de reenvío establecido en el artículo 22 del Reglamento de concentraciones a determinadas categorías de casos, Comunicación de la Comisión de 2021.* (2021/C 113/01).

³⁴ Sentencia TGUE en el asunto T-227/21 (*Illumina v Commission*) de 13 de julio de 2022.

102. Nos movemos aún en el terreno de las propuestas fruto del debate abierto sobre cuál ha de ser la evolución y papel del Derecho de la competencia, con carácter general y, en los mercados digitales en particular. Muchas de estas propuestas reflejan la necesidad de revisar los criterios de interpretación y aplicación de las normas, especialmente en relación a las operaciones no horizontales, reclamando la superación o puesta en cuestionamiento del estándar dominante no intervencionista junto con una vuelta al estructuralismo. De hecho, gran parte de las orientaciones en materia de valoración de concentraciones verticales o conglomerales lo que denuncian es la pretendida procompetitividad general de estas operaciones, reivindicando la necesidad de ponderar sus efectos en función del grado de concentración de los mercados o de la presencia en los mismos de efectos de red, que pueden incrementar su nocividad.

103. Además, en los mercados digitales es preciso tener en cuenta la habitual formación de ecosistemas y como la integración vertical puede dar lugar a conflictos de interés anticompetitivos y facilitar que una empresa dominante puede usar su dominio en un sector para avanzar en otra línea de negocios. Una forma de abordar la preocupación sobre la capacidad de una empresa para aprovechar los datos de forma cruzada es incluirlos expresamente en la revisión de la fusión. Podría tener sentido que las agencias revisaran automáticamente cualquier acuerdo que implique el intercambio de ciertas formas (o una cierta cantidad) de datos. Un enfoque más estricto de la integración vertical pondría límites profilácticos a las fusiones verticales por parte de plataformas que han alcanzado un cierto nivel de dominio. Adoptar este enfoque significaría prohibir que una empresa dominante ingrese a cualquier mercado en el que ya sirva como plataforma; en otras palabras, competir directamente con las empresas que dependen de ella.

104. Otras prescripciones de política atienden al riesgo de *killer acquisitions*, defendiendo el establecimiento de presunciones refutables para adquisiciones de rivales incipientes y potenciales vinculados a mercados altamente concentrados, incluidos los mercados aguas arriba o aguas abajo. La *Platform Competition and Opportunity Act* prohíbe a las grandes plataformas la adquisición de competidores potenciales o actuales.

105. Finalmente, en lo que inciden todas las propuestas es en la importancia de tener especialmente presente para valorar la anticompetitividad de una conducta posibles daños a la innovación más que su impacto en los precios o la producción³⁵.

6. Reflexiones finales: ¿superación del miedo al *break-up*?

106. El debate actual que opera sobre escenarios novedosos es, en realidad tan viejo como el propio Derecho de la competencia, enfrentando posturas más intervencionistas y planteamiento más liberales. La dificultad de llegar a un acuerdo se acentúa porque tampoco existe unanimidad -ni la ha existido históricamente- sobre los objetivos y finalidades que ha de cumplir el Derecho de la competencia. Gran parte de la polémica y discrepancias doctrinales respecto a las conductas de plataformas digitales y otros grandes operadores económicos derivan de la adopción de puntos de partida radicalmente distintos sobre el propio concepto y funciones de la competencia y, en consecuencia, sobre los objetivos exigibles al sector del ordenamiento jurídico encargado de protegerla: eficiencia económica, distribución más equitativa de la renta evitando transferencias de bienestar de los consumidores a los productores, libertad de elección de los consumidores, garantía del correcto desenvolvimiento de la democracia política, protección de la competencia sobre la base de los méritos empresariales, etc.

³⁵ Por ejemplo, aunque haya sido frenada en los tribunales, la FTC en su intento de parar la adquisición por parte de Meta de la empresa WITHIN, operador de Supernatural, una app de fitness de realidad virtual líder en el sector, alegaba fundamentalmente que esta operación podía sofocar la competencia y frenaría la innovación en el mercado dinámico y de rápido crecimiento de los mercados del fitness y de las aplicaciones de fitness de realidad virtual.

107. Pero es que, además, aún en el caso de que se adopte un enfoque principalmente económico del Derecho de la competencia, tampoco existe unanimidad sobre la determinación del modelo analítico más adecuado para valorar la incidencia de una práctica empresarial en la eficiencia económica, sucediéndose las teorías y los parámetros: incidencia inmediata en los niveles de precios o producción; lesión de estructuras, resultado, a corto o medio plazo...

108. Lo que sí parece evidente es que el debate, sobretodo en EE.UU., ha recuperado la preocupación por los abandonados y denostados criterios estructurales y la configuración de los mercados y el proceso competitivo, cambiando la percepción sobre la gran empresa. Retorna una idea que puede parecer en principio tautológica: “sin competidores no hay competencia”. Veremos si este cambio de rumbo (que, en realidad tampoco es nuevo, sino que la lucha contra la concentración privada de poder económico se ha sucedido a lo largo de la historia, se afianza o no. Los casos están en ciernes, hay una larga batalla judicial por delante y un más que probable escenario de lobbies en pro de las grandes empresas y en apoyo de posturas menos intervencionistas y mantenimiento del apego estricto al estándar de “restricción de la producción”. De hecho, en EE.UU. este estándar está bien asentado, y los intentos de cambio necesariamente tendrán que superar algunas barreras como jueces conservadores o un Congreso con, “hasta ahora” poca iniciativa en materia antitrust

109. En Europa, a mi juicio, la situación es distinta. Con altibajos se ha mantenido una visión de daño a la competencia más amplia o mediata, en un enfoque de carácter dinámico, más centrada en la protección del proceso competitivo en cuanto tal que en la obtención de un determinado resultado.

110. De mantenerse este enfoque estructural frente a las posiciones de poder de mercado, el diseño y ejecución de la política antitrust deberá prestar una especial atención a las estructuras y a las conductas susceptibles de anquilosarlas o afectarlas: sin duda, a los abusos excluyentes pero, de manera muy especial volviendo a un sector tradicionalmente muy permisivo, el control de las concentraciones entre empresas. Es necesario atender a los riesgos o peligros, no solo de las operaciones horizontales, sino también de las verticales, en las que está presente un riesgo de *foreclosure* y las conglomerales, que pueden alentar la formación de ecosistemas que faciliten prácticas discriminatorias o de *leveraging*.

111. Está empezando a cuestionarse -al menos, teóricamente- el que había sido uno de los grandes tabús del Derecho de la competencia, sobre todo desde los años ochenta, que ha motivado no solo la configuración preventiva del control de las concentraciones entre empresas, sino también la clara preferencia de los remedios de comportamiento sobre los remedios estructurales. La imposibilidad de desconcentración de los mercados, relativizándose las consecuencias, tanto financieras como jurídicas, que podrían derivarse de revertir operaciones de crecimiento externo empresarial.

112. Encontramos un paralelismo en los escenarios, separados por cincuenta años, en los que se dicta *Continental Can* y en los que se dicta *Towercast*. Ambos se caracterizan por la percepción de la existencia de un excesivo grado de concentración en los mercados.

113. *Continental Can* obedeció a la necesidad de dar respuesta a un problema percibido de estructuras... *Towercast* también.

La causa de exoneración de los riesgos por desarrollo en el nuevo paradigma digital*

The development risks in the digital era

GUILLEM IZQUIERDO GRAU
Universidad Autónoma de Barcelona
ORCID ID: 0000-0002-8755-4596

Recibido: 11.05.2023 / Aceptado: 31.05.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.8072

Resumen: Uno de los pilares sobre los cuales se asentó la legislación sobre responsabilidad por productos es la exoneración de responsabilidad del productor por los riesgos del desarrollo. En virtud de tal causa de exoneración de responsabilidad, el productor no responde de los daños causados al perjudicado si en el momento en que el producto fue puesto en circulación, el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía descubrir la existencia del defecto. La Propuesta de Directiva elaborada por la Comisión Europea, que fue publicada el día 28 de septiembre de 2022, sigue previendo en su artículo 10.1.e) la causa de exoneración por responsabilidad de los riesgos por desarrollo. A este particular, la Propuesta de Directiva dedica el considerando núm. 39 que introduce algunos requisitos para la apreciación de tal causa de exoneración de responsabilidad.

No obstante, a pesar de este reconocimiento, ¿tiene encaje esta causa de exoneración de responsabilidad del productor en el paradigma digital? ¿cómo puede aplicarse a los daños provocados por defectos en productos con elementos digitales que incorporan inteligencia artificial?

Palabras clave: riesgos por desarrollo, responsabilidad del productor, ciberseguridad, ciberresiliencia, vulnerabilidades, inteligencia artificial, bienes con elementos digitales.

Abstract: One of the pillars on which product liability law is based is the exemption of the producer from liability for development risks. According to this exemption from liability, the producer is not liable for the damage caused to the injured party if, at the time the product was put into circulation, the state of scientific and technical knowledge did not allow the existence of the defect to be discovered. The Proposal for a Directive drafted by the European Commission and published on 28 September 2022 continues to provide in article 10.1.e) for exoneration from liability for development risks. The Proposal for a Directive refers recital no. 39 to this particular issue, which introduces some requirements for the assessment of such a cause for exoneration from liability.

However, despite this recognition, does this cause of exoneration from producer liability fit into the digital paradigm, and how can it be applied to damage caused by defects in products with digital elements that incorporate artificial intelligence?

Keywords: State of the Art Defense, producer liability, cybersecurity, cybserresilience, vulnerabilities, artificial intelligence, goods with digital elements.

* El presente artículo se publica dentro del marco de las actividades del Proyecto I+D+i Conducción autónoma y seguridad jurídica del transporte / Autonomous Driving and legal certainty of transport. IP. Eliseo Sierra Noguero y resulta de la comunicación "Protección de los consumidores y responsabilidad del productor: la casa de exoneración de responsabilidad de ellos riesgos por desarrollo", presentada en el III congreso internacional. La tutela de los derechos en el entorno digital: hacia una transición basada en los derechos de la persona, celebrado en Valencia, los días 4 y 5 de mayo de 2023, cuyo director fue el Dr. José Juan Castelló Pastor.

Sumario: I. Introducción. II. Ámbito de aplicación de la Propuesta de Directiva sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos. 1. Concepto de producto. La consideración de la inteligencia artificial y el software como productos. III. ¿La causa de exoneración de responsabilidad por riesgos del desarrollo es aplicable a los daños causados por productos que incorporan inteligencia artificial? 1. La causa de exoneración de responsabilidad por riesgos del desarrollo. 2. Tratamiento de la cuestión en la Propuesta de Directiva. 3. ¿Realmente tiene sentido hablar de riesgos por desarrollo en productos que incorporan inteligencia artificial? A) La defectuosidad del producto. a) La capacidad de autoaprendizaje o self-learning. b) La seguridad. c) La ciberseguridad. IV. Conclusión.

I. Introducción

1. El Derecho privado se está adaptando al nuevo paradigma digital. Por ello, la Comisión europea ha iniciado la revisión de una de las Directivas más longevas: la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos¹. Habida cuenta de la irrupción de los bienes con elementos digitales y los sistemas de inteligencia artificial en el mercado, se han puesto de manifiesto la necesidad de adaptar, si eso fuera posible, los principios de la legislación europea sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos a la nueva realidad del paradigma digital.

2. Uno de los aspectos más problemáticos que plantea la transición hacia el nuevo paradigma digital es la causa de exoneración de responsabilidad del productor por los riesgos del desarrollo, en virtud de la cual el productor puede eximirse de responsabilidad si prueba que el estado de los conocimientos científicos y técnicos en el momento en que introdujo el producto en el mercado no permitían detectar el defecto. Dicha causa de exoneración de responsabilidad fue la reacción legislativa al caso de la talidomida, un tipo de medicamento que produjo graves malformaciones fetales a mujeres que lo injirieron cuando estaban embarazadas. Pensados para el contexto del paradigma analógico de hace cuarenta años, los riesgos por desarrollo deben seguir aplicándose en el momento actual, donde los bienes con elementos digitales y la inteligencia artificial van ganando cotas en el mercado.

3. La Propuesta de Directiva² que se hizo pública el día 28 de septiembre de 2022 se limita a incorporar la doctrina que sentó el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en torno a esta cuestión. Sin embargo, ello no aclara cuál será el ámbito de aplicación de los riesgos por desarrollo en el contexto actual. Por tanto, en este trabajo abordaremos la regulación de los riesgos por desarrollo tal y como se prevé en la Propuesta de Directiva y nos plantearemos cuál pueden operar antes los riesgos de la digitalización.

II. Ámbito de aplicación de la Propuesta de Directiva sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos

1. Concepto de producto. La consideración de la inteligencia artificial y el software como productos

4. El principal motivo por el cual es necesario adoptar una nueva directiva en la materia que nos ocupa es la necesidad de adaptar la nueva regulación a la complejidad de los productos que han irrumpido en el mercado: los llamados bienes con elementos digitales que pueden incorporar sistemas de inteligencia artificial. La particularidad de este tipo de bienes es que, por un lado, podemos distinguir el

¹ Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, DOCE núm. L 210, de 7 de agosto de 1985.

² COMISIÓN EUROPEA, “Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos”, Bruselas, COM(2022) 495 final 2022/0302 (COD).

bien mueble tangible (*hardware*) y, por otro lado, los elementos (contenidos y servicios) digitales³. Además, en la era digital no todos los productos son tangibles, sino que se han introducido en el mercado los productos o servicios digitales (sistemas operativos, programas de ordenador, aplicaciones o sistemas de inteligencia artificial) que no necesariamente se encuentran incorporados en un bien mueble tangible y que se pueden descargar e incorporar posteriormente en productos, fuera del ámbito de control del productor (considerando n.º 12 Propuesta de Directiva).

5. Son conocidos los problemas de encaje de este tipo de bienes dentro de la definición de producto de la aún vigente Directiva 85/374/CEE⁴. Es por ello que la Propuesta de Directiva pretende cerrar el debate doctrinal existente e incluir dentro del ámbito de aplicación de la futura norma el *software* y los servicios y contenidos digitales. En este sentido, el art. 4.1) de la Propuesta de Directiva define el concepto de producto de la siguiente forma: “*cualquier bien mueble, aun cuando esté incorporado a otro bien mueble o a un bien inmueble; por «producto» se entiende también la electricidad, los archivos de fabricación digital y los programas informáticos*”.

6. La definición de producto que incorpora la Propuesta de Directiva está inspirada en la definición contenida en la Directiva 85/374/CEE. El elemento nuclear de la nueva definición de producto es su carácter mueble, que puede estar incorporado en otro bien mueble o en un bien inmueble. Hasta aquí nada aporta de nuevo la definición de la Propuesta de Directiva. A continuación, la definición incorpora dos nuevos conceptos inexistentes en la definición de producto de la Directiva 85/374/CEE, además de la electricidad: los archivos o copias de fabricación digital (considerando n.º 14 Propuesta de Directiva) y el *software*.

7. A mi entender, la definición de producto que incorpora la Propuesta de Directiva es confusa porque juntamente con los bienes muebles, la definición incorpora determinados tipos de bienes que son intangibles. Hubiera sido deseable que la definición incluyera, por un lado, los bienes muebles, independientemente que incorporen elementos digitales o no y, por otro lado, los elementos digitales propiamente dichos (contenidos y servicios digitales), destacando la necesidad de que estos se encuentren incorporados o interconectados con bienes muebles tangibles, de tal forma que sin ellos el producto no podría realizar sus funciones. Además, para construir un sistema coherente y en armonía con las Directivas sobre falta de conformidad de los bienes y de los contenidos o servicios digitales, es decir, las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771 (*twin directives*), considero que sería deseable que en lugar de referirse al *software* se hiciera referencia a los servicios digitales y que estos se definieran por remisión a lo dispuesto en la Directiva (UE) 2019/770. De esta forma, el uso de los mismos conceptos dotaría de coherencia la legislación europea en materia de responsabilidad civil contractual y extracontractual⁵.

8. Del tenor literal del considerando n.º 12 de la Propuesta de Directiva también resulta que el sistema de inteligencia artificial o algoritmo tiene la consideración de programa informático (*software*) y, consecuentemente, de producto. Por tanto, el legislador europeo cierra uno de los debates⁶ más importantes que existía en torno a la Directiva 85/374/CEE, que no hacía referencia alguna a esta cuestión, por lo que la reforma es bienvenida. Se desprende del considerando n.º 12 Propuesta de Directiva que la Comisión Europea está pensando en programas informáticos que inicialmente pueden presentarse incorporados en productos, o bien en programas informáticos que son autónomos y se integran posteriormente en el producto. Es decir, lo que a tenor del considerando n.º 12 Propuesta de Directiva determina

³ Vid. Art. 2.1) y 2) Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019 relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales (en adelante, DCSD).

⁴ REPORT FROM THE EXPERT GROUP ON LIABILITY AND NEW TECHNOLOGIES, Liability for Artificial Intelligence and Other Emerging Digital Technologies, Luxemburgo, 2019, p. 28.

⁵ En el mismo sentido, vid. C. WANDEHORST, “Safety and Liability Related Aspects of Software”, European Commission, Luxemburgo, 2021, pp. 19-21.

⁶ Por todos, vid. K. A. CHAGAL-FEDERKORN, «Am I an Algorithm or a Product? When Products Liability Should Apply to Algorithmic Decision-Makers», *Stanford Law & Policy Review*, vol. 30, núm. 61, 2019, pp. 61-114.

la inclusión de los programas informáticos y de los sistemas de inteligencia artificial dentro del ámbito de aplicación de la Propuesta de Directiva es su incorporación o interconexión en productos.

9. Por su parte, el considerando n.º 15 Propuesta de Directiva se refiere a los servicios digitales. Ya hemos dicho que la Propuesta de Directiva no prevé una definición de servicio digital y nos hemos posicionado en el sentido que la futura directiva debería referirse tanto a los contenidos o servicios digitales por remisión a lo dispuesto en el art. 2 DCSD. A tenor de lo dispuesto en el considerando n.º 15 Propuesta de Directiva para el caso de los servicios digitales, el criterio de la incorporación o interconexión en productos tangibles es fundamental para aplicar a este tipo de productos las previsiones de la Propuesta de Directiva. A pesar de que el considerando n.º 15 Propuesta de Directiva declare que no debe aplicarse a los servicios digitales como tales, sí que es necesario extender sus efectos a los servicios digitales cuando estos estén incorporados o interconectados con productos, de tal forma que a falta de aquellos el producto no podría realizar sus funciones. Por tanto, a mi juicio, el criterio de la incorporación o interconexión del software y los servicios digitales en productos resulta determinante para que la Propuesta de Directiva sea aplicable a los daños causados por productos intangibles.

III. ¿La causa de exoneración de responsabilidad por riesgos del desarrollo es aplicable a los daños causados por productos que incorporan inteligencia artificial?

1. La causa de exoneración de responsabilidad por riesgos del desarrollo

11. Cuando hablamos de riesgos por desarrollo, hacemos referencia a los riesgos que entraña un defecto de producto que en el momento en que es puesto en circulación la ciencia y la tecnología no son capaces de detectar⁷.

12. El art. 7.e) Directiva 85/374/CEE prevé la causa de exoneración de responsabilidad del productor por los riesgos del desarrollo. Para comprender el alcance y el ámbito de dicha causa de exoneración de responsabilidad tenemos que remontarnos al origen de la institución para comprobar que fue una reacción legislativa para limitar la responsabilidad de los fabricantes de productos farmacéuticos que producían daños corporales o a la salud de las personas⁸.

13. Previamente a la adopción de la Directiva 85/374/CEE se publicaron dos propuestas de directiva que trataron de forma distinta esta cuestión, hecho que refleja el debate que existió entre los Estados miembros. El proyecto de directiva de 9 de septiembre de 1976 responsabilizaba al fabricante por los daños causados, a pesar de que en el momento de la comercialización del producto, la ciencia y la técnica existentes en aquel momento no podían detectar el defecto⁹. Tres años más tarde, el Parlamento Europeo propuso introducir una excepción para limitar la regla anterior, en el sentido de exonerar de responsabilidad al fabricante si podía demostrar que el defecto no era detectable en el momento de la comercialización del producto según el estado de la ciencia y de la técnica¹⁰. El cambio ope-

⁷ Por todos, *vid.* P. SALVADOR CODERCH / J. SOLÉ FELIU, *Brujos y aprendices: los riesgos por desarrollo en la responsabilidad de producto*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 29. P. SALVADOR CODERCH / A. RUBÍ PUIG, «Riesgos de desarrollo y evaluación judicial del carácter científico de dictámenes periciales», *Indret*, núm. 1, 2008, p. 5.

⁸ P. SALVADOR CODERCH / A. RUBÍ PUIG, «Riesgos de desarrollo y evaluación judicial»..., *op.cit.*, p. 6-8. Son conocidos los efectos que tuvo el fármaco talidomida en Alemania. En este país nacieron 4.000 personas afectadas por embriopatías relacionadas con la ingestión de aquel fármaco por mujeres embarazadas. La reacción legislativa fue la aprobación de la Ley del Medicamento de 1976, que preveía por primera vez la responsabilidad por riesgos del desarrollo.

⁹ DOCE núm. 241, de 14 de octubre de 1976. “*Le fabricant est également responsable, même si la chose en fonction du développement scientifique et technologique prévalant au moment ou il l’a mise en circulation n’a pu être considérée comme defectueuse.*”

¹⁰ DOCE núm. 127, de 21 de mayo de 1979. “*Le fabricant n’est pas responsable s’il apporte la preuve que la chose ne peut être considérée comme defectueuse en fonction du l’état de développement scientifique et de la technologie prévalant au moment de sa mise en circulation.*”

rado en el texto del proyecto de directiva produjo tensiones entre los Estados miembros y, finalmente, la versión definitiva del proyecto recuperaba la propuesta original de no limitar la responsabilidad de los fabricantes por los riesgos del desarrollo. Fruto, por tanto, de las tensiones existentes entre los Estados miembros, el texto final de los arts. 7.e) y 15.1.b) de la Directiva 85/374/CE adopta una solución que permita satisfacer los intereses de los Estados miembros:

14. Art. 7.e) Directiva 85/374/CEE: *“En aplicación de la presente Directiva, el productor no será responsable si prueba:*

[...]

e) o que, en el momento en que el producto fue puesto en circulación, el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía descubrir la existencia del defecto;”

Art. 15.1.b) Directiva 85/374/CEE: “no obstante lo previsto en la letra e) del artículo 7, mantener o, sin perjuicio del procedimiento definido en el apartado 2 del presente artículo, disponer en su legislación que el productor sea responsable incluso si demostrara que, en el momento en que él puso el producto en circulación, el estado de los conocimientos técnicos y científicos no permitía detectar la existencia del defecto.”

16. Vemos, pues, que la causa de exoneración de responsabilidad por riesgos del desarrollo ha sido desde su origen muy controvertida y que fue una reacción ante los daños causados a la salud por medicamentos que en el momento en que fueron puestos en circulación la ciencia y la tecnología no fueron capaces de detectar y prevenir el daño.

2. Tratamiento de la cuestión en la Propuesta de Directiva

17. Como he apuntado anteriormente, el día 28 de septiembre de 2022 la Comisión Europea publicó una propuesta de directiva que constituye la base del debate que tendrá lugar en el procedimiento legislativo ordinario y que culminará con la adopción de una nueva directiva que derogará la aún vigente Directiva 85/374/CEE. El documento explica que durante el proceso previo de consulta pública la mayor parte de partes interesadas mostró su oposición a la supresión de la causa de exoneración de responsabilidad de los riesgos por desarrollo¹¹. Ello me parece comprensible, habida cuenta que la futura directiva se aplicará tanto a los daños provocados por un bien mueble tangible defectuoso y la electricidad, que son propiamente los productos que entran dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 85/374/CEE, o bien un software o sistema de inteligencia artificial y los contenidos digitales, que tienen la consideración de producto en la Propuesta de Directiva.

18. Entrando en el análisis de la Propuesta de Directiva, la atención que dedica a los riesgos por desarrollo es más bien escasa y encontramos una primera referencia en el considerando núm. 39: *“En aras de un reparto equitativo de los riesgos, los fabricantes también deben quedar exentos de responsabilidad si demuestran que el estado de los conocimientos científicos y técnicos, determinado con referencia al nivel más avanzado de conocimiento objetivo accesible y no al conocimiento efectivo del fabricante en cuestión, mientras que el producto estaba bajo su control, era tal que no podía descubrirse la existencia de un defecto.”* El considerando comentado, por tanto, incorpora la doctrina que dictó el TJCE en el caso C-300/95, de 29 de mayo de 1997, que declaró que el estado de los conocimientos científicos y técnicos del art. 7.e) de la Directiva 85/374/CEE debía valorarse objetivamente, prescindiendo de las características del productor¹². Además, el conocimiento científico y tecnológico debe ser accesible para la comunidad científica.

¹¹ El proceso de consulta pública puede consultarse en https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12979-Directiva-sobre-responsabilidad-por-los-danos-causados-por-productos-defectuosos-Adaptacion-de-las-normas-de-responsabilidad-a-la-era-digital-la-economia-circular-y-las-cadenas-de-valor-mundiales_es (consulta realizada el día 12 de abril de 2023).

¹² STJUE C-300/95, de 29 de mayo de 1997. *“(29) De todo lo anterior se deduce que, para poder exonerarse de su responsabilidad, con arreglo a la letra e) del artículo 7 de la Directiva, el fabricante de un producto defectuoso debe acreditar que el estado objetivo de los conocimientos científicos y técnicos, incluido su nivel más avanzado, en el momento de ponerse en circulación el producto de que se trata, no permitía descubrir el defecto de éste.”*

19. Posteriormente, la Propuesta de Directiva dedica su art. 10 a la regulación de las causas de exoneración de responsabilidad y prevé la de los riesgos del desarrollo en el art. 10.e): “*en el caso de un fabricante, que el estado objetivo de los conocimientos científicos y técnicos en el momento en que el producto fue introducido en el mercado, puesto en servicio o en el período en el que el producto estaba bajo el control del fabricante no permitía descubrir el carácter defectuoso*”. Como puede verse, el precepto incorpora las ideas que se expresan en el considerando núm. 39 de la Propuesta de Directiva.

20. La principal novedad que debe destacarse es que desaparece la posibilidad que tenían los Estados miembros, en virtud de lo dispuesto en el art. 15.1.b) Directiva 85/374/CEE de eliminar la posibilidad de que los fabricantes se excusaran su responsabilidad alegando los riesgos del desarrollo, algo que hizo España con los defectos en los medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano (art. 140.3 TRLGDCU). Es decir, habida cuenta del carácter de armonización máxima de la Propuesta de Directiva, no habrá determinados defectos de producto que impidan excusar la responsabilidad alegando los riesgos por desarrollo y, por tanto, los fabricantes podrán acogerse a esta causa de exoneración si se cumplen los presupuestos de su exigibilidad.

3. ¿Realmente tiene sentido hablar de riesgos del desarrollo en productos que incorporan inteligencia artificial?

21. Con anterioridad a la publicación de la Propuesta de Directiva el pasado 28 de septiembre de 2022, la Comisión Europea y la doctrina se plantearon la conveniencia de mantener o suprimir la causa de exoneración de responsabilidad de los riesgos por desarrollo en los defectos de producto¹³. Finalmente, la Propuesta de Directiva reconoce dicha causa de exoneración de responsabilidad en el art. 10.e), pero ¿realmente el productor debe poder alegar esta causa de exoneración de responsabilidad ante los riesgos de la digitalización? Hasta el momento ha habido aportaciones de algunos autores en el sentido de reclamar que los riesgos por desarrollo se interpreten a la luz de la nueva realidad, es decir, teniendo en cuenta la mayor facilidad que existe actualmente para acceder a los conocimientos científicos y técnicos más avanzados (considerando núm. 39 de la Propuesta de Directiva)¹⁴. No obstante, a pesar de tales aportaciones, pocos se han pronunciado sobre la aplicación de la causa de exoneración de los riesgos por los riesgos de la digitalización.

22. En el ámbito de la conducción autónoma, algún autor ha defendido que los riesgos por desarrollo son clave en los daños causados por la inteligencia artificial: “*Since AV are technological advanced products, the state-of-the-art defence [Art. 7(e)] is expected to play a key role, despite the very high requirements for its establishment. This will have special importance in the case of learning algorithms, which might prove to be inadequate and lead to avoidable accidents. A cost-benefit analysis should be undertaken in which various factors are taken into account, such as the seriousness and the probability of risks, the*

¹³ Según la exposición de motivos de la Propuesta de Directiva, la mayoría de organizaciones de consumidores y de empresarios se opusieron a la supresión de la causa de exoneración. No obstante, entre la doctrina hubo más división. En este sentido, *vid.* M. NAVARRO-MICHEL, «Vehículos automatizados y responsabilidad por producto defectuoso», *Revista de Derecho civil*, núm. 5, 2020, p. 215. P. ÁLVAREZ OLALLA, “Responsabilidad civil en la circulación de vehículos autónomos”, en E. MONTEROSSO CASADO (Dir.), y A. MUÑOZ VILLARREAL (Coord.), *Inteligencia artificial y riesgos cibernéticos. Responsabilidades y aseguramiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 160. R. DE BRUIN, «Autonomous Intelligent Cars on the European Intersection of Liability and Privacy Regulatory Challenges and the Road Ahead», *European Journal of Risk Regulation*, vol. 7, núm. 3, 2016, p. 491. M. F. LOHMANN, «Liability Issues Concerning Self-Driving Vehicles», *European Journal of Risk Regulation*, vol. 7, núm. 2, 2016, p. 339.

¹⁴ B. A. KOCH, J-S. BORGHETTI, P. MACHNIKOWSKI, P. PICHONNAZ, T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, C. TWIGG-FLESNER y C. WANDEHORST, “Response of the European Law Institute. European Commission’s Public Consultation on Civil Liability. Adapting Liability Rules to the Digital Age and Artificial Intelligence”, Viena, European Law Institute, 2022, p. 20. Disponible en: https://europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/Public_Consultation_on_Civil_Liability.pdf. M. MARTÍN-CASALS, «An approach to some EU initiatives on the regulation of Liability for damage caused by AI-systems», *Revista Ius et Praxis*, núm. 2, 2022, p. 18.

expected benefits from the use of the product, the cost and feasibility of constructing a safer product; however, regarding personal injuries the risks have to be minimal.”¹⁵ A mi modo de ver, el párrafo transcrito demuestra las dificultades que existen en aras a establecer la diferencia entre las causas de exoneración de responsabilidad, en nuestro caso los riesgos por desarrollo, y el carácter defectuoso del algoritmo. Los autores vinculan los riesgos por desarrollo con los daños que causen los algoritmos como consecuencia de su incapacidad para evitar accidentes, es decir, cuando ejecutan órdenes incorrectamente que deriven en un accidente, la probabilidad del riesgo inherente al producto, etc. Pasamos, por tanto, a examinar las circunstancias que determinan que un producto sea defectuoso a la luz de la Propuesta de Directiva.

A) La defectuosidad del producto

23. Para que un productor pueda eximirse de su responsabilidad, previamente debe haber introducido en el mercado un producto y que este se revele defectuoso según las circunstancias del art. 6 de la Propuesta de Directiva. Es decir, la defectuosidad del producto y consiguientemente la producción del daño es una condición previa para que el producto pueda eximirse su responsabilidad si concurre alguna de las causas previstas a tal efecto.

24. Para valorar el carácter defectuoso del producto, la Propuesta de Directiva adopta el criterio de las expectativas del público general (*Consumer Expectation Test*) referidas a la seguridad del producto que tiene derecho a esperar. Para interpretar dicho artículo, el considerando n.º 22 Propuesta de Directiva establece algunas pautas: 1) Las expectativas de los consumidores se refieren a la seguridad del producto que se espera por el público general; 2) La seguridad que se espera de un producto por el público general debe medirse objetivamente y, 3) La seguridad deberá enjuiciarse teniendo en cuenta la finalidad y las propiedades del producto, sus características objetivas y las necesidades específicas del grupo de usuarios. A continuación, el considerando n.º 22 Propuesta de Directiva contiene una previsión que considero sumamente relevante y que nos sirve para introducir el epígrafe que sigue: “*Algunos productos, como los productos sanitarios de soporte vital, conllevan un riesgo especialmente elevado de daños para las personas y, por lo tanto, generan unas expectativas de seguridad especialmente elevadas.*” A tenor de tal previsión, nos podemos plantear si a más riesgo que lleva implícito el producto las expectativas del público en general son más elevadas, hasta el punto de no admitir el error del algoritmo o sistema de inteligencia artificial (nivel experto). De esta forma, si el riesgo implícito en el producto fuera menor, las expectativas del público general no deberían ser tan elevadas (nivel medio).

25. A mi juicio, en el ámbito de los productos con elementos digitales y de los sistemas de inteligencia artificial las expectativas de seguridad del público en general son especialmente elevadas, habida cuenta de los riesgos que entrañan para la seguridad y la vida en general. Por tanto, el criterio adoptado por la Propuesta de Directiva no es nuevo y, en el estado actual de las cosas, hay quien sugiere la adopción del test “riesgo-utilidad (*risk/utility-test*)” para determinar el carácter defectuoso del diseño de un sistema de inteligencia artificial, en lugar del *Consumer Expectation Test* que acoge la Propuesta de Directiva. Según este criterio existe un defecto en un producto cuando se podría haber reducido o evitado el daño con un diseño alternativo con un coste razonable, prescindiendo, por tanto, de las expectativas razonables de los usuarios que pueden ser ilusorias cuando se trata de sistemas de inteligencia artificial. Aplicando este criterio a un sistema de inteligencia artificial como el que incorpora un vehículo autónomo, existirá un defecto en el sistema si existe en el mercado un sistema inteligente alternativo capaz de reducir o evitar el daño a un menor coste¹⁶.

¹⁵ M. CHATZIPANAGIOTIS / G. LELOUDAS, «Automated vehicles and third-party liability: A European perspective», *University of Illinois Journal of Law, Technology & Policy* 2020, p. 127.

¹⁶ G. WAGNER, “Robot Liability”, en H. EIDENMÜLLER / G. WAGNER, *Law by Algorithm*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2021, p. 86-88. G. VELDT, «The New Product Liability Proposal – Fit for the Digital Age or in Need of Shaping Up? An Analysis of the Draft Product Liability Directive», *Journal of European Consumer and market Law*, núm. 1, 2023, p. 26.

26. Si analizamos el art. 6 de la Propuesta de Directiva veremos que existen nuevas circunstancias para valorar la defectuosidad de un producto que se refieren, fundamentalmente, a productos con elementos digitales que incorporan algoritmos o sistemas de inteligencia artificial.

a) La capacidad de autoaprendizaje o *self-learning*

27. En primer lugar, el art. 6.c) de la Propuesta de Directiva se refiere al “*efecto en el producto de la posibilidad de seguir aprendiendo después del despliegue*”. Centrándonos, por tanto, en la circunstancia del art. 6.c) de la Propuesta de Directiva, la primera conclusión a la que llegamos es que el legislador europeo ha previsto, como circunstancia reveladora del carácter defectuoso de un producto el efecto del aprendizaje o *self-learning* del sistema de inteligencia artificial.

28. Para la mejor comprensión de cómo funciona la capacidad de autoaprendizaje de los productos continuaré explicándolo tomando como referencia los vehículos autónomos. Estos están formados por dos grandes elementos: por un lado, el bien mueble propiamente dicho y tangible y, por otro lado, el *software*, conformado, a su vez, por la tecnología de inteligencia artificial (*machine learning*) y la programación para la ejecución de reglas, tareas y reconocimiento de símbolos. Asimismo, el sistema de inteligencia artificial que incorpora un vehículo autónomo es capaz de realizar cuatro grandes funciones. En primer lugar, observa y analiza sus propios datos que constituyen el *machine learning*. En segundo lugar, como consecuencia del análisis previo de datos, estos bienes son capaces de orientar al usuario sobre la mejor alternativa posible. En tercer lugar, el mismo sistema puede decidir entre todas las alternativas posibles y, finalmente, es capaz de ejecutarla. Por tanto, el vehículo autónomo es un bien dotado con una inteligencia artificial limitada. El vehículo deberá adoptar una decisión basada en el *machine learning* que incorpora y que va evolucionando con la experiencia del propio vehículo y de los demás vehículos autónomos del parque automovilístico (art. 6.1.c) Propuesta de Directiva.

29. El hecho que el sistema de inteligencia artificial del vehículo autónomo esté conformado por datos que van generándose durante la conducción del vehículo y de los demás que se han generado por otros vehículos que se encuentran en el parque automovilístico con quienes está en contacto, dificulta que un productor pueda alegar la causa de exoneración de responsabilidad de los riesgos por desarrollo. Ante una situación nueva y crítica, el vehículo autónomo tomará la decisión que sea más razonable de acuerdo con la experiencia de todos los vehículos autónomos. Por tanto, en tanto que la decisión del vehículo autónomo se fundamenta de un sistema de almacenamiento de datos, la previsibilidad de la decisión del vehículo autónomo aumenta, por lo que no queda justificada la exoneración de la responsabilidad del productor de vehículos autónomos¹⁷. En consecuencia, la inteligencia artificial del vehículo autónomo deja poco margen para la imprevisibilidad y, en todo caso, la imprevisibilidad estará limitada por la experiencia de usuario. Ello hace que sea más difícil para el productor de vehículos autónomos tratar de eximirse de responsabilidad alegando el carácter defectuoso de la decisión tomada por el vehículo autónomo y que, por tanto, siga respondiendo por los daños causados.

30. Otro aspecto que tenemos que tener en cuenta es que la Propuesta de Directiva sigue previendo que no cabe considerar un producto como defectuoso si se actualiza o mejora después de haber sido introducido en el mercado. Los considerandos núm. 37 y 38 de la Propuesta de Directiva hacen referencia a esta cuestión que también se recoge en el art. 6.2 de la Propuesta de Directiva. Por tanto, si el software del vehículo autónomo se actualiza una vez ya ha sido introducido en el mercado y es capaz

¹⁷ S. VAN UYTSEL/VAN UYTSEL, “Different Liability Regimes for Autonomous Vehicles: One Preferable Above the Other?”, en S. VAN UYTSEL / D. VASCONCELLOS VARGAS (eds.), *Autonomous Vehicles. Business, Technology and Law*, Springer, Singapore, 2021, p. 77. H. YEEFEN LIM, *Autonomous Vehicles and the Law*, Edward Elgar Publishing, Singapore, pp. 92-98. J-S. BORGHETTI *et al*, «Relevance of Risk-benefit for Assessing Defectiveness of a Product: A Comparative Study of Thirteen European Legal Systems», *European Review of private Law*, núm. 1, 2021, pp. 91-132.

de mejorar sus funciones, el vehículo no será defectuoso. Con esto quiero decir que es previsible y deseable que la tecnología siga evolucionando en el futuro, por lo que, en mi opinión, es extremadamente complicado que el productor pueda excusarse en los riesgos del desarrollo.

31. Asimismo, la razonabilidad¹⁸ de la decisión tomada por el vehículo autónomo basada en el algoritmo y el *machine learning* de evitar un comportamiento peligroso no debe ser, tampoco, una causa que permita acudir a la protección que dispensan los riesgos por desarrollo. La causa de exoneración de responsabilidad por riesgos de desarrollo se fundamenta en la imposibilidad de reconocer un defecto en un producto por el estado de los conocimientos científicos y técnicos (*state of art*) en un momento determinado, pero no en la razonabilidad de la decisión tomada por un producto con inteligencia artificial porque, como se ha expuesto, su decisión es predecible, aunque no necesariamente razonable.

b) La seguridad

32. Para determinar el carácter defectuoso de un producto en cuanto al cumplimiento de las condiciones de seguridad, el considerando núm. 22 adopta el criterio de las expectativas razonables del público en general *consumer expectations test*. En virtud de dicho criterio, cuando un consumidor adquiere un producto, espera que cumpla ciertas funciones, características o propiedades y, asimismo, también espera que el producto adquirido no conlleve otras circunstancias impropias o no deseadas. Este análisis debe realizarse objetivamente y teniendo en cuenta el público en general, prescindiendo, por tanto, de las legítimas expectativas de un consumidor. Esto no es una novedad, toda vez que es el criterio que adopta el art. 6 de la Directiva 85/374/CEE para determinar el carácter defectuoso de un producto.

33. La novedad radica en lo prevenido en el considerando núm. 24 de la Propuesta de Directiva que obliga a tener en cuenta los requisitos de seguridad y de ciberseguridad de los productos en el análisis del carácter defectuoso del producto, una circunstancia que no aparece recogida expresamente en el art. 6 Directiva 85/374/CE. Esta circunstancia para determinar el carácter defectuoso del producto aparece en el art. 6.1.f) de la Propuesta de Directiva. De acuerdo con dicho precepto, el cumplimiento de los requisitos de seguridad y ciberseguridad del producto influyen en su consideración de producto defectuoso.

34. Procedemos a realizar el análisis de esta circunstancia para determinar un producto como defectuoso, diferenciando la legislación aplicable en función de si el producto incorpora inteligencia artificial o no, habida cuenta de las diferentes políticas de la Unión en el ámbito de la seguridad de los productos.

a) Productos que no incorporan sistemas de inteligencia artificial

35. En el estado actual de las cosas, debemos hacer referencia a la Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de diciembre de 2001, relativa a la seguridad general de los productos, en adelante DSGP¹⁹. El art. 2.b) DSGP contiene la definición de producto seguro: “producto seguro”:

¹⁸ Sobre la razonabilidad de la decisión tomada por un algoritmo, *vid.* K. A. CHAGAL-FEDERKORN, «How Can I Tell If My Algorithm Was Reasonable?», *Michigan Technology Law Review*, núm. 213, 2021, pp. 256-258. La autora propone un método para valorar la razonabilidad de la decisión tomada por un algoritmo. En primer lugar, debemos comparar la decisión tomada por el algoritmo ante unas circunstancias determinadas con la decisión que habría tomado una persona actuando con un canon de diligencia medio (art. 1094 CC). Un resultado positivo en el primer examen no es suficiente para valorar positivamente la razonabilidad de la decisión tomada por el algoritmo. Posteriormente, debe confrontarse la decisión del algoritmo con la decisión que habría tomado el programador o el fabricante del producto con inteligencia artificial. Solo si el resultado es positivo en los dos exámenes, la decisión del algoritmo es racional. Por tanto, a pesar de que el vehículo autónomo haya causado un daño después de haber observado las circunstancias, decidir la mejor alternativa y de ejecutar la decisión, la decisión no tiene que ser necesariamente irrazonable.

¹⁹ Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de diciembre de 2001, relativa a la seguridad general de los productos, DOCE núm. 11, de 15 de enero de 2002.

“cualquier producto que, en condiciones de utilización normales o razonablemente previsibles, incluidas las condiciones de duración y, si procede, de puesta en servicio, instalación y de mantenimiento, no presente riesgo alguno o únicamente riesgos mínimos, compatibles con el uso del producto y considerados admisibles dentro del respeto de un nivel elevado de protección de la salud y de la seguridad de las personas, habida cuenta, en particular, de los siguientes elementos:

- i) características del producto, entre ellas su composición, envase, instrucciones de montaje y, si procede, instalación y mantenimiento,*
- ii) efecto sobre otros productos cuando razonablemente se pueda prever la utilización del primero junto con los segundos,*
- iii) presentación del producto, etiquetado, posibles avisos e instrucciones de uso y eliminación, así como cualquier otra indicación o información relativa al producto,*
- iv) categorías de consumidores que estén en condiciones de riesgo en la utilización del producto, en particular los niños y las personas mayores.”*

36. A la vista de esta definición, existen dos conceptos para determinar que un producto es seguro. Por un lado, el concepto estricto de producto seguro se refiere a que el producto no presenta riesgos o únicamente riesgos mínimos. La DSGP contiene una definición de “riesgo grave” que no aclara qué debemos entender por riesgo: *“todo riesgo grave, incluidos aquellos cuyos efectos no son inmediatos, que exija una intervención rápida de las autoridades públicas”*. No obstante, actualmente se encuentra siguiendo los trámites del procedimiento legislativo ordinario la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la seguridad general de los productos, por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 1025/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 87/357/CEE del Consejo y la Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, en adelante, RSGP²⁰, que sí que contiene nuevas definiciones de los conceptos de “producto seguro”; “riesgo” y de “riesgo grave”:

“2. «producto seguro»: todo producto que, en condiciones de utilización normales o razonablemente previsibles, incluidas las condiciones de duración y, si procede, de puesta en servicio, instalación y mantenimiento, no presente riesgo alguno o únicamente riesgos mínimos, compatibles con el uso del producto y considerados admisibles dentro del respeto de un nivel elevado de protección de la salud y de la seguridad de las personas

4. «riesgo»: la combinación de la probabilidad de que exista un peligro que cause un daño o perjuicio y la gravedad de ese daño o perjuicio;

5. «riesgo grave»: un riesgo para el que, sobre la base de una evaluación del riesgo y teniendo en cuenta el uso normal y previsible del producto, se considere que la combinación de la probabilidad de que se produzca un peligro que cause un daño o perjuicio y su gravedad requiera una rápida intervención de las autoridades de vigilancia del mercado, incluidos los casos en que el riesgo no tenga efectos inmediatos;”

37. La nueva definición de producto seguro del RSGP no aporta grandes novedades respecto de la definición sobre este mismo concepto contenida en la DSGP. Sin embargo, las principales novedades se encuentran en las definiciones de “riesgo” y de “riesgo grave”. Ambos conceptos pivotan sobre la combinación de probabilidad de que exista o de que se produzca un peligro como consecuencia del uso normal y previsible del producto. Por tanto, tanto la DSGP como la propuesta RSGP reconocen que el riesgo inexistente en un producto es prácticamente imposible de conseguir, por esto admiten que la seguridad pasa por tolerar los riesgos mínimos.

38. Por otro lado, el concepto amplio de producto seguro alude al cumplimiento de los requisitos mínimos de protección de salud y de seguridad. Los requisitos mínimos de protección de la salud y de la seguridad tienen un carácter generalista y de mínimos, en el sentido que todos los productos que se introduzcan en el mercado deberán cumplirlos. Por tanto, si un producto supera los requisitos mínimos de

²⁰ COMISIÓN EUROPEA, “Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la seguridad general de los productos, por el que se modifica el Reglamento (UE) núm. 1025/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 87/357/CEE del Consejo y la Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo”, Bruselas, COM(2021) 346 final.

protección de la salud y la seguridad, podrá ser introducido en el mercado y ponerse al alcance de los particulares y los consumidores.

39. De todo lo anterior podemos extraer la conclusión que no por el hecho de que un producto sea seguro implica que no pueda ser defectuoso, bien sea porque el producto no tenga asociado ningún riesgo -supuesto prácticamente imposible-, o bien porque aun presentando riesgos, estos son mínimos y no impiden que el producto no supere los requisitos mínimos de protección de la salud y la seguridad y una vez en el mercado se revele defectuoso²¹.

b) Productos que incorporan sistemas de inteligencia artificial

40. El legislador europeo es consciente de la importancia que han adquirido los productos que integran sistemas de inteligencia artificial y de cómo dichos sistemas afectan a la seguridad de los productos en general. Es por ello que debemos detenernos en el análisis de la propuesta de RSGP en lo que se refiere a su posible afectación a otras normas y políticas de la Unión. En este sentido, podemos leer en la exposición de motivos que: *“La propuesta legislativa sobre inteligencia artificial (IA) establece normas armonizadas para la introducción en el mercado, la puesta en servicio y el uso de sistemas de inteligencia artificial en la UE. Las normas deben garantizar un nivel elevado de protección de los intereses públicos, especialmente en materia de salud y seguridad, y de los derechos y libertades fundamentales de las personas. Establece requisitos específicos que deben cumplir los sistemas de IA de alto riesgo e impone obligaciones a los proveedores y usuarios de dichos sistemas.*

La presente propuesta tiene en cuenta estas disposiciones y proporciona una red de seguridad para los productos y los riesgos para la salud y la seguridad de los consumidores que no entran en el ámbito de aplicación de la propuesta sobre la IA.²²”

41. Por tanto, el legislador europeo quiere regular la seguridad de los productos que incorporan sistemas de inteligencia artificial de forma unitaria, por lo que la legislación europea sobre inteligencia artificial funcionará como legislación sectorial, estableciendo los requisitos de seguridad aplicables a la inteligencia artificial y, por consiguiente, de adoptarse la propuesta de RSGP en los términos actuales, el futuro RSGP tendrá un alcance general y resultará aplicable a los productos no cubiertos por otra legislación sectorial de la UE. En consecuencia, debemos hacer referencia, también, a la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos de la Unión²³.

42. De acuerdo con la definición de “sistema de inteligencia artificial” que incorpora la Ley de Inteligencia Artificial, este puede definirse como *“el software que se desarrolla empleando una o varias de las técnicas y estrategias [...] y que puede, para un conjunto determinado de objetivos definidos por seres humanos, generar información de salida como contenidos, predicciones, recomendaciones o decisiones que influyan en los entornos con los que interactúa.”* La inteligencia artificial puede generar un amplio conjunto de beneficios económicos y sociales, pero también puede generar riesgos y lesionar determinados intereses públicos (considerandos núm. 3 y 4 Ley de Inteligencia Artificial). No obstante, no aparece una definición de “riesgo” en la Ley de Inteligencia Artificial, pero puede deducirse que se

²¹ C. A., RUIZ GARCIA / I. MARÍN GARCIA, «Producto inseguro y producto defectuoso. Conceptos de producto peligroso, producto seguro y producto defectuoso en la Directiva 2001/95, el Real Decreto 1801/2003 y la Ley 22/1994», *Indret*, núm. 4, 2006, p. 1-20.

²² COMISIÓN EUROPEA, “Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la seguridad general de los productos, por el que se modifica el Reglamento (UE) núm. 1025/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 87/357/CEE del Consejo y la Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo”, Bruselas, COM(2021) 346 final.

²³ COMISIÓN EUROPEA, “Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos de la Unión”, Bruselas, COM(2021) 206 final. 2021/0106(COD).

trata de los riesgos propios o implícitos de dicha tecnología. En ningún momento se hace referencia a los riesgos por desarrollo aplicables a la inteligencia artificial.

43. La Ley de Inteligencia Artificial se pone énfasis en los sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo, que son aquellos que tienen tal consideración según el anexo II que incorpora la Ley de Inteligencia Artificial y, para estos sistemas, se implantará un sistema de gestión de riesgos que consistirá en un proceso iterativo continuo que se llevará a cabo durante todo el ciclo de vida de un sistema de inteligencia artificial de alto riesgo y que identificará “los riesgos conocidos y previsibles” vinculados a un sistema de inteligencia artificial de alto riesgo, estimará y evaluará los riesgos que podrían seguir cuando el sistema de inteligencia artificial de alto riesgo se utilice conforme a su finalidad prevista y cuando de le dé un uso indebido razonablemente previsible y se evaluarán otros riesgos que puedan seguir a partir del análisis de los datos recogidos con el sistema de seguimiento posterior a la comercialización.

44. Por tanto, la Ley de Inteligencia Artificial mide los riesgos de los sistemas de inteligencia artificial en el presente (riesgos conocidos) y en el futuro (riesgos previsibles y riesgos que puedan seguir). Esto encaja mal con el concepto propio de los riesgos por desarrollo, que atiende al estado futuro de la ciencia y la tecnología para valorar si cuando se introdujo un producto en el mercado, el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en aquel momento permitían detectar el defecto del producto. Lo mismo podemos decir respecto de la concepción del riesgo en la DSGP y la propuesta de RSGP.

C) La ciberseguridad

45. De acuerdo con el art. 6.1.f) de la Propuesta de Directiva, el carácter defectuoso de un producto también debe valorarse conforme al cumplimiento de los requisitos mínimos de ciberseguridad (considerando núm. 23 de la Propuesta de Directiva). A este respecto, hay que destacar la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los requisitos horizontales de ciberseguridad para los productos con elementos digitales²⁴, la llamada Propuesta Reglamento de ciberresiliencia²⁵. Los considerandos de esta propuesta de reglamento aluden a la necesidad de mejorar el funcionamiento del mercado interior mediante el establecimiento de unos requisitos esenciales de ciberseguridad para la introducción en el mercado de productos con elementos digitales, de tal forma que estos productos sean puestos en circulación con menos vulnerabilidades y, por lo tanto, aumentando su seguridad (considerandos núm. 1 y 2 Propuesta de Reglamento sobre ciberresiliencia). Asimismo, los requisitos mínimos de ciberseguridad de los productos con elementos digitales que fija la Propuesta de Reglamento constituyen un marco regulador horizontal, aplicable a todos los productos con elementos digitales (considerandos núm. 4 y 6 Propuesta de Reglamento sobre ciberresiliencia). Por tanto, la Propuesta de Reglamento sobre ciberresiliencia tiene un ámbito de aplicación general, por lo que deberá tenerse en cuenta la legislación sectorial aplicable para completar el marco regulatorio horizontal que prevé²⁶. De

²⁴ COMISIÓN EUROPEA, “Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los requisitos horizontales de ciberseguridad para los productos con elementos digitales y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2019/1020”, Bruselas, COM/2022/454 final.

²⁵ Para una aproximación general a la propuesta de Reglamento sobre ciberresiliencia, *vid.* P. G. CHIARA, «The Cyber Resilience Act: the EU Commission’s proposal for a horizontal regulation on cybersecurity for products with digital elements», *International Cybersecurity Law Review*, núm. 3, 2022, p. 255-272.

²⁶ En este sentido, en el ámbito del sector de la automoción cabe citar el Reglamento (UE) 2019/2144 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019 relativo a los requisitos de homologación de tipo de los vehículos de motor y de sus remolques, así como de los sistemas, componentes y unidades técnicas independientes destinados a esos vehículos, en lo que respecta a su seguridad general y a la protección de los ocupantes de los vehículos y de los usuarios vulnerables de la vía pública, por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/858 del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan los Reglamentos (CE) núm. 78/2009, (CE) núm. 79/2009 y (CE) núm. 661/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo y los Reglamentos (CE) núm. 631/2009, (UE) núm. 406/2010, (UE) núm. 672/2010, (UE) núm. 1003/2010, (UE) núm. 1005/2010, (UE) núm. 1008/2010, (UE) núm. 1009/2010, (UE) núm. 19/2011, (UE) núm. 109/2011, (UE) núm. 458/2011, (UE) núm. 65/2012, (UE) núm. 130/2012, (UE) núm. 347/2012, (UE) núm. 351/2012, (UE) núm. 1230/2012 y (UE) 2015/166 de la Comisión [DOUE L 325/1 de 16 de diciembre de 2019]. El considerando núm. 26 del Reglamento alude a la posibilidad de que se produzca un

hecho, el art. 3 de la Propuesta de Reglamento sobre ciberresiliencia prevé que no se aplicará a los productos con elementos digitales de determinados ámbitos, entre los cuales se encuentran los vehículos.

45. Por lo que atañe a los riesgos en materia de ciberseguridad de los productos con elementos digitales, el art. 3.36) de la Propuesta de Reglamento sobre ciberresiliencia contiene la definición de “riesgo de ciberseguridad significativo”: *“un riesgo de ciberseguridad debido al cual, sobre la base de sus características técnicas, se puede considerar que existe una alta probabilidad de que se produzca un incidente capaz de acarrear consecuencias negativas graves, en particular causando pérdidas o perturbaciones materiales o inmateriales considerables”*. Nuevamente, el elemento nuclear de la definición pivota sobre la probabilidad más o menos alta de que el producto con elementos digitales sufra un accidente que conlleve daños materiales o inmateriales.

46. La comercialización de los productos con elementos digitales se autorizará cuando estos productos cumplan los requisitos esenciales establecidos en el Anexo I de la Propuesta de Reglamento, entre los cuales se prevé que los productos con elementos digitales se diseñarán, desarrollarán y producirán para garantizar un nivel adecuado ciberseguridad en función de los riesgos; se entregarán sin vulnerabilidades conocidas de las cuales pueda aprovecharse un tercero malintencionado, se suministrarán con una configuración segura por defecto; garantizarán la protección contra el acceso no autorizado mediante mecanismos de control adecuados y protegerán la confidencialidad de los datos personales u otros datos procesados mediante los mecanismos más avanzados.

47. Por lo que se refiere a los sistemas de inteligencia artificial que son calificados de alto riesgo conforme a la Propuesta de Reglamento sobre inteligencia artificial, el art. 8 de la Propuesta de Reglamento sobre ciberresiliencia declara aplicables los requisitos esenciales que prevé en el anexo I a aquellos sistemas y, por tanto, su cumplimiento determinará que sean conformes con los requisitos relativos a la ciberseguridad establecidos en el art. 15 de la propuesta de Reglamento sobre inteligencia artificial.

48. Como decía anteriormente, es el anexo I de la Propuesta de Reglamento sobre ciberresiliencia el que fija los requisitos esenciales en materia de ciberseguridad de los productos con elementos digitales. Sin ánimo de realizar un examen exhaustivo de dichos requisitos esenciales, destaca la previsión contenida en el apartado segundo, según la cual: *“Los productos con elementos digitales se entregarán sin ninguna vulnerabilidad conocida que pueda aprovecharse”*. La Propuesta de Reglamento sobre ciberresiliencia no define qué debemos entender por “vulnerabilidad conocida”, por lo que sería deseable que el futuro reglamento que regule esta materia previera una definición de tal concepto²⁷. Sin embargo, sí que encontramos una definición de “vulnerabilidad” en el art. 3.38) que se remite a la definición de “vulnerabilidad” del art. 6.15) de la llamada Directiva SRI 2: *“deficiencia, susceptibilidad o fallo de productos de TIC o servicios de TIC que puede ser aprovechado por una ciberamenaza”*²⁸. Vemos, pues, que el concepto de vulnerabilidad incluye el concepto de deficiencia. No obstante, en la versión

acceso remoto no autorizado en el vehículo y que se modifique el software por vía inalámbrica. Por este motivo, se expresa la necesidad de incorporar las normas de las Naciones Unidas en materia de ciberseguridad.

²⁷ COMISIÓN EUROPEA, “Study on the need of Cybersecurity requirements for ICT products – No. 2020-0715. Final Study Report”, Bruselas, 2021, p. 99. El estudio clasifica las vulnerabilidades conocidas en cuatro grupos: 1) la cibercriminalidad; 2) los ataques de hackers externos; 3) los ciberataques patrocinados por Estados y 4) los ataques causados por agentes internos. Entre los objetivos que se encuentran en estas vulnerabilidades destacan los daños materiales que resulten de la muerte o las lesiones corporales de terceros y la pérdida o corrupción de datos.

²⁸ Directiva (UE) 2022/2555 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de ciberseguridad en toda la Unión, por la que se modifican el Reglamento (UE) núm. 910/2014 y la Directiva (UE) 2018/1972 y por la que se deroga la Directiva (UE) 2016/1148, DOUE núm. 333, de 27 de diciembre de 2022. S. SCHMITZ / S. SCHIFFNER, “Responsible Vulnerability Disclosure under the NIS 2.0 Proposal”, disponible en https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-12-5-2021/5495/schmitz_schiffner_pdf.pdf (consulta realizada el día 25 de abril de 2023). *“A vulnerability is a set of conditions that allows the violation of a security (or privacy) policy. Such conditions might be created by software flaws, configuration mistakes and other human errors of operators, or unexpected conditions of the environment a system runs in.”*

en inglés de la SRI la definición de vulnerabilidad incluye el concepto de *weakness*. De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, el concepto de “deficiencia” se refiere al de defecto (imperfección), mientras que, a mi juicio, el concepto de *weakness* debería equipararse al de “debilidad”, que se refiere a la falta de propiedades que hacen que la cosa sea vulnerable ante intromisiones de terceros. En conclusión, un producto cumplirá los requisitos esenciales de ciberseguridad si se entrega sin ninguna vulnerabilidad conocida que pueda aprovecharse. De lo contrario, el producto será defectuoso por no cumplir los requisitos esenciales de ciberseguridad.

49. Y llegados a este punto, la pregunta que me planteo es la siguiente: ¿Puede una vulnerabilidad o un defecto en la ciberseguridad del producto descubierto posteriormente a su introducción en el mercado y, en consecuencia, la producción de un daño asociado a esta vulnerabilidad, amparar que el productor vea exonerada su responsabilidad por los riesgos del desarrollo? Las anteriores consideraciones que hicimos con la seguridad general de los productos pueden extrapolarse al ámbito de la ciberseguridad para afirmar que, aunque el producto con elementos digitales cumpla los requisitos esenciales en materia de ciberseguridad, esto no impide que pueda tener la consideración de defectuoso si después de haberlo introducido en el mercado provoca un daño a terceros. Por tanto, un producto puede manifestarse defectuoso después de su introducción en el mercado a causa de una vulnerabilidad desconocida o aprovechada activamente en cuanto a su falta de ciberseguridad, a pesar de que en aquel momento su ciberseguridad estaba certificada porque cumplía los requisitos esenciales de ciberseguridad. No obstante, habida cuenta de las vulnerabilidades conocidas de los productos con elementos digitales, resulta difícil pensar en una vulnerabilidad que no haya podido detectarse o preverse.

50. Además, por lo que respecta a las vulnerabilidades, la Directiva SRI 2 encarga a la Agencia de la Unión Europea para la ciberseguridad (ENISA) el desarrollo y mantenimiento de una base europea de vulnerabilidades. Esta base de datos debe ser tenida en el ámbito de la ciberresiliencia de los productos, al efecto de que los fabricantes determinen los riesgos esenciales relacionados con las propiedades de los productos con elementos digitales en el momento de su introducción en el mercado y con posterioridad (considerando núm. 32 Propuesta de Reglamento sobre ciberresiliencia). Es decir, los fabricantes deben velar por el cumplimiento de los requisitos esenciales de ciberseguridad de sus productos durante todo su ciclo de vida útil²⁹. Por tanto, en la medida que el producto, a pesar de haber sido introducido en el mercado, sigue bajo el ámbito de control del productor y que los productores tendrán a su disposición la base de datos europea elaborada por la EINSa, también resulta muy complicado que los productores puedan exonerar su responsabilidad alegando los riesgos del desarrollo, en este caso, por las vulnerabilidades no conocidas en el momento que introdujeron el producto en el mercado y que se han detectado con posterioridad.

IV. Conclusión

51. Entendemos por riesgos de desarrollo “*los causados por un defecto de un producto que no era reconocible a la luz del estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento*”

²⁹ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los requisitos horizontales de la ciberseguridad para los productos con elementos digitales y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2019/1020. [COM(2022) 454 final — 2022/0272 (COD)] (2023/C 100/15). En el marco del procedimiento legislativo ordinario el Comité Económico y Social Europeo ha propuesto que los fabricantes tengan que proporcionar rápidamente soluciones gratuitas en caso de nuevas vulnerabilidades, deben verificar periódicamente la “solidez” de los productos con elementos digitales que comercializan y deben eliminar las vulnerabilidades detectadas mediante actualizaciones periódicas del software. En el mismo sentido, *vid.* DIGITALEUROPE, “Building blocks for a scalable cyber resilience act”, disponible en <https://digital-europe-website-v1.s3.fr-par.scw.cloud/uploads/2022/05/Building-blocks-for-a-scalable-Cyber-Resilience-Act.pdf> (consulta realizada el día 25 de abril de 2022).

Asimismo, el art. 11 de la Propuesta de Reglamento sobre ciberresiliencia prevé la obligación de los fabricantes de informar a la ENISA sobre las vulnerabilidades que estén siendo aprovechadas activamente por terceros sin demora indebida y, en todo caso, dentro de un plazo de veinticuatro horas.

de la comercialización del producto”³⁰. Los riesgos por desarrollo entrañan una responsabilidad para el productor, cuando el defecto que no era reconocible en el momento en que introdujo el producto en el mercado provoca un daño a terceros. Por tanto, los riesgos por desarrollo implican un juicio realizado *ex post*, en virtud del cual el fabricante logrará exonerar su responsabilidad si prueba que el estado de los conocimientos científicos y técnicos impedía apreciar la existencia del defecto.

52. La opción de la Directiva 85/374/CEE y que mantiene la Propuesta de Directiva que pretende derogarla es imputar los daños causados por los riesgos del desarrollo al fabricante, pero reconociéndole la posibilidad de que pueda exonerar su responsabilidad alegando los riesgos por desarrollo (art. 7.e) Directiva 85/374/CEE y art. 10.1.e) de la Propuesta de Directiva), a pesar de que se prevé que se reconoce la posibilidad a los Estados miembros de que los productores puedan impedir la exoneración de responsabilidad por esta causa (art. 15.1.b) Directiva 85/374/CEE). La opción del legislador español ha sido reconocer la causa de exoneración de responsabilidad de los riesgos por desarrollo en general (art. 140.1.e) TRLGDCU), pero ha impedido alegarla cuando los daños sean provocados por defectos existentes en medicamentos y alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano.

53. Tradicionalmente, el ámbito de aplicación de los riesgos por desarrollo se ha limitado a los medicamentos y a los productos farmacéuticos. Casos como el fármaco de la talidomida plantearon la necesidad de limitar la responsabilidad de los productores por los riesgos por desarrollo. Pero esta causa de exoneración de responsabilidad estaba pensada para este supuesto de casos y, a pesar de que la Propuesta de Directiva la sigue reconociendo, nos hemos planteado si tiene encaje en la era digital, donde han irrumpido los bienes con elementos digitales. Partíamos de la base que tal causa de exoneración casa mal con los daños provocados por los productos con elementos digitales que incorporan sistemas de inteligencia artificial. Hemos visto que estos bienes son vulnerables a las intromisiones malintencionadas de terceros y que, por tanto, la seguridad y ciberseguridad de estos productos se revela como uno de los elementos clave para valorar su carácter defectuoso. No obstante, a pesar de que por el cumplimiento de los requisitos esenciales de seguridad y ciberseguridad un producto tenga la consideración de seguro, sea certificado como tal y se introduzca en el mercado, ello no es óbice para que posteriormente se manifieste defectuoso.

54. Considero que, si finalmente la directiva que se adopte sobre la responsabilidad por productos defectuosos incorpora dicha causa de exoneración de responsabilidad, deberá reinterpretarse en el nuevo contexto de la era digital, donde que los productos con elementos digitales y sistemas de inteligencia artificial entrañan riesgos como todos los productos, pero además son vulnerables. La Propuesta de Reglamento sobre ciberresiliencia permite certificar la ciberseguridad de un producto si no presenta ninguna vulnerabilidad conocida que pueda ser aprovechada por intrusos malintencionados. ¿Pero una vulnerabilidad en el momento de la puesta en circulación del producto que es detectada posteriormente con el avance de la tecnología y de la técnica y que ha causado un daño a terceros, es idónea para que el fabricante exonere su responsabilidad, alegando los riesgos por desarrollo? Pienso que es la pregunta clave que nos debemos plantear cuando hablamos de riesgos por desarrollo en la era digital. A mi modo de ver, las vulnerabilidades conocidas a las que alude la Propuesta de Reglamento sobre ciberresiliencia pueden servir para reinterpretar los riesgos por desarrollo en el nuevo paradigma digital. Sin embargo, la previsión de una base europea de vulnerabilidades y la posibilidad de que los productores puedan actualizar sus productos una vez haya sido puestos en circulación dificulta, y mucho, la posibilidad de alegar dicha causa de exoneración de responsabilidad.

³⁰ P. SALVADOR CODERCH / J. SOLÉ FELIU, *Brujos brujos y aprendices...*, *op.cit.*, p. 29.

Distributed Ledger Technology in Financial Markets. The European Union Experiment

La tecnología de registro distribuido en los mercados financieros. El experimento de la Unión Europea

BRISEIDA SOFÍA JIMÉNEZ-GÓMEZ*

*Profesora Contratada Doctora (acred.) de Derecho Mercantil,
Universidad Complutense de Madrid*

LL.M. College of Europe, Postdoctorado Harvard Law School

Investigadora adscrita al Instituto Complutense de Estudios Internacionales

ORCID ID: 0000-0003-0862-8188

Recibido: 06.02.2023 / Aceptado: 00.00.2010

DOI: 10.20318/cdt.2023.8073

Abstract: The European Union Regulation 2022/858 of 30 May 2022 establishes a pilot regime for market infrastructures based on distributed ledger technology. The Pilot Regulation is part of the 2020 Digital Finance Strategy whose objective is for the European Union to embrace the digital revolution and to benefit consumers and business. This article analyses the reasons of this new regulatory option and why this represents a different paradigm of legislation, considering first some advantages, risks and challenges that applying distributed ledger technology in financial markets can encounter. Moreover, this article examines the content of the EU Pilot Regulation with a critical perspective, comparing the previous proposal of Regulation with the current Pilot Regulation which enters into force mainly in March 2023. Significance of this Pilot Regulation could be enhanced if it coordinates with other policy goals such as sustainability and transparency set by the EU legislator. Lacking that coordination, this Pilot Regulation could be perceived as a miss opportunity to foster a digital and green financial markets transition.

Keywords: Pilot Regulation, Market infrastructures, Capital Markets, European Law, Distributed Ledger Technology.

Resumen: El Reglamento UE 2022/858 de 30 de mayo de 2022 establece un régimen piloto para las infraestructuras de mercado basadas en la tecnología de registro distribuido. El Reglamento Piloto forma parte de la Estrategia de Finanzas Digitales 2020 cuyo objetivo es que la Unión Europea aproveche la revolución digital y que ésta beneficie a los consumidores y las empresas. Este artículo analiza las razones de este nuevo enfoque regulatorio y por qué éste representa un paradigma regulatorio distinto, considerando en primer lugar, algunas de las ventajas, riesgos y retos que la aplicación de la tecnología de registro descentralizado puede implicar para los mercados financieros. Además, el trabajo examina el contenido del Reglamento Piloto de la UE desde una perspectiva crítica, comparando la propuesta de Reglamento previa con el actual Reglamento Piloto que entra en vigor en marzo de 2023 principalmen-

* This work has been carried out within the framework of the research project *Corporate Governance: Regulatory Challenges facing Digitalization of Company* (PID2019-104019RB-I00). A part of this work was presented at the XVIII Harvard-Complutense Seminar *New Capitalism? A Transatlantic Perspective* held on 3rd, 4th, 5th October 2022 at Harvard Law School.

te. La relevancia del Reglamento Piloto podría acentuarse si este Reglamento se coordinara con otros objetivos políticos del legislador europeo, como la sostenibilidad y la transparencia. En ausencia de dicha coordinación, el Reglamento Piloto podría percibirse como una oportunidad perdida para promover la transición hacia los mercados financieros digitales y verdes.

Palabras clave: Reglamento Piloto, Infraestructuras de Mercado, Mercados de capitales, Derecho europeo, Tecnología de Registro Distribuido.

Content: I. Introduction. II. Applying DLT in Financial Markets. 1. Advantages of DLT in Financial Markets. 2. Risks and Challenges of DLT in Financial Markets. III. Novelty from the regulatory perspective. IV. Novelty from the legal perspective. 1. Tokenization. 2. New Systems. 3. Limits by object and value. 4. Exemptions. V. Criticism. 1. Transparency concerns. 2. Sustainability concerns. VI. Concluding remarks.

I. Introduction

1. Digital Finance seems an innovation that no longer is part of science fiction. Distributed Ledger Technologies may have various applications, from monitoring supply chains to enabling corporate voting¹. Distributed ledger technology (DLT) offers an opportunity to transform financial markets. In this context, the pioneering European Union Regulation 2022/858 of 30 May 2022 establishes a pilot regime for market infrastructures based on distributed ledger technology², whose main purpose is to develop crypto assets that can be considered financial instruments according to EU law. The Pilot Regulation is part of the Digital Finance Strategy (2020) whose objective is for the European Union to embrace the digital revolution and to benefit consumers and business.

2. This article is structured as follows. Section II evaluates some advantages that distributed ledger technology offers when applying in trading and post-trading processes. Yet, new risks and challenges arise of application of distributed ledger technology in trading, clearing and settlement that could hinder the practical use of DLT worldwide. Section III analyses the reasons of this new regulatory option and why this represents a different paradigm of legislation. The European Union legislator is trying to find a balanced regulatory approach to foster distributed ledger technology. In this approach the Pilot Regulation has a temporary nature to learn from the actual experience that it intends to promote. Next, section IV examines the content of the Pilot Regulation, explaining new concepts that are necessary to clarify for applying this disruptive technology to financial markets. Some legal restrictions are identified in this article. They may obstruct the consolidation of DLT in financial markets. However, some exemptions are established as a legal mechanism to permit DLT evolution in clearing and settlement processes. In addition, Section V offers a critical perspective, comparing the previous proposal of Regulation with the current Pilot Regulation which enters into force mainly in March 2023. Finally, Section VI concludes highlighting key aspects of the new Pilot Regulation that intertwines technology and law with a proactive attitude to combine with other policy goals.

¹ For this last possibility, see B.S. JIMÉNEZ-GÓMEZ, "Blockchain as an opportunity to upgrade the right to vote in listed companies", *Indret*, 2023, No.1, pp. 61-97.

² Regulation (EU) 2022/858 of the European Parliament and of the Council 30 May 2022 establishes a pilot regime for market infrastructures based on distributed ledger technology, and amending Regulations (EU) No 600/2014 and (EU) No 909/2014 and Directive 2014/65/EU, OJ L 151/1, 2.6.2022.

I. Applying DLT in Financial Markets

1. Advantages of DLT in Financial Markets

3. Numerous advantages are predicated of DLT applied to financial markets: decentralization, lower costs³, efficiency, transparency, automation of contracts and accessibility⁴. DLT is based on a distributed ledger using a consensus mechanism that allows information to be recorded and shared across a set of network nodes, where the nodes are synchronized. Such a structure seems more resilient than centralized structures.

4. Among the most relevant advantages, possibility of eliminating the need for reconciliations stands out, reducing costs by reducing expenses in time, bureaucracy and intermediaries in a market operating 24 hours a day, which reduces the risk of the counterparty and enables shorter clearing and settlement times⁵. The objective of reducing costs and promoting integration of clearing and settlement systems has been established in Spanish law since the reform of Law 44/2002, of November 22, on Financial System Reform Measures. The European Central Bank published a report in 2021 on the use of distributed ledger technology for market post-trade processes, concluding that the application of DLT to these processes could result in cost savings and efficiency gains⁶. The EU Pilot Regulation is also clear in expecting that tokenization of financial instruments would open opportunities for efficiency improvements in the trading and post-trading process.⁷

5. In addition to efficiency, the DLT infrastructure has greater transparency, which benefits traceability of transactions, as well as their management and execution. If the internal architecture and structure is invisible to the client, there would be no news regarding the technology used. Indeed, the EU Pilot Regulation intends that the consensus mechanism of nodes of the DLT network be public for users, that is, the rules and procedures through which an agreement is reached to validate an operation between the nodes of the DLT network.

6. Another advantage offered by the DLT is the automation in execution of contracts through smart contracts⁸. Such automation saves negotiations since the parties cannot interfere once the operations are in the code. Due to the latter, DLT with smart contracts are described as an element that enhances trust, despite elimination of third parties that would normally oversee executing contracts in stock markets. Lastly, greater access to connection of more issuers with investors generates greater liquidity in these markets.

³ A study by Goldman Sachs estimated that they would be reduced by one billion dollars a year, “Blockchain tech could save cash equities market \$6bn a year - Goldman Sachs”, *Finextra*, 26.05.2016, available at <https://www.finextra.com/newsarticle/28955/blockchain-tech-could-save-cash-equities-market-6bn-a-year---goldman-sachs>

Compare with J. PARSONS, “German Central Bank: Blockchain slower and expensive to implement”, *The Trade News*, 31.05.2019 available at <https://www.thetradenews.com/german-central-bank-blockchain-slower-expensive-implement/> “The president of the German central bank has dismissed the use of blockchain technology for transferring and settling securities, after a trial project found it was more costly and slower than current methods.”

⁴ See D. MILLS, K. WANG, B. MALONE, A. RAVI, J. MARQUARDT, C. CHEN, A. BADEV, T. BREZINSKI, L. FAHY, K. LIAO, V. KARGENIAN, M. ELLITHORPE, W. NG, AND M. BAIRD (2016). “Distributed ledger technology in payments, clearing, and settlement”, Finance and Economics Discussion Series 2016-095, Washington: Board of Governors of the Federal Reserve System, pp. 8-9.

⁵ S. SIDDHARTHA, CEO and founder of Intain. J. FRANKLIN, “Why capital markets should embrace blockchain”, *International Financial Law Review*, London (Apr 7, 2020).

⁶ EUROPEAN CENTRAL BANK, *The use of DLT in post-trade processes*, (Abril 2021), p. 2 https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/ecb.20210412_useofdltposttradeprocesses~958e3af1c8.en.pdf This report is based on: ECB Advisory Groups on Market Infrastructures for Securities and Collateral and for Payments, *The Potential Impact of DLTS on Securities Post-Trading Harmonisation and on the Wider EU Financial Market Integration* (September 2017), ECB, *Potential Use Cases for Innovative Technologies in Securities Post-Trading* (January 2019).

⁷ Recital 3. Regulation (EU) 2022/858 of 30 May 2022, on a pilot regime for market infrastructures based on distributed ledger technology and amending Regulations (EU) No 600/2014, No. 909/2014 and Directive 2014/65/EU, OJ L 151/1, 2.6.2022.

⁸ See D. MILLS, K. WANG, B. MALONE, A. RAVI, J. MARQUARDT, C. CHEN, A. BADEV, T. BREZINSKI, L. FAHY, K. LIAO, V. KARGENIAN, M. ELLITHORPE, W. NG, AND M. BAIRD (2016). “Distributed ledger technology in payments, clearing, and settlement”, Finance and Economics Discussion Series 2016-095, Washington: Board of Governors of the Federal Reserve System, pp. 14-15.

2. Risks and Challenges of DLT in Financial Markets

7. Problems faced by the application of DLT in capital markets are several: Scalability, creation of common standards to promote interoperability, actual implementation, systemic risks, legal validity of tokens and potential fragmentation.

8. First, lack of scalability may be one of the problems facing capital markets. For example, the Australian Securities Exchange Ltd (ASX) director confirmed that the settlement system they intend to implement is the largest in the crypto world, but scalability is proving to be one of the factors in the delay of the Australian Stock Exchange with tokenized assets⁹, even though the Australian market seems to be one of the most advanced markets¹⁰. Tokenization of securities and creation of the DLT is a pre-requisite for greater liquidity in the market¹¹.

9. Secondly, difficulty of finding common standards for interoperability¹² of infrastructures is one of the greatest challenges. Interoperability seems necessary in two senses: between DLT arrangements and legacy systems and across DLT arrangements¹³. Smooth functioning of systems is essential at least in the transition period from legacy systems to DLT arrangements. Furthermore, as not a single DLT should exist, interoperability across DLT arrangements would be necessary for speed and efficiency of transfer and exchange of value. A difference of speed between systems may hurdle arrangement as a given DLT would be quicker and another system slower if it depends on confirmation of transaction settlement¹⁴. International norms can play a role in this regard. For example, Digital Token Identifiers (DTIs) serve the function for a common language to facilitate their safe and secure use of digital tokens. ISO 24165-1 deals with identification of digital assets and it is a new international standard which has been developed to ensure that everyone understands¹⁵. Addition of DTIs would allow participants to identify the specific chain associated with any trade or price, improving market transparency by enabling analysis of best prices of the chain in the case of trading or settling DLT financial instruments on multiple blockchains.

10. However, private standards are technical specifications and behavior guides for companies. Although legally speaking they are voluntary regulations, they are compulsory *de facto* when a company enters an economic activity so regulated as financial markets. There are two types of rules: national rules made by public powers with legal-public effect and harmonizing rules with a private origin. Private standards become mandatory through direct reproduction of norms in public journals, being accepted by public power and published in its entirety. Yet, if private standard is modified, it is not notified and

⁹ “ASX has invested US\$150 million in blockchain stock settlement system so far”, *Ledger Insights*, 18.08.2022, available on <https://www.ledgerinsights.com/asx-150-million-in-blockchain-stock-settlement/>.

¹⁰ B. QUARMBY, “La Bolsa de Valores de Australia avanza en la negociación de activos tokenizados”, *Cointelegraph*, 16.08.2022, available on <https://es.cointelegraph.com/news/australian-securities-exchange-takes-step-towards-tokenized-asset-trading>

¹¹ Example of the Luxembourg Stock Exchange that admitted a financial instrument in a public DLT in January 2022, being one of the most pioneering in Europe and anticipating the Pilot Regime, “Security tokens take first steps into capital markets”, 05.30.2022, available on <https://news.bourse.lu/192074-security-tokens-take-first-steps-into-capital-markets>

¹² Interoperability of DLT infrastructures with legacy infrastructures and interoperability between distributed ledgers across multiple counterparties. HSBC, *Distributed Ledger Technology in the Capital Markets*, 19.03.2019, available at <https://www.gbm.hsbc.com/solutions/global-liquidity-and-cash-management/digital-innovation-hub/blockchain>, p. 11

¹³ See P. KLIMOS, *The distributed ledger technology: a potential revamp for financial systems?*, *Capital Markets Law Journal*, Vol. 13, No.2, 2018, pp. 194-222, pp. 210-211.

¹⁴ See MILLS et al, “Distributed ledger technology in ...”, *op.cit.*, p. 23.

¹⁵ Digital token identifier (DTI) - Registration, allocation and structure - Part 1: Registration and allocation method, defines the allocation and generation of a fixed-length, unique, random identifier for digital tokens in response to an application for a record that meets the specified application guidelines. The standard is supplemented by ISO 24165-2, Digital token identifier (DTI) - Registration, assignment and structure - Part 2: Data elements for registration, which defines the data elements included in the registration record and used to establish the 1:1 relationship between a digital token and the identifier, assigned according to the method of ISO 24165-1.

generates the need to access private sources. The other way is the referral to the standard in a public rule, technical specifications are not incorporated into the public published rule. Additionally, two forwarding models exist: one rigid where the standard of a specific date is required, and another flexible model where it is not forwarded to a specific version but to the most modern version¹⁶.

11. Third, most of the experiments so far have been pilot tests¹⁷ but it has not yet been widely implemented¹⁸. Creating a DLT ecosystem is not a matter of a day. For example, SDX Web3 Services is tailored to institutional clients who need to scale their Ethereum staking capabilities¹⁹.

12. Fourth, financial stability may be undermined by risks of systemic contagion from the crypto world²⁰. Possible risks of systemic contagion led the EU legislator to define a series of thresholds on financial instruments that are intended to be traded on DLT within the EU Pilot Regulation.

13. Another fear is that implementation of DLT technology will lead to a delay in achieving capital market integration. Indeed, academics have already warned of risks of national DLT legislation that can create a world like those of brokered securities holding, where several laws must be consulted to determine investors' rights²¹. It seems that any uncoordinated national initiative in the European market may present a threat to the EU's monetary and financial union.

14. Finally, a fundamental risk is that implementation of DLT markets could concentrate securities clearing and settlement in very few providers²². This scenario would create competition problems.

II. Novelty from the regulatory perspective

15. Legal vacuum regarding the use of distributed ledger technology and crypto assets as financial instruments leads to the European legislator to act, although the legislator recognizes that it would be premature to act through modifications of the European regulations on financial services to allow deployment of crypto assets. There were three options considered by the European Commission and

¹⁶ See V. ÁLVAREZ GARCÍA, "La problemática de la publicidad oficial de las normas técnicas de origen privado que despliegan efectos jurídico-públicos", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2002, 72, 449-482.

¹⁷ Banco Santander itself has been the issuer of the bond, for 20 million dollars, while one of the Group's units has bought it at market price, with a quarterly coupon of 1.98%. Santander Securities Services has acted as tokenization agent and custodian of encryption keys. Ethereum public blockchain has been used, one of the most advanced open source blockchain technologies. This has allowed the bank to securely tokenize the bond and register it in a permissible way on the blockchain. The cash used to complete the investment (delivery against payment on the blockchain) and the quarterly coupon have also been tokenized, that is, they have been digitally represented on the blockchain. Thanks to automation of the bond, which has a maturity of one year, the number of usual intermediaries in these processes has been reduced, which has allowed a faster, more efficient and simpler operation. Santander CIB's goal is to collaborate with the most innovative clients and move from the project stage to product development. *Santander lanza el primer bono con tecnología blockchain de principio a fin*, Madrid 12/09/2019, available at <https://www.santander.com/es/sala-de-comunicacion/notas-de-prensa/santander-lanza-el-primer-bono-con-tecnologia-blockchain-de-prin>

¹⁸ The projects mentioned are Blockbaster in Germany, Project by Depository Trust and Clearing Corporation, ASX Replacement of CHESS in Australia, Jasper in Canada, Stella in Euro area/Japan, Ubin in Singapur, Inthanon in Thailand. Akhil Rao, "DLT in Payments and Settlements - Bridging the Gap", *Finextra*, 6/09/2021, available at <https://www.finextra.com/blogposting/20856/dlt-in-payments-and-settlements---bridging-the-gap>

¹⁹ SDX is licensed by the Switzerland's financial market regulator, FINMA, to operate an Exchange and a Central Securities Depository (CSD). SIX operates and develops infrastructure services for the Swiss and Spanish Stock Exchanges. Available at <https://www.sdx.com/news/sdx-web3-launches-ethereum-staking>

²⁰ P. HERNÁNDEZ DE COS, "Financial Stability and crypto-assets", Bank of Spain, 31.03.2022.

²¹ M. LEHMANN, "National Blockchain Laws as a Threat to Capital Markets Integration", *Uniform Law Review*, Vol. 26, No. 1, 2021, pp. 148-179

²² E. BENOS, R. GARRAT, P. GURROLA-PÉREZ, "The economics of distributed ledger technology for securities settlement", *Ledger*, Vol 4, 2019, pp. 121-156. <https://ledgerjournal.org/ojs/ledger/article/view/144/159>

creation of a market infrastructure based on DLT as a pilot scheme was finally chosen²³. It was believed that this regulatory option would allow using DLT to be tested on a larger scale. It was considered that risks of the counterparty could be reduced during settlement process because trading and settlement services were offered at the same time. Likewise, the DLT scheme was also committed to mitigating risks of cyberspace by having a decentralized structure and not a single vulnerable center. This infrastructure would lead to lower costs and therefore, less need for collateral. The option of proposing guidance on the applicability of the EU framework on financial services to crypto assets that are considered financial instruments in a DLT was ruled out. And for the time being, the option of modifying the EU regulatory framework to adapt it to the needs of DLT in financial services is ruled out as well. However, it should be noted that the EU Commission does not consider these regulatory options to be exclusive but rather that they are all part of a gradual and complementary approach.

16. We understand that it is necessary to test a new technology to closely experience its operation and risks to establish better regulatory guidelines, although if measures are not binding, their impact will be very limited. Consequently, it might make more sense and consistency in the future to include specific amendments to regulations of the current European areas (the Central Securities Depositories Regulation²⁴, the Settlement Finality Directive²⁵, the Prospectus Regulation²⁶, the Markets in Financial Instruments Directive, MIFID II²⁷ and the Markets in Financial Instruments Regulation, MIFIR²⁸) on a permanent basis once the underlying technology has been proven. Indeed, gaining experience for supervisory authorities is one of the key objectives.

17. The Pilot Regulation is part of the Digital Finance Strategy that was presented by the Commission in 2020, whose objective is for the EU to embrace the digital revolution and to benefit consumers and businesses. The DLT Pilot Regulation is complemented by three related initiatives, the Crypto Asset Markets Regulation Proposal (MICA)²⁹, the Digital Operational Resilience Regulation Proposal (DORA)³⁰, and the Directive Proposal to clarify and amend certain related regulations in financial services³¹. This latest proposal for a Directive accompanies the Regulation on a pilot scheme for market infrastructures based on distributed ledger technology, supporting a specific exemption from certain provisions of the Union legislation on financial services applicable to activities and services related to

²³ See Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a pilot regime for market infrastructures based on distributed ledger technology, Brussels, 24.9.2020 COM(2020) 594 final 2020/0267 (COD), pp. 6-7. Option 1 was to develop non-legislative measures to provide guidance on the applicability of the EU framework on financial services to crypto-assets that qualify as financial instruments and DLT. Option 2 was to establish targeted amendments to the EU framework on financial services. Option 3 was the Pilot regime on the creation of a DLT market infrastructure.

²⁴ Regulation (EU) No 909/2014 of the European Parliament and of the Council of 23 July 2014 on improving securities settlement in the European Union and on central securities depositories and amending Directives 98/26/EC and 2014/65/EU and Regulation (EU) No 236/2012, OJ L 257/1, 28.8.2014.

²⁵ Directive 98/26/EC of the European Parliament and of the Council of 19 May 1998 on settlement finality in payment and securities settlement systems, OJ L 166, 11.6.1998.

²⁶ Regulation (EU) 2017/1129 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on the prospectus to be published when securities are offered to the public or admitted to trading on a regulated market, and repealing Directive 2003/71/EC, OJ L 168, 30.6.2017.

²⁷ Directive 2014/65/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on markets in financial instruments and amending Directive 2002/92/EC and Directive 2011/61/EU (Recast), L 173/349, 12.6.2014.

²⁸ Regulation (EU) No 600/2014 Of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on markets in financial instruments and amending Regulation (EU) No 648/2012, L 173/84, 12.6.2014.

²⁹ Proposal for a Regulation Of The European Parliament and of the Council on Markets in Crypto-assets, and amending Directive (EU) 2019/1937, Brussels, 24.9.2020, COM(2020) 593 final, 2020/0265 (COD). Awaiting Parliament's position in 1st Reading at the time of writing.

³⁰ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Digital Operational Resilience for the financial sector and amending Regulations (EC) No 1060/2009, (EU) No 648/2012, (EU) No 600/2014 and (EU) No 909/2014, Bruselas 24.9.2020, COM(2020)595 final, 2020/0266 (COD). Awaiting Council's 1st reading position at the time of writing.

³¹ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directives 2006/43/EC, 2009/65/EC, 2009/138/EU, 2011/61/EU, EU/2013/36, 2014/65/EU, (EU) 2015/2366 and EU/2016/2341, Brussels, 24.9.2020 COM(2020) 596 final 2020/0268(COD). This proposal modifies the definition of 'financial instrument' as those instruments specified in Section C of Annex I, including such instruments issued by means of distributed ledger technology.

financial instruments, as defined in article 4, paragraph 1, point 15, of MIFID Directive (2014/65/EU); since, otherwise, these provisions would not offer all flexibility required by deployment of solutions in negotiation and post-trade phases of crypto assets transactions.

18. Choice of the legal instrument of “Regulation” avoids fragmentation of the EU market by national legislators and aims to compete globally³², precisely because intermediaries (traditional or new) tend to establish subsidiaries in those States with more permissive regulations. The Pilot Regulation aims to increase European competitiveness, since the financial system is conditioned by the legal system. The Pilot Regulation emphasizes consumer law, taking measures such as limiting types of financial instruments that can be traded in DLT and not exempting specific provisions to guarantee financial stability and consumer protection. For example, existence of significant risks to investor protection, market integrity or financial stability is a ground for denial of specific authorization to operate a DLT settlement system³³. However, it is not a “regulatory sandbox”, because it does not generally regulate a controlled testing space for any type of technological project like the Spanish Law 7/2020 for the digital transformation of the financial system, of November 13, 2020³⁴.

III. Novelty from the legal perspective

1. Tokenization

19. As it is well-known, there is an essential link between representation of securities by means of book entries and their centralized registry for clearing and settlement of transactions carried out on these securities³⁵. This scheme is known as “closed circuit” in charge of a central securities depository (CSD)³⁶. This is a premise of our stock market system. However, tokenization and DLT come to challenge the current securities trading, clearing and settlement system. DLT is defined in the Pilot Regulation as a technology that enables the operation and use of distributed ledgers (decentralized registries)³⁷. Tokenization of financial instruments consists of “digital representation of financial instruments on distributed ledgers or the issuance of traditional assets in tokenized form to enable them to be issued, stored and transferred on distributed ledger³⁸. Linguistically, “transformation into crypto-assets” of financial instruments has been modified by “digital representation” of financial instruments, which is a nuance that introduces the need for interaction between traditional systems in securities accounts and systems based on tokens. Although

³² French, German or Luxembourg law allows securities to be issued in a DLT, *see*, “Native issuances of DLT securities in Luxembourg, France and Germany and admission to the Luxembourg Stock Exchange Securities Official List”, 17.05.2022, Clifford Chance, available at: <https://www.cliffordchance.com/insights/resources/blogs/talking-tech/en/articles/2022/05/native-issuances-of-dlt-securities-in-luxembourg-france-and-ger.html>

³³ Art. 9. 10 Pilot Regulation.

³⁴ A. HUERGO LORA, “Un espacio controlado de pruebas (regulatory sandbox) para empresas financieras tecnológicamente innovadoras: el anteproyecto de ley de medidas para la transformación digital del sistema financiero”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Nº 76, 2018, pp. 48-59.

³⁵ A. J. TAPIA HERMIDA, “La post-contratación en los mercados secundarios de valores: el sistema de compensación y liquidación de valores”, 2017, *Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil*, Universidad Complutense, p. 38.

³⁶ A central security depository is defined as “an entity that provides securities accounts and central safekeeping services”, *Federal Reserve Policy on Payment System Risk*, Board of Governors of the Federal Reserve System, 2016.

³⁷ Art. 2.1 Pilot Regulation. The proposal definition of DLT was “a class of technologies which support the distributed recording of encrypted data”. Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a pilot regime for market infrastructures based on distributed ledger technology, Brussels, 24.9.2020 COM(2020) 594 final 2020/0267 (COD). J. McCARTHY, “Distributed ledger technology and financial market infrastructures: an EU pilot regulatory regime”, *Capital Markets Law Journal*, 2022, vol. 17, No.3, pp. 288-306, pp. 293-294. McCarthy criticizes how the definition in the proposal differs from an interpretation of blockchain generally. For this author DLT is a sub-set of blockchain and DLT should involve a permissioned network of participants as nodes, for any practical consideration of DLT use in securities market. However, a distributed ledger in the strictest sense is a type of database that is shared across nodes in a network. Blockchain is a specific type of distributed ledger. *See* D. MILLS *et al*, “Distributed ledger technology in payments, clearing, and settlement”, Finance and Economics Discussion series 2016-095. Washington: *Board of Governors of the Federal Reserve System*, 2016, p. 10.

³⁸ Recital 3, Pilot Regulation.

attempts are made to mitigate credit and liquidity risk on DLT systems, the truth is that there is no such thing as zero risk, so both systems will have to be connected at least in a transitional period.

2. New Systems

20. There are three regulated systems in the Pilot regime. The DLT Multilateral Trading System (DLT MTF), the DLT Settlement System (DLT SS) and the DLT Trading and Settlement System (DLT TSS). The third figure was included after the amendments of the first reading of the European Parliament, since it was incoherent to project a pilot regime that does not allow trading and settlement to be integrated in the same entity, when that is one of the opportunities presented by DLT. Therefore, this deficiency has been corrected in the final Pilot Regulation, which means that both a MTF can be vertically integrated from the negotiation to the settlement phase, and, in turn, a central securities depository can perform functions of the first stage of trading financial instruments based on DLT³⁹.

21. On the one hand, the European legislator is aware that combination of negotiation and post-trade services and activities within an entity is not contemplated in the current regulations. For this reason, the Pilot Regulation allows for a new type of hybrid figure, the DLT trading and settlement system (DLT TSS), which enables combination of activities. However, given that the Pilot Regulation has a didactic nature, it cannot be considered a source for a comprehensive reform on separation of negotiation and post-trade activities.

22. On the other hand, the definition of a DLT MTF does not include that it is managed by a central investment services company, or a market operator⁴⁰. The opposite did not fit in with the concept of decentralized finance. The Pilot Regulation proposal conditioned the design of the infrastructure architecture, so it could be an efficient model in centralized infrastructures but not in decentralized ones⁴¹.

23. In addition, the definition of home Member State has been passed from the definition article of the Commission Proposal to have a specific article in the Pilot Regulation with respect to competent authorities⁴². Distribution of supervisory functions among Member States authorities avoids the problem that distributed technologies by their very structure imply.

3. Limits by object and value

24. Creation of new DLT infrastructures must be made compatible with existing infrastructures. However, several limits are placed on using crypto assets. The most relevant is that DLT financial instruments must be “crypto-assets that are considered financial instruments and that are issued, transferred and stored on a distributed ledger”⁴³. The definition of a crypto asset is intrinsically related to the concept of distributed ledger technology. The Pilot Regulation offers a non-restrictive concept of DLT, since it defines a technology that allows the operation and use of distributed ledgers. This definition was corrected from the original proposal, where reference was only made to technologies that allow distributed recording of encrypted data, which restricted ways of transfer that could be developed in the future⁴⁴.

³⁹ This vision was projected by some authors, B. GARRÉ, *et al.*, “A vision for regulated digital security infrastructure in Europe”, *Capital Markets Law Journal*, 2020, vol. 15, No.3, pp. 298-321.

⁴⁰ A person or persons who manages and/or operates the business of a regulated market and may be the regulated market itself is the definition of “market operator” by Directive 2014/65/EU, Art. 4(1) point (18).

⁴¹ See J. ZAPATA SEVILLA, “Las lagunas del paquete de medidas sobre finanzas digitales de la UE. Especial referencia a las infraestructuras de los mercados”, *Revista de Derecho del Sistema Financiero*, No. 3, 2022, pp. 260-279, p. 267.

⁴² Cf. Article 12 Pilot Regulation with art. 2 (22) Proposal Pilot Regulation.

⁴³ Recital 8, Pilot Regulation.

⁴⁴ See D. A ZETZSCHE, J. WOXHOLTH, “The DLT sandbox under the Pilot-Regulation”, *Capital Markets Law Journal*, Volume 17, Issue 2, April 2022, pp. 212–236, p. 219.

25. This new definition in the Pilot Regulation no longer coincides with the proposed MICA Regulation for DLT. However, the definition of a crypto asset in the MICA Proposal is broad with respect to the underlying structure. A crypto asset is a digital representation of value or rights that can be transferred and stored electronically, using distributed ledger technology or similar technology [art. 3(1) (2) MICA Proposal]. Securities to which the Pilot Regulation applies are crypto assets according to the MICA proposal but are excluded from its scope of application, because the MICA proposal excludes financial instruments [art. 1 (2)(a) MICA Proposal]⁴⁵.

26. Nevertheless, the Pilot Regulation also limits the financial instruments that can be admitted to trading or registered in an DLT market infrastructure. Financial instruments contemplated in the Regulation are shares whose issuer has a market capitalization (real or estimated) of less than EUR 500 million; bonds or other forms of securitized debt, including representative depository receipts for such securities or money market instruments with an issue volume of less than EUR 1 billion, excluding from the calculation of the threshold corporate bonds whose issuers have a market capitalization of less than EUR 200 million at the time of issuance; and shares in collective investment schemes (UCITs⁴⁶), whose assets have a market value of less than EUR 500 million⁴⁷.

27. Size of financial instruments is also limited by authorized entities, since the aggregate market value of all financial instruments cannot exceed EUR 6 billion at the moment of admission to trading, or initial recording of a new financial instrument⁴⁸. Additionally, when the added value of an entity reaches EUR 9 billion, an exit transition strategy must be activated⁴⁹. Several considerations must be made in this regard. It highlights that the thresholds for both emission and added value in a market infrastructure have been raised in parliamentary procedures with respect to the Commission's proposal⁵⁰. These modifications are positive if it allows established operators to not only operate a DLT market infrastructure as an experiment, but also to make it their main business⁵¹.

28. Moreover, it should be noted that competent authorities have the option to lower the threshold depending on the market size and the average capitalization of the DLT financial instruments that have been admitted on trading platforms in the Member States insofar as the services and activities will be carried out [art. 3(6) Pilot Regulation]. Room for maneuver in the hands of national authorities may lead to divergence in the future of infrastructures since the issue size or the total value for each authorized entity depends on the Member State in which they carry out their services and activities. Both authorization of trading and settlement market systems and their revocation depend on that threshold, ESMA has a coordinating role in this task though.

4. Exemptions

29. Exemptions are related to communication of transactions by the markets ("transaction reporting"), replacement of cash delivery by a tokenized delivery, the possibility of allowing retail investors

⁴⁵ The financial instruments defined in Directive 2014/65/EU, art. 4.1.15. are transferable securities, money market instruments, units and shares in collective investment schemes, options contracts, futures, swaps, forward interest rate agreements and other contracts related to securities, currencies, interest rates or yields, emission rights or other derivative instruments, financial indices or financial measures that can be settled in kind or in cash, etc.

⁴⁶ Units in collective investment undertakings.

⁴⁷ Art. 3.1 Pilot Regulation.

⁴⁸ Art. 3.2. Pilot Regulation

⁴⁹ Art. 3.3 Pilot Regulation.

⁵⁰ In the regulation proposal, the added value for each authorized entity was 2,500 million euros and the value from which the transition strategy should start was 2,750 million euros.

⁵¹ For example, SIX-BME is happy with the threshold, talk by Laura Sacristán, Chief Commercial Officer BME-SIX, at FIDE, *Sesión: Tokenización De Instrumentos Financieros, ¿Hacia Un Mercado Descentralizado, Sin Supervisión E Intermediación?* (21.09.2022)

to go directly to the market without the need for an intermediary, or the exemptions related to outsourcing obligations by CSDs.

30. Exemptions that may be requested by investment services companies or the market operator that manages the DLT MTF refer to Directive 2014/65/EU⁵² known as MIFID II and Regulation (EU) no. 600/2014 (MIFIR)⁵³. However, for exemptions to apply, the company or market operator must request and be granted the exemption from the legislation. In addition, the company or operator must comply with the requirements settled under the Pilot Regulation and with compensatory measures that the competent authority deems appropriate⁵⁴. A CSD that manages a DLT SS can request exemptions to Regulation No. 909/2014 (CSDR). Thus, the CSD must request the exemption and be granted it, as well as comply with the requirements of the Pilot Regulation and with the compensatory measures that the competent authority considers appropriate⁵⁵. In turn, the exemptions that an DLT TSS can request are also with respect to the MIFID Directive, the MIFIR Regulation and the Central Securities Depositories Regulation.

31. Requested exemptions must be proportionate and justified by using a distributed ledger technology and be limited to the MTF or SS subject to the Pilot Regulation. However, it is not clear whether supervisors are trained to assess proportionality and the degree of innovation required. The requirement of the SS regarding the use of a securities account or the use of book entries must be shown to be incompatible with use of distributed ledger technology that it proposes [art. 5(2)(a) Pilot Regulation]. Such a demonstration seems redundant with respect to general requirements⁵⁶.

32. Specific requirements for an operator of a MTF also relate to natural and legal persons dealing on own account as members or participants. Persons are required to: be sufficient good repute, have a sufficient level of trading skills, competence and experience, including knowledge of DLT functioning, not to be market makers on the MTF, do not use an algorithmic trading technique that do not provide other persons with direct electronic access to the MTF, do not trade on their own account when executing client orders on the DLT market infrastructure, and have given their informed consent to trading on the MTF as a member or participants and have been informed of potential risks of using their systems to trade DLT financial instruments⁵⁷. Second, to be a participant in a DLT SSs, many characteristics are required: good repute, sufficient level of capacity, competence, experience and knowledge about settlement, technology functioning and risk assessment, as well as granting of informed consent⁵⁸. However, so many subjective requirements exclude clients as participants of the ledger due to the level of knowledge demand, which contrasts with the supposed objective to promote disintermediation⁵⁹. It is not also clear why good repute is necessary to act on your own as participant. In addition, the obligation to report operations imposed by Regulation 600/2014 (CSDR, art.26) can be exempted, but the MTF must keep records of all operations with all the information imposed by Regulation 600/2014 (CSDR) and the competent authorities must have direct and immediate access to mentioned data.

33. Additional requirements for all DLT infrastructures in the market are the minimum for them to grant the exemption⁶⁰. Operators of DLT market infrastructures must establish clarity and detail in

⁵² Directive 2014/65/EU of The European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on markets in financial instruments and amending Directive 2002/92/EC and Directive 2011/61/EU (Recast), OJ L 173/349, 12.6.2014.

⁵³ Regulation (EU) No 909/2014 of the European Parliament and of The Council of 23 July 2014 on improving securities settlement in the European Union and on central securities depositories and amending Directives 98/26/EC and 2014/65/EU and Regulation (EU) No 236/2012, OJ L 257/1, 28.8.2014.

⁵⁴ Art. 4.1 Pilot Regulation.

⁵⁵ Art. 5.1 Pilot Regulation.

⁵⁶ With the same opinion but referring to the Proposal Regulation, *see* ZETZSCHE and WOXHOLTH, “The DLT sandbox under ...”, *loc.cit.*, p. 223.

⁵⁷ Art. 4.2. Pilot Regulation.

⁵⁸ Art. 5.5. Pilot Regulation.

⁵⁹ With the same opinion but referring to the Proposal Regulation, *see* ZETZSCHE and WOXHOLTH, “The DLT sandbox under ...”, *loc.cit.*, p. 223.

⁶⁰ Directive on settlement finality in payment and securities settlement systems. OJ L 166, 11.6.1998.

their business plans and activities, as well as make available to the public the written documentation that explains rules of governance of the infrastructure, including terms and conditions that define rights, obligations, and responsibilities of operators⁶¹. Special relevance is given to rules of private international law, judicial jurisdiction, and applicable law, as well as any out-of-court mechanism for conflict resolution and any protection measure in the event of insolvency with reference to Directive 98/26/EC.

34. There is some inconsistency with respect to the mention of availability by electronic means of the mentioned documentation. At first, the Spanish version of the Regulation states that operators of market infrastructures⁶² “will make available to the public by electronic means” and later, that operators of DLT market infrastructures “may make their written documentation available by electronic means”⁶³. This last addition was not in the proposal⁶⁴ and if it is interpreted as an optional form, it does not agree with transparency and digital access that these platforms intend to promote. However, this inconsistency is not in the English version of the Regulation⁶⁵. Indeed, article 7(3) of the Pilot Regulation once again stresses the obligation to provide information on a website to its members, participants, issuers, and clients on the type of DLT they use and the difference between a multilateral trading system or a traditional securities settlement and a DLT-based system.

35. It is not clear what measures may be necessary beyond the requirements imposed by the Regulation regarding compensatory measures that the competent authorities consider appropriate to achieve the objectives of the provisions in respect of which an exemption has been requested or to ensure investor protection, market integrity or financial stability⁶⁶. Only in the case of a SS, it is explicit that financial instruments are registered in the distributed ledger, that the number of financial instruments of an issue coincides with the total number of financial instruments registered in the distributed ledger at any time, that keep records that allow the CSD (Central securities depositories) to segregate without delay financial instruments of one member, participant, issuer or client from those of another and that do not allow securities overdrafts, debtor securities balances or creation or deletion improper values⁶⁷.

36. The problem regarding segregation of financial instruments lies in the definition of a participant in the system and the difference between a member or a client. The Regulation does not define who is who. It is preferred that definitions be left to the business plan of the system, so terms such as “proprietary” are not used⁶⁸. Moreover, in the case of a CSD that manages a SS, it is required that it publishes participation criteria that allow open and equitable access to all persons who intend to become participants, and that these criteria be transparent, objective, and non-discriminatory⁶⁹. In addition, that the settlement system must publish prices and commissions it charges for the settlement services it provides⁷⁰.

⁶¹ Art. 7 Pilot Regulation.

⁶² Spanish version: “Los organismos rectores de infraestructuras del mercado basadas en la TRD pondrán asimismo a disposición del público por medios electrónicos documentación escrita actualizada, clara y detallada”

⁶³ Art. 7.1 second paragraph Pilot Regulation.

⁶⁴ Art. 6.1 Pilot Regulation Proposal.

⁶⁵ “Operators of DLT market infrastructures shall also make publicly available up-to-date, clear and detailed written documentation that defines the rules under which the DLT market infrastructures and their operators are to operate, including the legal terms defining the rights, obligations, responsibilities and liabilities of operators of DLT market infrastructures, as well as those of the members, participants, issuers and clients using their DLT market infrastructure. Such legal terms shall specify the governing law, any pre-litigation dispute settlement mechanisms, any insolvency protection measures under Directive 98/26/EC and the jurisdictions in which legal action may be brought. Operators of DLT market infrastructures may make their written documentation available by electronic means.” (Art. 7.1 second paragraph Pilot Regulation.)

⁶⁶ Art. 4.1.c y Art. 5.1c. Pilot Regulation.

⁶⁷ Art. 5.2 Pilot Regulation.

⁶⁸ *Vid.* ZETZSCHE and WOXHOLTH, “The DLT sandbox under ...”, *loc.cit.*, p.222, advocating an open interpretation and not including definitions in the Regulation.

⁶⁹ Art. 5.6 (a) Pilot Regulation.

⁷⁰ Art. 5.6 (b) Pilot Regulation.

V. Criticism

1. Transparency concerns

37. The private sector is charged with the costs of implementing DLT to educate regulatory and supervisory authorities about novel projects. However, such benefits do not have to benefit the whole society, because opinions, even non-binding, of the European Securities Market Authority (ESMA) or the competent national authorities are not made public. It is specified that opinions of ESMA and the report of the competent authority in relation to any notable divergence with respect to said opinion, opinion that are necessary to carry out the specific authorization procedure of the three figures regulated in the Pilot Regulation are not public⁷¹. Further, considering that ESMA's report on the requested exemptions or on the acceptability of the type of distributed ledger technology should be carried out "where necessary to promote the consistency and proportionality of exemptions, or where necessary to ensure investor protection, market integrity and financial stability"⁷². No reasons for not making such a report public are given if it is intended to protect investors. Nor is it stated with respect to the relevant authorities whether their non-binding opinion on characteristics of the SS or TSS will be made public, although neither is it excluded as if the Regulation does in the report cases.

38. The relevant authorities are⁷³: a) the authority responsible for overseeing the securities settlement system managed by the CSD in the Member State whose legal system governs said system⁷⁴; b) the central banks of the Union issuing the most relevant currencies in which the settlement takes place; and c) where applicable, the central bank of the Union on whose books the cash component of a securities settlement system operated by a CSD is settled⁷⁵.

39. Therefore, while transparency is sought in the financial market sector, obliging the actors to describe their business model, and even to provide the competent authority with all the pertinent information that it may request, these transparency obligations are not reciprocal for the competent national authorities. We advocate a restrictive interpretation of article 11(2) of the Pilot Regulation, since "all the information" that may be requested should refer to what is mentioned in the previous provision. It is very burdensome not to know what all the information refers to, and this burden contrasts with the behavior of competent authorities, which subsequently breaks the principle of transparency that should guide the entire administration, promoting an asymmetric relationship, since authorities have room of discretion when they can control the threshold from which no more financial instruments can be traded in a DLT market infrastructure.

40. In the event of abuse of margin of discretion by the national authorities to downgrade, divergence would be created in future infrastructures, which enhances disharmony, since it is a reason for revoking the specific authorization to manage a DLT multilateral trading facility (DLT MTF), a DLT settlement system (DLT SS), a DLT trading and settlement system (DLT TSS), this being contrary to the objectives of the Pilot Regulation. The only safeguard in this regard is future guidance from the European Securities and Markets Authority regarding the exercise of the option to lower the threshold by national authorities. But if there are different value-added thresholds for financial instruments, there is a risk of regulatory arbitrage. The information to be published by ESMA only refers to a list of grants and refusals of DLT MTFs, DLT SS and DLT TSS and the total number of exemption requests⁷⁶.

⁷¹ Art. 9.7 y 10.8 Pilot Regulation.

⁷² Art. 8.7. Pilot Regulation.

⁷³ See art. 12 Pilot Regulation.

⁷⁴ If the investment firm is a legal person, the Member State in which its registered office is situated; (iii) if the investment firm has, under its national law, no registered office, the Member State in which its head office is situated (Article 4(1), points (55)(a)(ii) and (iii), of Directive 2014/65/EU.)

⁷⁵ Member State in which a CSD is established.

⁷⁶ Art. 9.8 Pilot Regulation.

2. Sustainability concerns

41. References to sustainability have changed between the Proposed Pilot Regulation and the final Regulation. Recital 3 of the Proposal stated: “Without a secondary market capable of providing liquidity and allowing investors to buy and sell such assets, the market for crypto assets that are considered financial instruments will never expand sustainably.” This statement has disappeared from the final Regulation, as there is no longer any reference to sustainable expansion of the crypto active market in its corresponding recital 4. It is announced in recital 61 of the Pilot Regulation that “operation of a DLT market infrastructure must not undermine climate policies of the Member States. Thus, it is important to encourage further the development of, and investment in, low-emission or zero-emission distributed ledger technologies.”

42. Nevertheless, the references to emissions are nothing more than an ideal, which will remain a dead letter since no requirement is regulated to implement this policy. It seems to be an aspirational final tagline of EU policies but not pragmatic at present, being aware of the challenges posed by crypto assets in terms of energy consumption⁷⁷. For example, Proof of Stake can save electricity costs and enable faster blockchains compared to Proof of Work, bringing better security and scalability to networks that implement it⁷⁸.

43. The Commission Action Plan on Sustainable Finance (2018) could have been considered in the Pilot Regulation⁷⁹. The Action Plan (2018) projects different options like incorporating climate risks into institutions’ risk management policies and on the potential calibration of banks’ capital requirements in the Capital Requirement Regulation and a proposal for requiring asset managers and institutional investors to disclose how they consider sustainability factors in their investment decision making process⁸⁰. Since DLT has been subject to criticism for energy consumption, a kind of measurement in that regard would help sustainable clearing and settlement systems. Financial industry has envisioned private permissioned blockchains which are not energy-intensive⁸¹.

44. However, given that permissionless DLT systems offer more robustness, potentially their use would be better for efficiency. As the Pilot Regulation is a temporary piece of law, these measurements could enhance the future decision of the EU Commission to extend the period, to extend the Regulation to other types of financial instruments, such as derivatives, to amend the Pilot Regulation or make permanent amendments of EU financial law or, in the last option, to terminate specific permissions⁸². Surprisingly, ESMA must report to the EU Commission among other subjects, the impact of the use of DLT on the climate policy objectives of the EU⁸³. Nevertheless, this information is not compulsory to report by investment services companies or market operators. Therefore, it is obscure where the data is going to come from.

VI. Concluding remarks

45. This Pilot Regulation is a brave initiative to foster efficiency improvements in trading and post-trading processes. However, it seems to be aimed at incumbents, operators, and service providers in

⁷⁷ The European Parliament incorporated “energy consumption” in the Recital 2 of the Regulation in the Report of First Reading. REPORT on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on a pilot regime for market infrastructures based on distributed ledger technology (COM(2020)0594 - C9-0305/2020 - 2020/0267(COD)) Committee on Economic and Monetary Affairs Rapporteur: Johan Van Overtveldt. A/2021/0240

⁷⁸ B.S. JIMÉNEZ-GÓMEZ, “Risk of blockchain for data protection: A European Approach”, *Santa Clara High Technology Law Journal*, vol. 36, No. 3, 2020, pp. 281-342.

⁷⁹ Communication from the commission Action Plan: Financing Sustainable Growth, Brussels, 8.3.2018, COM(2018) 97 final, available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018DC0097&from=EN>

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ C. GOLA, J. SEDLMEIR, “Addressing the Sustainability of Distributed Ledger Technology”, *Questioni di Economia e Finanza*, Banca D’Italia, 2022, p.8.

⁸² See art. 14.2 Pilot Regulation.

⁸³ See art. 14.1 (f) Pilot Regulation.

capital markets with the aim of adopting a disruptive technology, even though the recitals say otherwise. Exemptions are produced on demand, and they are only temporary. A maximum of six years⁸⁴, together with the possibility of not granting authorizations or even revoking them for many different reasons, some of them are not even in the hands of applicants. For example, the threshold of added-value financial instruments that can be traded on DLT market infrastructure.

46. The Pilot Regulation ignores several principles that should guide public administration, such as transparency. Reports of competent authorities or ESMA influence to authorize an exemption from legal requirements, but they are not public. This lack of publicity is an obstacle to knowledge of population about how to comply with the regulation insofar as it does not encourage new interested persons to request to participate in DLT market infrastructures and it may have opposite effects.

47. In addition, lack of interest in including sustainability objectives is also not consistent with the premise that technology will lead us towards cleaner societies or the promise that digitized finance will be better for investors, to the extent that there is no control of emissions in the Regulation nor is any respective obligation articulated in the future. This absence is also not consistent with other policies of national and European regulators and it may cause effects contrary to those intended.

48. In the financial sector, innovation has been very slow due to regulatory burdens. This new Pilot Regulation intends not to be an obstacle to innovation, but on many occasions the Regulation lacks clarity and should be simpler if it intends to attract start-ups to the European continent. Hiring multiple advisors (only to comply with the regulatory framework) is not something cheap and all costs that companies incur in the end are passed on to the client. Therefore, greater linguistic simplicity and not referring to vague or undefined concepts in the Regulation, such as with respect to compensatory measures would help to make the Pilot framework well defined for potential participants.

49. Finally, the significance of this Pilot Regulation could be enhanced if it coordinates with other policy goals, such as sustainability and transparency set by the EU legislator. Lacking that coordination, this Pilot Regulation could be perceived as a miss opportunity to foster a digital and green financial markets transition.

⁸⁴ Three years since the applicability date which is 23.03.2023 to the ESMA submission report on 24.03.2026. This period can be extended three years more. *See* arts. 14.2 (a) and art. 19 Pilot Regulation.

Legal privilege in international arbitration

El secreto profesional en el arbitraje internacional

BRISEIDA SOFÍA JIMÉNEZ-GÓMEZ*

Profesora Contratada Doctora de Derecho Mercantil

Universidad Complutense de Madrid

LL.M. College of Europe. Postdoctorado Harvard Law School

Investigadora adscrita al Instituto Complutense de Estudios Internacionales

ORCID ID: 0000-0003-0862-8188

Recibido: 11.04.2023 / Aceptado: 08.05.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.8074

Abstract: It is more and more frequent that counsels from different jurisdictions are involved in preparing legal advice as companies offer their services and products abroad. This situation creates the risk that documents exchanged between clients and lawyers in one jurisdiction could be exhibited in future proceedings in another jurisdiction. Disclosure of certain information could determine several losses to businesses from prestige to lack of compensation that an unsuccessful case may entail. This type of legal chaos could diminish when business practitioners have autonomy to select the law for solution of future disputes, including the option to agree on the procedure to be followed by the adjudicator. This article analyses choice of law governing privilege by arbitrators as international arbitration is often referred to settle international disputes. Several soft law sources from arbitral institutional rules to the well-known IBA Rules on Evidence are scrutinized. It evaluates possible methods like the least protective privilege rule or the most protective privilege rules considering equal treatment. Finally, it explores the recent Unified Patent Court Rules as a source of inspiration for international arbitration.

Keywords: Legal privilege, professional secrecy, confidentiality, international arbitration, law applicable, IBA Rules, soft law, the Unified Patent Court Rules, procedural rules, hard law.

Resumen: Cada vez resulta más frecuente que en el asesoramiento jurídico de las empresas se encuentren involucrados abogados de distintos países, dado que las empresas ofrecen sus bienes y servicios en el extranjero. Esta situación está sujeta al riesgo de que los documentos intercambiados entre clientes y abogados en un Estado pueda exhibirse en otro Estado en un procedimiento posterior. La exhibición de determinada información puede implicar diversas pérdidas para los empresarios desde el prestigio o la falta de compensación por los casos sin éxito. Este tipo de caos jurídico podría disminuir, ya que los empresarios tienen la opción de elegir la ley aplicable para la solución de sus controversias futuras, incluyendo la opción de acordar el procedimiento que seguirá el árbitro. Este artículo analiza la selección de la ley aplicable al secreto profesional por los árbitros, puesto que el arbitraje internacional suele ser elegido para resolver las controversias internacionales. Se estudian determinadas fuentes de Derecho blando desde las reglas de las instituciones arbitrales hasta las famosas Reglas de la IBA sobre la práctica de la prueba en el arbitraje internacional. También se analizan determinados métodos como

* This paper was presented at the *Eight Max Planck PostDoc Conference on European Private Law* at the Max Planck Institute for comparative and international Private Law which took place on 2nd and 3rd May 2022 in Hamburg (Germany). This study has been carried out within the framework of the research project 20944/PD/18 of the Seneca Foundation of Murcia region during my previous postdoctoral research at the Center for Transnational Litigation, Arbitration and Commercial Law at New York University Law School. I am very grateful to Professor Franco Ferrari for his support to research this subject.

el de la regla menos protectora o el de la más protectora, considerando el principio de igualdad de trato. Finalmente, se exploran las recientes Reglas de Procedimiento del Tribunal Unificado de Patentes como fuente de inspiración para el arbitraje internacional.

Keywords: Privilegios probatorios, Secreto profesional, confidencialidad, arbitraje internacional, ley aplicable, Reglas de la IBA, Derecho blando, Reglas del Tribunal Unificado de Patentes, normas procesales, Derecho duro.

Summary: I. Introduction. II. Terminology, comparative law, and functions of legal privilege.

1. The question of different terminology: confidentiality, professional secrecy, legal privilege. 2. Comparative law: some substantive differences. 3. Functions of legal privilege. III. Resources for choosing the law applicable. 1. Parties' agreement. 2. Arbitrator selection. A) Arbitral institutional rules. B) IBA Rules on the Taking on Evidence. C) Possible laws applicable to legal privilege. a) *Lex arbitri*. b) The law governing the merits of the dispute. c) The place where the communication took place. d) The *lex situs* of the document supporting the communication. e) Location of the lawyer. f) Location of the party claiming privilege. g) The law of the State of enforcement. D) The closest connection test. IV. Equal treatment reasoning. 1. The lowest level of protection. 2. The highest level of protection. 3. Public policy and equal treatment. V. Clarity versus flexibility. VI. A transnational approach in consonance with the European concept of legal privilege. VII. The Unified Patent Court Rules: a substantive solution. VIII. Concluding remarks.

I. Introduction

1. Globalization and internationalization of commerce has been followed by a proliferation of normative rules that business operators need to comply with¹. Seeking for specific legal advice in a range of different areas of law such as tax law, competition or privacy is extremely necessary in complex matters. This trend will not diminish in the future. It is more and more frequent that counsels from different jurisdictions are involved in preparing legal advice as companies offer their services and products abroad. This situation creates the risk that documents exchanged between clients and lawyers in one jurisdiction could be exhibited in future proceedings in another jurisdiction. Disclosure of certain information could determine several losses to businesses from prestige to lack of compensation that an unsuccessful case may entail.

2. Arbitration is a common mean to resolve disputes between international counterparts². Some traditional advantages of arbitration are the provision of a neutral forum and the parties' control over the arbitral process³. Arbitration proceedings are more even-handed than the alternatives because of the ability of the parties to choose a neutral arbitrator with a different nationality in comparison with the parties' nationality, for example, under the ICC Rules⁴. The parties know that they can choose the venue that they perceive as fair, and they can design the arbitration procedure without being subject to state procedural laws⁵. Therefore, flexibility gives breath to arbitration proceedings.

¹ A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Lex mercatoria and Private International Arbitration", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 12, No.1, 2020, pp. 66-85.

² QUEEN MARY & WHITE & CASE, *2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovation in International arbitration* (finding 90 percent of parties to international business transactions choose arbitration), available at <https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/2018/11/White-Case-and-Queen-Mary-2015-survey.pdf> WHITE & CASE *2021 International Arbitration Survey: Adapting arbitration to a changing world*, available at <https://www.whitecase.com/publications/insight/2021-international-arbitration-survey> ["International arbitration is the preferred method of resolving cross-border disputes for 90% of respondents, either on a stand-alone basis (31%) or in conjunction with ADR (59%)".]

³ A.T. VON MEHREN, "Limitations on Party Choice of the Governing Law: Do They Exist for International Commercial Arbitration?", *Pakistan Law Review*, 2001, pp. 138-150. <https://leappakistan.com/wp-content/uploads/2019/04/Limitations-on-Party-Choice-of-the-Governing-Law-International-Commercial-Arbitration-Arthur-Taylor-Von-Mehren-PLR-Vol-I.pdf>

⁴ GARY BORN names arbitration as the five "e" in comparison with the alternatives. Arbitration is more efficient, expeditious, even-handed, expert, and enforceable. Seventh Harvard International Arbitration Conference, 5.03.2021 at opening remarks.

⁵ W. W. PARK, "Arbitrators and Accuracy", *Journal of International Disputes Settlement*, Vol. 1, No. 1, 2010, pp. 25-35,

3. Nevertheless, more involvement of arbitration has not rid of some uncertainties that come with a procedure that parties need to tailor for their own benefit. The problem with privilege in international arbitration is related to the conceptual nature of legal privilege intertwined with circumstances where privileged evidence is admitted overriding the privilege justification⁶. It is alluded to the fact that this situation contrasts with national systems that have rules. However, neither these domestic rules entangle all privilege issues in international litigation nor national court or judges reach the same solutions. Even within the same country, there are different positions that can be followed in order to determine whether to accept a legal privilege to be governed by foreign law, such as in the United States⁷. This situation contrasts with little guidance on the law applicable to privilege in continental systems like Spain or Germany.

4. The international community expressed controversial views on the creation of new arbitral rules on privilege. For example, in a 2018 survey, 48% of respondents consider that there should be arbitration rules, whether institutional or *ad hoc*, including provisions on privilege meanwhile 52% of respondents do not consider necessary to have more arbitration rules on privilege⁸. Recently some partners have raised their voice for clearer guidance on the issue because determining privilege rules can be costly and complex⁹. This view seems a minority, as the last reform on the Taking of Evidence in International Arbitration of the IBA Rules does not specify new rules on privilege.

5. It is usually said that there is a lack of rules to guide arbitrators to decide which privilege law to apply¹⁰. However, the true situation is that there is a lack of rules that bind arbitrators to determine the choice of law approach to follow when deciding privilege law, absent a clear choice by the parties. Is there any need of a uniform standard to guide arbitrators all over the world? Should arbitrators not be free to choose wherever law they consider? Is there any need to have a fast and hard rule when a culture of arbitration is already in place? This study tries to shed light on these questions from a critical perspective.

6. The structure of the article is the following. Section II examines terminological questions around the concepts of confidentiality, professional secrecy, and legal privilege. It dives in comparative law with a transatlantic perspective on common law and civil law jurisdictions. It tries to go to the heart of the matter explaining the functions that legal privilege serves. Section III opens a range of possibilities for the law applicable to legal privilege from parties' agreement to the selection of arbitrators. Different options are analyzed: institutional rules, the well-known IBA Rules, and advantages and shortcomings of each applicable law to consider in the closest connection test. Next, section IV explains one type of test based on equal treatment that arbitrators have used, considering the problematic questions of public policy. Section V offers the tension between clarity and flexibility dealing with the choice-of-laws in legal privilege. Afterwards, section VI studies the option to resort to a transnational approach with the foundation of a European concept of legal privilege based on the Court of Justice of the European Union jurisprudence. Moreover, section VII comments the Unified Patent Court Rules on privilege law as a model in international IP disputes. Finally, this article concludes with some remarks to consider on this complicated topic.

p. 31: "arbitration enhances a relative measure of adjudicatory neutrality, which in turn promotes respect for shared ex ante expectations at the time of a contract or investment".

⁶ J.D.M. LEW, "Document Production and Legal Privilege in International Commercial Arbitration", in D. D. CARON, ET AL, *Practising Virtue: Inside International Arbitration*, Oxford University Press, 2015, p. 347.

⁷ See A. MÖCKESH, *Attorney-Client Privilege in International Arbitration*, Oxford University Press, 2017, pp. 165-170.

⁸ QUEEN MARY & WHITE & CASE, *2018 International Arbitration Survey*, p. 34 [http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-\(2\).PDF](http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-(2).PDF)

⁹ R. COWLEY/ Y. LILLEY, "Conflict of privilege rules in international arbitration, A call for clearer guidance", *International arbitration report*, Norton Rose, Issue 7. 2016, p. 29. C. BEHARRY, "Objections to Requests for Documents in International Arbitration: Emerging Practices from NAFTA Chapter 11", *ICSID Review*, Vol. 27, No. 1, 2012, pp. 33-64, p. 64, affirms that IBA Rules "should articulate applicable rules, as opposed to merely guiding privilege, with respect to evidentiary privileges".

¹⁰ G. B. BORN, *International Commercial Arbitration*, 3rd Ed., Kluwer Law International, 2021, p. 2550.

II. Terminology, comparative law and functions of legal privilege

1. The question of different terminology: confidentiality, professional secrecy and legal privilege

7. Confidentiality is a broader concept than privilege¹¹ because the former concept concerns information shown in arbitral proceedings regarding third parties¹². Confidentiality governs whether the hearings, the briefs or the award needs to be kept secret or public towards third parties other than the arbitration procedure¹³. For instance, the Spanish Arbitration Act states that: The arbitrators, the parties and the arbitration institutions, where appropriate, are obliged to keep the confidentiality of the information they learn through arbitration proceedings [art. 24(2) Spanish Arbitration Act]¹⁴. Therefore, confidentiality in international arbitration relates to the duty of the parties to exclude to third parties any documents created for the purpose of the hearing¹⁵. An arbitration is usually confidential, so the information that occurs in the arbitration proceeding is not disclosed to third parties or the public¹⁶.

8. However, “professional secrecy” or “legal privilege” refers to a specific question of admissibility of evidence¹⁷. Legal privilege is confidentiality within the arbitration proceeding itself between a party and their lawyers, thus, certain communications do not come to light in the proceeding. A privilege is defined by some scholars as “a legally recognised right to withhold certain testimonial or documentary evidence from a legal proceeding, including the right to prevent another from disclosing such information. Whether developed judicially or by statute, each privilege reflects a judgment that the social value of excluding evidence outweighs the influence such evidence may have in ascertaining truth in a particular case. Privileges therefore reflect the public policy of the legal system that grants them.”¹⁸

9. In addition, “Professional secrecy” is used in civil law countries while “legal privilege” is preferred in common law countries. Professional secrecy of communications between lawyers and clients implies the right of a party or a third party to refuse to show documents or testify in an arbitration proceeding¹⁹. Professional secrecy was not invented to cover the lawyers conduct, but to guarantee that the truth can only be obtained through legal paths, respecting the presumption of innocence. First, the right to confidentiality of communications between lawyer and client is understood as a right of the client that can be invoked in the event of an undergoing inspection by regulatory authorities to protect those communications and documents prepared by their lawyers. By the same token, professional secrecy is a duty that falls on the lawyer who provides legal advice, in the sense that it is about preventing a third party or an authority from knowing documents directly related to civil proceedings.

¹¹ E. SILVA ROMERO, “De la confidencialidad del arbitraje internacional y materias aledañas”, in E. GAILLARD, D. FERNÁNDEZ ARROYO, L. CHATELAIN, LUCIE, & R. F. ALVES, *Cuestiones claves del arbitraje internacional* (1st ed., Biblioteca de derecho de la globalización-CEDEP), Bogotá, D.C: Editorial Universidad del Rosario, 2013, pp. 165-188.

¹² Spanish legislation expressly establishes confidentiality as a legal obligation (art. 24.2 Spanish Arbitration Act 2003) that grants the “right” to the parties not to reveal anything that happens in the arbitration procedure. M. SINDLER & T. WÜSTEMANN, “Privilege Across Borders in Arbitration: Multi-Jurisdictional Nightmare or a Storm in a Teacup?”, *ASA Bulletin*, Vol., 23, No. 4, 2005, pp. 610-639, pp. 613-614, p. 635. J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Trayectoria y contornos del mito de la confidencialidad en el arbitraje comercial”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, Vol. I, No. 2, 2009, pp. 335-378, p. 336.

¹³ FERNÁNDEZ ROZAS, “Trayectoria y contornos...”, *op.cit.*, p. 337.

¹⁴ Spanish Arbitration Act 60/2003, 23 December, BOE No. 309, 26.12.2003.

¹⁵ M. COLLINS, “Privacy and Confidentiality in Arbitration Proceedings”, *Texas International Law Journal*, vol. 30, 1995, pp. 121-134, p. 126.

¹⁶ With more exceptions in investment arbitration.

¹⁷ P. HEITZMANN, “Confidentiality and Privileges in Cross-Border Legal Practice: The Need for a Global Standard?”, *ASA Bulletin*, Vol. 26, No. 2, 2008, pp. 205-239, p. 207. A. BRAVO AND V. ARIAS, “Legal Privilege and Confidentiality in Spain”, in D. GREENWALD AND M. RUSSENBERGER (eds.), *Privilege and Confidentiality* 2nd Ed., IBA, 2012, §15.13.

¹⁸ R. MOSK, & T. GINSBURG, “Evidentiary Privileges in International Arbitration”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 50, No. 2, 2001, pp. 345-385, p. 346.

¹⁹ MÖCKESCH, *Attorney-Client Privilege ...*, *op.cit.*, pp. 13-14.

10. Moreover, the legal characterization of these two concepts is different. On the one hand, professional secrecy has a legal nature. It is a right of the attorney arising from the law. In some countries from the highest norm, for example, professional secrecy is enshrined in the 1978 Spanish Constitution, article 18 (3). By contrast, legal privilege under English and U.S. law is a client's right. On the other hand, confidentiality has a contractual nature; there is a contractual commitment between the parties but not everything that is confidential is included within privilege. However, legal privilege is confidential by nature.

2. Comparative law: some substantive differences

11. In this section, some substantive differences between legal privilege and professional secrecy are analyzed. First, the issue of who can invoke legal privilege. Second, types of legal privilege under English law as English itself is the dominating language used in international contracts. Third, a need to identify who is a client to be protected by privileged law is discussed in some jurisdictions. Fourth, a personal approach in contrast with an *in rem* approach to privileged information is explained. Fifth, since professional secrecy is established as a duty in some jurisdictions, it is necessary to understand the benefits of professional secrecy. Sixth, in-house counsel privilege controversy is explained.

12. First, the lawyer invokes the legal privilege, not the client as occurs in Spain, the Netherlands²⁰, Germany²¹ and Switzerland²². This lawyer's duty is also reflected in the waiver of privilege, as the consent of the client is necessary to waive privilege deliberately but not sufficient in civil law jurisdictions. The lawyer has also a right of privilege and only he can waive it²³. This situation contrasts with English law and U.S. law where the privilege belongs to the party²⁴. Eventually, a party may waive protection under privilege in common law jurisdictions. The client is the only person able to waive the privilege under English law²⁵. Moreover, the definition of client has been construed very narrowly under English law²⁶. For example, where corporations retain lawyers, the client is not deemed to be all company employees²⁷ although this narrow definition of client under the *Three Rivers* case has been criticized in other common law jurisdictions, such as Singapore²⁸ and Australia.

13. On the dichotomy of the privilege belonging to the client or to the lawyer²⁹, the International Association of Lawyers on a Collective Members' Statement on Professional Privilege declares that "legal professional privilege belongs to and protects the client" and they coined the expression

²⁰ V. AFFOURTIT & F. MATTHEIJER, *Lex Mundi Netherlands* (Feb. 15, 2020) <https://interactiveguides.lexmundi.com/lexmundi/lex-mundi-global-attorney-client-privilege-guide/netherlands>

²¹ MÖCKESCH, *Attorney-Client Privilege ... op.cit.*, p. 96.

²² N. GREGOIRE, *Evidentiary privileges in international arbitration*, Genève, Schulthess, 2016, p. 63.

²³ BRAVO & ARIAS, "Legal Privilege and Confidentiality in Spain", *op.cit.*, §15.7.

²⁴ MÖCKESCH, *Attorney-Client Privilege ... op.cit.*, p. 44. Also in Australian law, see *Baker v Campbell* (1983) 153 CLR 52 at 85 (Murphy J).

²⁵ *Quinn Direct Insurance Ltd v Law Society of England and Wales* [2010] EWCA Civ 805.

²⁶ *Three Rivers District Council and others v Governor and Company of the Bank of England* (No. 5) [2003] EWCA Civ 474 ('*Three Rivers*'). (A unit created within the bank was the "client". The unit was composed by three men). "*Three Rivers* (No 5) confines legal advice privilege to communications between lawyer and client, and the fact that an employee may be authorised to communicate with the corporation's lawyer does not constitute that employee the client or a recognised emanation of the client."

²⁷ *RBS Rights Issue Litigation* [2016] EWHC (Ch.) 3161,[64].

²⁸ Singapore Court of Appeal in *Skandania Enskilda Banken AB (Publ), Singapore Branch v Asia Pacific Breweries (Singapore) Pte Ltd and others* [2007] 2 SLR 367, ["When a company retains solicitors for legal advice, the client must be the company. But since a company can only act through its employees, communications made by employees who are authorised to do so would be communications made 'on behalf of his client'. The only relevant issue is whether the communication is made for the purpose of obtaining legal advice, and if so, the communication falls within the privilege, provided that other requirements of the privilege are present, viz, that the communications are confidential in nature, and the purpose of the communication is for the purpose of seeking legal advice. Authorisation need not be express: it may be implied, if that function is related to or arises out of relevant employee's work."]

²⁹ INTERNATIONAL ASSOCIATION OF LAWYERS, *International Report on Professional Secrecy and Legal Privilege*, Nov. 2019, p. 95, available at: https://www.uianet.org/sites/default/files/international_report_professional_secrecy.pdf

“client privilege” as a “fundamental human right and lawyer’s obligation to maintain” (2019)³⁰. They are tilting toward a common law approach in this sense, meanwhile they declare in the introduction that “variations and nuances among jurisdictions make a ‘one size fits all’ definition impossible”. Despite not being a study for the purposes of “harmonizing” legal privilege on an arbitration setting, the statement affirms that “it is commonly held that, in the international commercial arbitration, any matters subject to attorney-client privilege are excluded from disclosure obligations, whether they are documents or verbal statements. The IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration in 2010 also materialize this principle.”³¹ Therefore, it is highly remarkable that legal privilege is more a right of the client than anything else under the proposal approach of the International Association of Lawyers.

14. This view contrasts with national Attorneys’ Codes of Conduct which expresses that the duty of confidentiality is also a fundamental right for lawyers³². For example, art. 9 of the Italian Lawyers Code of Conduct, (*Codice di Deontologia*) approved by the Central Governing Board of the Italian Bar (*Consiglio Nazionale Forense*) on April 17, 1997, in section 1 considers that *1.- Attorneys have the duty and the fundamental right not to disclose the subject matter of the professional services provided to clients or information received from clients, or otherwise obtained in connection with the carrying out of the professional mandate.*³³

15. The implications of “property” of legal privilege are considerable because the waiver of the privilege can only be invoked by the client (like in the UK or the United States) or the lawyer (such in the Netherlands) or neither of them (like in France).

16. Second, legal privilege is differentiated in two occasions: legal advice and intervention in judicial proceedings³⁴. English ‘legal professional privilege’ division between ‘legal advice privilege’ and ‘litigation privilege’ presents analogues (not always perfect ones) to the American notions of ‘attorney-client’ privilege and the ‘work product’ doctrine.³⁵ One exception is that legal privilege does not display its effects in the event that the lawyer is acting or following instructions to commit an offense.

17. Legal Advice Privilege in England and Wales implies a substantive right to withhold production of confidential communications between a lawyer and the lawyer’s client for the purpose of giving or receiving legal advice. However, communications of solicitors with third parties that are not for the purpose of preparing for the defence or bringing the action are not privileged³⁶.

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.*, p. 44.

³² Judgment of 21 February 1975, ECtHR, *Golder v. United Kingdom*, paras. 26-40. Judgment of 26 June 2007, Case C-305/05, *Ordre des barreaux francophones and germanophones*, (EU:C:2006:788), para. 41.

³³ See Declaration of Franco Ferrari in Support of Guess Inc.’s Opposition to Gucci America, Inc.’s Motion for a Protective Order Against the Disclosure of the Privileged Communications of Non-Party Guccio Gucci S.P.A.’S in-House Intellectual Property Counsel Vanni Volpi) 2010 WL 10805084 (S.D.N.Y.) (Expert Report and Affidavit).

³⁴ *Anderson v Bank of British Columbia* (1876) 2 Ch D 644. The distinction between legal advice and litigation privilege began to emerge from three major Court of Appeal decisions later in the 19th century. *Anderson v Bank of British Columbia 1875–1876* L.R. 2 Ch. D. 644. held that the request by the principal was not privileged, in particular an English bank’s London manager for information directed to the branch manager in Oregon to find out the full facts of transactions on an account in respect of which a dispute had arisen. *Southwark and Vauxhall Water Company v Quick* (1877–1878) L.R. 3 Q.B.D. 315 involved certain documents being prepared to be laid before the company’s solicitor for his advice before the water company sued its former engineer but when the action was contemplated. The Court of Appeal held that they were privileged. In *Wheeler v Le Marchant* (1881) L.R. 17 Ch. D. 675 It was held that while communications between the defendant and the estate’s solicitors were privileged, the reports of the estate agent and surveyor were not. The Court of Appeal rejected the contention that legal advice privilege applied to other than communications between client and lawyer. Phipson *on Evidence*, 19th Ed. *Consolidated Mainwork Incorporating Second Supplement*, para. 23-68. Regarding Anderson case, Phipson writes: ‘a modern view would have been that litigation in respect of the account was in reasonable prospect, the distinction between legal advice and litigation privilege was then in its infancy and the judgments proceeded on the basis that litigation privilege did not apply’ citing Bingham LJ in *Ventouris v Mountain* [1991] 1 W.L.R. 607 at 612; and Longmore LJ in *Three Rivers (No.5)* [2003] Q.B. 1556 at [10].

³⁵ PARK, “Arbitrators and Accuracy...”, *op.cit.*, pp. 47-48.

³⁶ According to Cotton LJ, “it is not necessary, in order to enable persons freely to communicate with their solicitors and obtain their advice” Court of Appeal in *Wheeler v Le Marchant* (1881) 17 Ch D 675.

18. Legal Advice Privilege applies to a lawyer's drafts of documents and memoranda prepared for giving legal advice without considering whether these documents are ultimately communicated to the client. This test is called Working Papers' doctrine³⁷. However, this does not attach to documents prepared by the client that are not intended to be transmitted to the lawyer. For instance, interviews with employees or translations of a pool of "unprivileged" documents fall within the scope of own client documents³⁸.

19. The test to determine whether the lawyers' working papers, like annotation by counsel, are privileged needs to consider if the documents would "give a clue" to the trend of advice being proffered if the documents were disclosed³⁹. For example, verbatim transcripts of unprivileged interviews would themselves not be privileged⁴⁰.

20. According to English doctrine, a claim for privilege is an unusual claim because "the party claiming privilege and their legal advisers are judges in their own case, subject of course to the power of the Court to inspect the documents"⁴¹. Therefore, the court must be very careful and a claim to privilege should be as specific as possible. A document collecting information from interviews of employees to later consider them and provide advice to a client must be distinct from a document which itself reveals that advice⁴². For example, an attendance note between two parties' solicitors which are not confidential do not attach privilege⁴³. In contrast, a verbatim transcript of the conversation which discloses the questions asked by the lawyers would attract privilege under the lawyers' working papers test⁴⁴.

21. Third, in civil law countries like Belgium, Austria and the Netherlands there is not a test for the identification of the client for the purpose of establishing the confidential nature of communications or documents. The legal entity that instructed the attorney is deemed to be the client⁴⁵, because there are no general guidelines for determination of the client within the corporate structure. By contrast, under the U.S. control group restriction, courts consider whether the entity is exercising control within the corporate group or is a controlled entity. This theory has been rejected under English law because it tends to "frustrate the very purpose of the privilege" and it is unpredictable⁴⁶. Yet, civil law authorities have not developed any theory to distinguish between a controlled entity or an entity controlling the corporate group. Therefore, any entity within a corporate structure that has communicated with the attorney may deem to be the client⁴⁷. For example, under Danish law no distinction is made between levels of authority or employees⁴⁸. There are two factors to discern whether the information is subject to the duty of confidentiality: the information is obtained about a client and that was received by the lawyers in the course of his duties. Thus, any person within the corporation and not only the members of the Board of Directors or the CEO can provide such information to the lawyer, so such correspondence is subject to privilege.

³⁷ *Three Rivers DC v Bank of England* (No 5) [2003] EWCA Civ 474,

³⁸ *Sumitomo Corporation v Credit Lyonnais Rouse* [2001] EWCA Civ 1152, [71] (Court of Appeal).

³⁹ *Eady J in Imerman v Tchenguiz* [2009] EWHC 2902 (QB) held (at §16), cited in *RBS Rights Issue Litigation* [2016] EWHC (Ch.) 3161,[102].

⁴⁰ *Property Alliance Group v RBS (No 3)* [2015] EWHC 3341 (Ch) (at §24), Birss J.: "a record of a non-privileged conversation, whether in the form of a verbatim note or a transcript, cannot itself be privileged if the underlying conversation was not privileged."

⁴¹ *West London Pipeline v Total* [2008] EWHC 1729 (Comm) *per* Beatson J (as he then was) at §86. *RBS* [108]. (2) The Court must be particularly careful to consider the basis on which the claim for privilege is made. (3) Evidence filed in support of a claim to privilege should be as specific as possible without making disclosure of the very matters that the claim for privilege is designed to protect.

⁴² *Sumitomo Corporation v Credit Lyonnais Rouse* [2001] CP Rep 72. *RBS Rights Issue Litigation* [2016] EWHC (Ch.) 3161,[112].

⁴³ Court of Appeal in *Parry v News Group Newspapers* [1990] 141 NLJ 1719 (CA)(114).

⁴⁴ *RBS Rights Issue Litigation* [2016] EWHC (Ch.) 3161,[112].

⁴⁵ Belgium L. WOLTERS W. KIRKPATRICK, Lex Mundi member firm for Belgium. (March 24, 2020).

⁴⁶ *RBS Rights Issue Litigation* [2016] EWHC (Ch.) 3161,[96].

⁴⁷ Bulgaria PENKOV, MARKOV & PARTNERS, Lex Mundi member firm for Bulgaria. (March 24, 2020)

⁴⁸ Denmark C. J. HANSEN, K. REUMERT, the Lex Mundi member firm for Denmark. (March 18, 2020)

22. Fourth, a personal approach to confidentiality means that documents are protected depending on the recipient and the originator of information. In civil law countries protection of documents is only guaranteed by virtue of the professional secrecy of lawyers. Lawyers acting in his legal capacity are entitled to claim professional secrecy and not clients. On the contrary, whether lawyers act as any citizen, his activities are not protected by professional secrecy⁴⁹. By contrast, common law countries maintain an approach *in rem* to confidentiality, which affords protection to the content of certain legal communication disregarding if the lawyers are in-house or external⁵⁰.

23. Fifth, professional secrecy is categorized as an obligation of certain professions such as lawyers and doctors to remain silent regarding information gathered during their professional relationship. It is not necessarily that the fact is secret for the lawyer to have the obligation of non-disclosure which contrasts with the common law doctrine where protection of legal privilege is only to communications made in confidence. In continental law, the professional duty and the client right are two sides of the same coin, but it is really the lawyer who can invoke professional secrecy to exclude production of communications protected by professional secrecy. Under Spanish law, only by referring to the notion of professional duty, it can be understood that there is a violation of professional secrecy if a client records a conversation with the opposing party in the lawyer's office and with her consent to present it as evidence later⁵¹.

24. Professional secrecy is created for the benefit of the system of justice with the professional duty of lawyers not to reveal confidential information covered by the secret. The secrecy is understood as absolute and indefinitely inviolable because it is based on public interest. Some countries maintain a strict professional secrecy regarding lawyers' partnership.⁵² Chinese walls are not enough for safeguarding the respect of independence and professional secrecy of lawyers⁵³. In this regard, a Dutch measure which prohibits lawyers practicing in the Netherlands to multi-partnership with professional accountants is necessary to protect independency and professional secrecy of lawyers. The CJEU held that this kind of measure is not contrary to EU law in the *Wouters* case⁵⁴. Thus, a distinction is highlighted between confidentiality of lawyers and auditors. However, the *Wouters* judgement would be different if there were specific European rules on lawyers' professional secrecy⁵⁵. Under the current situation, each EU Member State remains free to regulate the exercise of the legal profession within its territory. Consequently, the rules may differ substantially from one Member State to another Member State. Domestic regulations imposing stricter confidentiality are possible to foster independence of lawyers *vis-à-vis* the public authorities and third parties.

25. Sixth, regarding in-house counsel privilege, in some jurisdictions in-house counsels enjoy legal privilege at the same level of external lawyers⁵⁶. In this regard, Lord Denning defense of inhouse

⁴⁹ On the contrary if lawyers act as any citizen, his activities are not protected by professional secrecy. See STS 1431/2003, 3 March 2003.

⁵⁰ On in-house protection see *infra* in this work.

⁵¹ STS 3583/1999, de 24 de mayo (Sala de lo Contencioso, sección 3).

⁵² CJEU, C-309/99, *Wouters and others*, 19.02.2002, (ECLI:EU:C:2002:98), (professional secrecy is part of the characteristics of a lawyer that is not comparable with an auditor). Opinion of Advocate General Philippe Léger of 10 July 2001, C-309/99 *Wouters* (ECLI:EU:C:2001:390), para. 180 considers that professional secrecy together with independence and the necessity to avoid conflict of interests are the essence of the profession of a lawyer in all Member States. Professional secrecy is the base for a trust relationship between a lawyer and his client. On the one hand, the lawyer is required to not disclose the information provided by his client even after the termination of his mandate and *vis-à-vis* third parties. On the other hand, professional secrecy is deemed to be an essential guarantee for freedom of individuals and the good functioning of justice. For the latter reasons, professional secrecy takes part of public policy in most Member States (para. 182).

⁵³ Opinion of Advocate General Philippe Léger of 10 July 2001, C-309/99 *Wouters* (ECLI:EU:C:2001:390), para. 194.

⁵⁴ CJEU, C-309/99, *Wouters and others*, 19.02.2002, (ECLI:EU:C:2002:98), para. 105 (professional secrecy is part of the characteristics of a lawyer that is not comparable with an auditor) ("the Bar of the Netherlands was entitled to consider that members of the Bar might no longer be in a position to advise and represent their clients independently and in the observance of strict professional secrecy if they belonged to an organization which is also responsible for producing an account of the financial results of the transactions in respect of which their services were called upon and for certifying those accounts.")

⁵⁵ With the exception on legal privilege in EU competition cases, see *infra* section VI.

⁵⁶ Examples of these countries are Spain or the UK. Also in Portugal, Greece, Denmark, Ireland, England, Wales and Scotland. *Lex Mundi Attorney-Client Privilege Guide*. BERGER, "Evidentiary Privileges: Best Practices...", *op.cit.*, 2006, p. 505.

lawyer privilege is highly persuasive: “They are regarded by the law as in every respect in the same position as those who practise on their own account. The only difference is that they act for one client only, and not for several clients. They must uphold the same standards of honour and of etiquette. They are subject to the same duties to their client and to the court. They must respect the same confidences. They and their clients have the same privileges.”⁵⁷

26. However, many civil law jurisdictions reject to apply lawyer-client privilege when the communications are with in-house counsels on the justification that in-house counsels are not subject to the Attorneys’ Code because they are not registered with the Bar. This situation occurs in France, Italy, Sweden, Belgium, Austria or Slovenia⁵⁸. The EU concept on legal privilege based on CJEU jurisprudence does not afford legal professional privilege to in-house lawyers⁵⁹. The reason to exclude legal privilege is that in-house lawyers are not independent from the firm they are hired. Moreover, in the CJEU jurisprudence the different treatment of an in-house lawyer and an independent lawyer is not considered an infringement of the principle of equal treatment. In their capacities as in-house lawyers they act in a different context, “owing, in particular, to the functional, structural and hierarchical integration of inhouse lawyers within the companies that employ them”⁶⁰. The idea of excluding the information of in-house lawyers from confidential protection lies at the fact that they are employees, and therefore, that they do not maintain a statute of independence as an autonomous lawyer. However, it is questioned whether independence is a matter related to the salaried nature of a company, or rather the existence of a dominant client for lawyers. It must be recalled that EU law independence of legal professionals comes from specific laws to prevent money laundering within the EU⁶¹. The Anti-money laundering Directives (AMLD) imposes reporting suspicious financial transactions by certain professionals, including lawyers⁶².

3. Functions of legal privilege

27. Despite different notions on legal privilege, no legal system can be imagined without the right to confidentiality of communications between lawyers and clients. The Edward report concluded

⁵⁷ *Alfred Crompton Amusement Machines Ltd v Customs and Excise Commissioners (No 2)* [1972] 2 QB 102, 129 per Lord Denning MR.

⁵⁸ J. SLADIĆ, “Professional secrecy and legal professional privilege: Slovenian perspective on arbitration and civil litigation”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 25, No. 2, 2018, pp. 188-207, p. 195. The Slovenian civil procedure code and the Law on Attorneys have been rather influenced by the Austrian civil procedure code until a point that a commentator consider them adaptations of Austrian legislation. After the last reform in 2017 also there is Swiss influence.

⁵⁹ Judgment of the Court (Grand Chamber) Case C550/07 P, *Akzo Nobel Chemicals Ltd, Ltd and Akros Chemicals Ltd v Commission* (hereinafter *Akzo II*), 14.09.2010. (ECLI:EU:C:2010:512), paras. 44-49.

Judgment of the Court of First Instance (First Chamber, Extended Composition), Joined Cases T-125/03 and T-253/03 *Akzo Nobel Chemicals and Akros Chemicals v. Commission*, 17.09.2007, (EU:T:2007:287), para. 174. This perspective was confirmed in *Akzo II*.

⁶⁰ Judgment Of The Court Of First Instance (First Chamber, Extended Composition) 17.09.2007, Joined Cases T-125/03 and T-253/03 *Akzo Nobel Chemicals and Akros Chemicals v. Commission*, (EU:T:2007:287), para. 174.

⁶¹ But also notaries, see *John Fish Report for the Council of Bars and Law Societies in Europe* (CCBE, 2004), p. 7: “this concept of independence at Community level is to be found in the imposition on legal professionals, pursuant to the EU money laundering Directive of reporting obligations concerning suspicious financial transactions. In particular, it will be noted that the exclusion from a reporting obligation by independent legal professionals can arise in certain privileged circumstances as described in Article 6 of Directive 91/308/EEC on prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering as substituted by Council Directive 2001/97/EC”.

⁶² Directive 91/308/EEC on prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering as substituted by Council Directive 2001/97/EC is the first AMLD, *OJ L 344*, 28/12/2001. (No longer in force). The current framework is composed of: Directive (EU) 2015/849 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing, amending Regulation (EU) No 648/2012 of the European Parliament and of the Council, and repealing Directive 2005/60/EC of the European Parliament and of the Council and Commission Directive 2006/70/EC. *OJ L 141*, 5.6.2015, (AMLD IV); and Directive (EU) 2018/843 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2018 amending Directive (EU) 2015/849 on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing, and amending Directives 2009/138/EC and 2013/36/EU, *OJ L 156*, 19.6.2018, (AMLD V).

that the differences between the laws of the different Community countries “lie more in the approach or in the method (unavoidable consequence of their different legal systems) than in the results.”⁶³ In our opinion, confidentiality of communications between lawyers and clients must be considered a universal value under the rule of law in democratic States⁶⁴. The most powerful argument to support the latest affirmation is that using arbitration to settle a dispute does not imply an automatic waiver of the right to legal privilege in communications between lawyers and their clients. However, substantive law on professional secrecy has been subject to various shakes by public authorities for years. This legislative policy has been shortening the perimeter of professional secrecy on money laundering, competition law and tax law in particular⁶⁵.

28. Legal privilege encourages open communications between lawyers and clients⁶⁶, satisfying parties’ expectations on confidentiality. It also impacts parties’ settlement opportunities, affecting counsel advice and downstream behavior concerning transnational legal advice⁶⁷. Most important, evidence disclosure or lack of disclosure effects the adjudication process result, and consequently, the arbitral award. Therefore, legal privilege plays a critical role in the conduct of arbitral proceedings.

29. Anticipating the law applicable to legal privilege over a claim gives power to structure commercial transactions, as the parties know the privilege applicable *ex ante* (before the dispute arises). The value of potentially relevant evidence changes to prioritize the value of lawyer-client open communications to provide the best possible legal advice for contentious and non-contentious matters.

30. Domestic statutes rarely express that legal privilege is also applicable to arbitration proceedings or ADR. However, the European Mediation Directive in recital 23 clearly refers to the privilege of mediation “in any subsequent civil and commercial judicial proceedings or arbitration”⁶⁸. In this sense, the Spanish Mediation Act provides that confidentiality of communication between parties relates to mediation privilege that refers to the exclusion of documents derived from the mediation or related to the mediation both to court and arbitral proceedings⁶⁹. Another exception is the Arbitration Act of Kenya [s. 20(4)] that states that “Every witness giving evidence and every person appearing before an arbitral tribunal shall have at least the same privileges and immunities as witnesses and advocates in proceedings before a court.”⁷⁰ Therefore, there is no reason why the scope of legal privilege should be different in arbitration⁷¹.

⁶³ Q. C. Edward, *The Professional Secret, Confidentiality and Legal Professional Privilege in Europe*, an Update on the Report by D.A.O. Edward, QC, the Council of Bars and Law Societies of Europe (CCBE), 2003, <http://www.europarl.europa.eu>”

⁶⁴ On the concept of universal value, see M. REIMANN, “Are there universal values in choice of law rules? Should they be any?”, in F. FERRARI, & D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, (eds.), *Private International Law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2019, pp. 178-194, p. 191: (“Beyond the various particular “values,” it should be an overarching premise that choice of law rules avoid fundamentally unfair results. At minimum, a result is fundamentally unfair if a party is subjected to obligations without a legitimate reason.”)

⁶⁵ J. M. ALONSO PUIG, “Secreto profesional y abogacía de empresa: un vínculo inescindible”, *Expansión Jurídico*, 16 March 2021, (“It could be said that attempts are made to objectify over and over again, reduced to a piece that is the object of apprehensive greed by the management and inspection bodies and, to a lesser extent, by the jurisdictional bodies. We obtain this negative reading from the attacks that, under the guise of organized crime, money laundering, competition law and tax law, are produced by the legislator.”) own translation, available at <https://web.icam.es/articulo-del-decano-jose-maria-alonso-en-expansion-juridico/>

⁶⁶ LEW, “Document Production and Legal Privilege in ...”, *op.cit.*, p. 348 (affirming this objective in the common law system).

⁶⁷ S. D. FRANCK, “International Arbitration and Attorney-Client Privilege - A Conflict of Laws Approach,” *Arizona State Law Journal*, Vol. 51, No. 3, 2019, pp. 935-1001, p. 938.

⁶⁸ See recital 23, Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters. *OJ L 136*, 24.5.2008.

⁶⁹ Spanish Mediation Act art. 9(2). Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. «BOE» núm. 162, de 7 de julio de 2012.

⁷⁰ P. BINDER, *International Commercial Arbitration and Mediation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law International, 2019.

⁷¹ J. H. CARTER, “Privilege Gets a New Framework”, *International Arbitration Law Review*, Vol. 13, 2010, p. 16.

31. On the one hand, arbitral jurisprudence also states that the Lawyer-Client privilege is “recognized in public international and international commercial arbitration rules and arbitral awards.”⁷²

32. On the other hand, rules on legal privilege are based on social values that are external to the trial process⁷³. Under common law and civil law, unreliable evidence or evidence with no probative value are excluded from the process because the goal is ascertaining the truth. Engaging in free communication and protecting communication with lawyers or settlement mediators are part of overriding social interests that prevail over relevant, probative and reliable evidence which is excluded in the trial process⁷⁴.

33. However, legal privileges reflect the public policy of a legal system that does not need to coincide with other systems. In this regard, evolution of protection of communications with in-house lawyers in Europe seems paramount. Likewise, harmonization in the process of private enforcement of competition law in relation to claim damages is a significant contribution to development on privilege laws within the EU. Since information asymmetry exists in areas of competition law litigation or consumer protection, this is the main reason to increase the right to obtain disclosure of relevant evidence to their claim, as the opposing party or third parties may be held exclusively the necessary evidence to prove a claim for damages. Making accessible to the claimant this type of evidence is deemed to be part of the principle of equality of arms⁷⁵.

34. When lawyer-client privilege is not expressly recognized, a general rule on confidentiality subject for lawyers in civil law jurisdictions provides for an equivalent protection. First, all information entrusted to a lawyer in his professional duties and all facts that has become aware by his professional capacity are confidential⁷⁶. Second, absent rules for discovery, clients cannot be compelled to disclose documents shared with their legal representatives. The key question is in which context the relevant information was obtained by the lawyer. Everything obtained in the course of his professional duties may be under the confidentiality provisions⁷⁷. However, professional secrecy or confidentiality under civil law jurisdictions may not be so wide as covering protection of communication with inhouse lawyers⁷⁸. Moreover, lawyers become a kind of “policemen” for the prevention of money laundering⁷⁹.

35. Differences in legal privilege have their roots in the specific evolution of jurisdictions and the scope of professional secrecy codification like Bar Associations codes of conduct⁸⁰. Lawyers are

⁷² *First Eagle v. Bank of International Settlements*, Bank for International Settlements: Procedural Order No. 6 (Order with Respect to the Discovery of Certain Documents for Which Attorney-Client Privilege Has Been Claimed), 11 June 2002 VOLUME XXIII pp. 169-182, p. 180, *Reports Of International Arbitral Awards* available at https://legal.un.org/riaa/cases/vol_XXIII/169-182.pdf See also *Vito Gallo v Government of Canada*, NAFTA/UNCITRAL/ PCA. Procedural Order No. 3, p. 13 (8.04.2009): “the arbitral tribunal is of the view that Solicitor-Client Privilege and analogous concepts of confidentiality are widely observed in different States. Thus it cannot be dispensed with in a proceeding governed by international law on the ground that domestic law is not the governing law”.

⁷³ H. ALVAREZ, “Evidentiary Privileges in International Arbitration”, in ALBERT JAN VAN DEN BERG (ed), *International arbitration 2006: back to basics?*, ICCA Congress Series, vol. 13, Kluwer Law international, 2007, pp. 663-704.

⁷⁴ See the acknowledgement of legal professional privilege in the 2021 ELI-UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure, available at <https://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/eli-unidroit-rules/200925-eli-unidroit-rules-e.pdf>. For legal doctrine, see F. GASCÓN INCHAUSTI, M. STÜRNER, “Access to information and evidence in the ELI/UNIDROIT European rules on civil procedure: some fundamental aspects”, *Uniform Law Review*, Vol. 24, No. 1, 2019, pp. 14-41, pp. 23-24.

⁷⁵ Recital 15, Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union, OJ L 349/1, 5.12.2014.

⁷⁶ See for example, §9(2) of the Austrian Attorney’s Code [“Rechtsanwaltsordnung”].

⁷⁷ C. HEMPEL, *Lex Mundi Attorney-Client Privilege Guide Austria* (March 25, 2020). But not when the attorney communicates in his capacity of director of a company, this is not “legal representation”, N. GREGOIRE, *Evidentiary privileges...*, *op.cit.*, p. 64.

⁷⁸ See *supra* in this work.

⁷⁹ E. ARRIBAS LÓPEZ, “Sobre los límites del secreto profesional del abogado”, *Revista Jurídica de la Región de Murcia*, No. 43, 2010, pp. 15-41. P. AZAUSTRE RUIZ, “Marco procesal del secreto profesional en la entrada y registro de despachos de abogados”, *Revista de Derecho y proceso penal* No. 221, 2012, pp. 15-36.

⁸⁰ For common law, see HAZARD, G., “An Historical Perspective on the Attorney-Client Privilege”, *Calif. L. Rev.* vol. 66,

obliged to keep professional secrecy and they can be sanctioned if improperly disclose legal communications with clients⁸¹. In civil law countries such as Spain and France, legal privilege “is considered a matter of professional ethics rather than a rule of disclosure an (sic) evidence”⁸².

36. On the other hand, under English law, Lord Hoffman considered privilege a “fundamental human right” and a “necessary corollary of the right of any person to obtain skilled advice about the law”⁸³. Indeed, legal privilege is a fundamental human right protected under the European Convention of Human Rights (ECHR) article 6, despite absence of an explicit reference to the rights of parties to consult with a lawyer. The European Court of Human Rights developed the right to access to the court and encompasses the right to consult a lawyer with a view to contemplated proceedings⁸⁴.

37. Moreover, according to the Court of Justice of the European Union, “The protection of written communications between lawyer and client is an essential corollary to the full exercise of the rights of the defence”⁸⁵. In a similar vein, under Australian case law, legal privilege “represents some protection of the citizen — particularly the weak, the unintelligent and the ill-informed citizen — against the leviathan of the modern state. Without it, there can be no assurance that those in need of independent legal advice to cope with the demands and intricacies of modern law will be able to obtain it without the risk of prejudice and damage by subsequent compulsory disclosure ...”⁸⁶.

III. Resources for choosing the law applicable

1. Parties’ agreement

38. An arbitration agreement creates normative expectations, and the arbitrator function is upholding such expectations. Since the parties enjoy freedom to select the law applicable to the merits and to the procedure, they can also select the law applicable to production objections, mainly due to privilege protection. Applying the law chosen by the parties is fair because the parties on their volition have decided such rule in consonance with the international principle of party autonomy. This follows a private law model that fosters efficiency⁸⁷.

39. It is usually argued in favour of legal privileges that governmental and private parties may be reluctant to submit disputes to arbitration if international arbitrators ignore important privilege rules⁸⁸. This argument implicitly suggests that legal privilege constitute international public policy.

1978, pp. 1061 y ss., p. 1070. RADIN, M. “The Privilege of Confidential Communications Between Lawyer and Client”, *Calif. L. Rev.*, vol. 16, 1928, p. 487 y ss., p. 188.

⁸¹ D. KUITKOWSKI, “The Law Applicable to Privilege Claims in International Arbitration”, *Journal of International Arbitration*, vol. 32, no. 1, 2015, pp. 65–106, p. 70.

⁸² V. CAMERER, CH. G. HIOUREAS, “Glamis Gold, Ltd. v. United States: A Case Study on Disclosure Procedures in International Arbitration”, *World Arbitration and Mediation Review* Vol. 2, No. 3, 2008, p. 33.

⁸³ *R. v Inland Revenue Commissioners Ex p. Morgan Grenfell & Co Ltd*, *R. v Special Commissioners of Income Tax Ex p. Morgan Grenfell & Co Ltd*, 2002 WL 819949 (2002) “The Taxes Management Act 1970 s.20(1) could not be construed as implying that a tax inspector could, by the issue of a notice, require the disclosure of documents which were subject to legal professional privilege.”

⁸⁴ It means that the classical UK litigation privilege is included but not the legal advice privilege. C. HOLLANDER, *Documentary Evidence*, Sweet & Maxwell, 13th Ed, 2018, para. 12-03. See the latest study of L. BACHMAIER WINTER, “Lawyer-client privilege en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, L. BACHMAIER WINTER, (coord.), *Investigación penal, secreto profesional del abogado, empresa y nuevas tecnologías: retos y soluciones jurisprudenciales*, Cizur Menor, Aranzadi, 2022.

⁸⁵ Case 155/79, *AM & S Europe Limited v Commission* [1982] ECR 01575, paras. 18-23.

⁸⁶ *Baker v Campbell*, (1983) 153 CLR 52 para. 120 (Deane J) (investigation by regulatory authorities). Australian case law.

⁸⁷ On law models, see R. MICHAELS, “Economics of Law as Choice of Law”, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 71, 2008, pp. 73-105.

⁸⁸ MOSK & GINSBURG, “Evidentiary Privileges in...”, *op.cit.*, p. 381.

40. However, parties cannot expect that arbitrators have complete knowledge of the municipal law of the parties regarding legal privilege⁸⁹. Therefore, the burden of proof must be on the person asserting the privilege⁹⁰. This reasoning does not seem consistent for legal privilege if the arbitrator considers that they are part of general principles of law⁹¹, he/she could apply it without a party invoking the privilege law.

41. Moreover, if privilege law forms part of the public policy (*ordre public*) of a jurisdiction in which it is most likely that the arbitral award shall be appealed or be enforced, the privilege not invoked by the parties may still be applied *ex officio* by arbitrators.

42. Whether the parties accept to be subject to their home jurisdiction privilege law, even if this results in an unequal treatment, the arbitral tribunal will pursue that parties' choice, unless mandatory norms of the seat of arbitration prohibits that solution. In case of overriding transnational public policy on privilege, it should be clearly spelled in the legislation of the seat of arbitration or the potential and likely enforcement state law.

2. Arbitrator selection

43. In the absence of a chosen law, the arbitrator is still bound to adjudicate the dispute considering privilege law pleaded by the parties if this selection entails a fair treatment. As known, the selection of an arbitral forum does not entail a waiver of privilege law⁹². Once positive norms that the parties have made available to the arbitrator for the specific case have been identified, the lawyer's purpose is the material interest of his client. Thus, the lawyer chooses those rules which favor his client's interests and twists in its own way since his personal assessment's filter has not been overcome by the opposite rules. Only in that regard, it can be understood the accusations of perversion of legal privilege by litigators, when privilege is used as a sword instead of as a shield. This fear of perversion is significantly higher in the context of inhouse lawyers' privilege⁹³, where risk of abuse of privilege has been experienced sometimes⁹⁴.

44. However, arbitrators are obliged to manage parties' expectation and to avoid surprises,⁹⁵ even on topics that are such controversial as privilege rules in international litigation and not only in arbitration proceedings.

A) Arbitral institutional rules

45. Most institutional arbitral rules do not mention conflicts that arise on procedural law with respect to privilege⁹⁶. They are at most guidelines, points of reference that the arbitrator has in his hands

⁸⁹ *Ibid.*, p. 384.

⁹⁰ BORN, *International Commercial Arbitration*, 3rd Ed., *op.cit.*, p. 2555.

⁹¹ For an example of this approach see HEITZMANN, "Confidentiality and Privileges...", *op.cit.*, p. 236.

⁹² P. ASHFORD, *The IBA Rules on the taking of evidence in international arbitration: a guide*, Cambridge University Press, 2013, p. 158. BORN, *International Commercial Arbitration*, 3rd Ed., *op.cit.*, p. 2553.

⁹³ E. T. KANG, "Attorney-Client Privilege and Abuse of Privilege", *The Legal Intelligencer*, April 11, 2019, <https://www.law.com/thelegalintelligencer/2019/04/11/attorney-client-privilege-and-abuse-of-privilege/?slreturn=20210220165625> (at Lexisnexis or Bloomberg Law)

⁹⁴ M.V. CIRESI, R. B. WALBURN, & T. D. SUTTON, "Decades of Deceit: Document Discovery in the Minnesota Tobacco Litigation", *William Mitchell L. Rev.*, vol. 25, 1999, p. 477 ff, pp. 499-500.

⁹⁵ N. FREEMAN ENGSTROM & R. L. RABIN, "Pursuing Public Health Through Litigation: Lessons from Tobacco and Opioids", *Stan. L. Rev.*, vol. 73, No. 2, 2021, pp. 285-362, p. 297. ["Defendants "stonewalled rather than answer even simple and straightforward questions, hid behind exaggerated (or wholly manufactured) claims of attorney-client privilege, and made it "extremely difficult to take any depositions of corporate personnel."]

⁹⁶ J. HOPE, "Playing by the rules in international arbitration: what are the rules?", *European international arbitration review*, vol.1, pp. 155-175, p. 174.

⁹⁶ BORN, *International Commercial Arbitration*, *op.cit.*, p. 2550.

thanks to the parties' autonomy. Parties in arbitration proceedings know that the arbitrator has a great margin of discretion. Therefore, his/her personal criterion as an adjudicator will be decisive, inclinations and biases included. For example, artificial intelligence may be used to predict the outcome of a dispute by an arbitrator based on his previous decisions. However, there is no evidence that selection of arbitrators is made considering privilege opinions because in any case, this is only one of the decisions that arbitrators need to take during the arbitral proceeding.

B) IBA Rules on Taking of Evidence

46. Determination of the rules governing document production could be enhanced by establishing default procedural rules, which would amount to an increase of predictability. Moreover, default procedural rules have power to shape perception of users of international arbitration. Two methods are proposed by commentators from expanding rules of international arbitration institutions to specifying guidelines⁹⁷. The most developed rules on privilege are the International Bar Association ("IBA") Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (1983, 1999, 2010, 2020). Since their first version in 1983, the IBA Rules have been revised four times. The last reform was published on 17 December 2020.

47. First, Article 9 of the IBA Rules is the second most referenced provision of these Rules, approximately 13 per cent of all references⁹⁸. As consisting with arbitration proceedings, the tribunal has no obligation to follow strict rules of evidence in contrast to a judicial court, except mandatory provisions of the seat of arbitration, both substantive and procedural. Although overriding mandatory rules are substantive by nature, the fact that there is a controversy on characterization of privileges rules as procedural or substantive makes relevant the theory of overriding mandatory rules. In practice, a tribunal does not ignore the law of the seat of arbitration and may consider the parties' expectations and their advisers, usually trained in a national jurisdiction, any parties' agreement made and the relevant institutional rules.

48. However, rules of arbitral institutions⁹⁹ and arbitrations laws of many States acknowledge the principle of freedom and discretion of the arbitral tribunal to determine the admissibility, relevance, materiality, and weight of evidence, following the UNCITRAL Arbitration Model Law¹⁰⁰. Article 9(1) of the IBA Rules states that general principle as well. Therefore, the mode of conducting the arbitral proceeding is determined by the arbitral tribunal, which has the power of general discretion. General discretion of the arbitral tribunal has been ruled by national courts, including U.S. courts¹⁰¹. Nevertheless, the arbitral tribunal under the IBA Rules is subject to due process considerations, in particular, respect of each party to have a fair opportunity to present its case¹⁰².

49. Second, "Rules" is a misnomer because the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration are mere guidelines, and they are not straight forward¹⁰³. On the one hand, the IBA

⁹⁷ W. W. PARK, "The 2002 Freshfields Lecture -- Arbitration's Protean Nature: The Value of Rules and the Risks of Discretion", *Arbitration International*, vol. 19, no. 3, 2003, pp. 279-301, p. 283: "the benefits of arbitrator discretion are overrated; flexibility is not an unalloyed good; and arbitration's malleability often comes at an unjustifiable cost. Serious consideration to adopting provisions with more precise procedural protocols to serve as default settings for the way arbitrations should actually be conducted. These directives would explicitly address questions such as documentary discovery, privilege, witness statements, order of memorials, allocation of hearing time, burden of proof and the extent of oral testimony."

⁹⁸ R. KHODYKIN AND C. MULCAHY, *A Guide to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, Oxford University Press, 2019, second only to Article 3, (s. 12.2).

⁹⁹ For example, By-laws of the Spanish Bar Association, Estatutos ICAM, art. 29.3: "Corresponde a los árbitros decidir, mediante orden procesal, sobre la admisión, pertinencia y utilidad de las pruebas propuestas o acordadas de oficio"

¹⁰⁰ Art. 19 (2) UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006, Vienna, accessible at uncitral.un.org

¹⁰¹ G. B. BORN, *International Commercial Arbitration*, 2nd. ed., Kluwer Law Arbitration, 2014, pp. 2146-49.

¹⁰² See Preamble 1 and 3 IBA Rules.

¹⁰³ K. P. BERGER, "Evidentiary Privileges Under the Revised IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration", *Int. A. L. Rev.*, Vol. 13, No. 5, 2010, pp. 171-179, p. 171: "Such conflict would have been inconsistent with the soft-law

Rules have developed into a commonly accepted standard in international arbitration proceedings¹⁰⁴ that reflect a “compromise among the approaches of different legal systems”¹⁰⁵. On the other hand, they have been accused of constituting a misguided combination of various aspects of different traditions¹⁰⁶. Article 9(2)(b) of the IBA Rules specifically mentions legal impediment or privilege under the legal or ethical rules determined by the Arbitral Tribunal to be applicable.

50. Article 9(4) (a) IBA Rules refers to attorney client privilege. Article 9(4)(b) IBA Rules is about settlement privilege. Article 9(4)(c) IBA Rules mentions expectations of parties and their advisors at the time the privilege is said to have arisen. Article 9(4) (d) IBA Rules refers to any possible waiver of any applicable privilege. Finally, Article 9(4)(e) IBA Rules expresses the need to maintain fairness and equality between the parties, particularly if they are subject to different legal or ethical rules¹⁰⁷. All of these consist of substantive guidelines, but they do not resolve the conflict of values that arise when dealing with the IBA Rules. The language of the IBA Rules [Article 9(4)] is clear in using “may” and not “should” or “must”, when providing arbitral tribunals some light on deciding the standard for attorney-client privilege. Therefore, the tribunal may consider “any need to protect the confidentiality of a document created or statement or oral communication made in connection with and for the purpose of providing legal advice” [Article 9(4) IBA Rules]. There is not any legal obligation to consider that need and the broad discretion of the arbitral tribunal could potentially justify a wide range of approaches. What happens when a solution is compatible with parties’ expectations at the time the privilege has arisen [Article 9(4) (c) IBA Rules], but the solution is in contradiction with maintaining equality between the parties [Article 9(4) (e) IBA Rules]? Are these factors that the tribunal may consider ordered hierarchically? It seems that the values are of horizontal nature¹⁰⁸. Thus, there is not priority among them. Should all the values be considered for a fair choice of law by an arbitrator?

51. Moreover, the IBA Rules are flexible enough to permit a practical approach as disclosure of documents may be allowed subject to suitable confidentiality protections [art. 9(5) IBA Rules]. Therefore, an *in camera* review by the arbitral tribunal could be an option¹⁰⁹.

52. If these rules are not compulsory, their application may not be expected. But even if these rules are chosen by the parties, their application is a mere guide for the arbitrator, so domestic conflict-of-laws of the seat of the arbitration could complement and advise the arbitration. Again, if this choice is a mere suggestion, arbitrators are not bound, and any predictable outcome is not possible to anticipate. Therefore, parties should be as concrete as possible to choose the privilege law. However, practical matters in real life deserve more attention when dealing with an international transaction. Thus, the parties’ focus on choice of law to privilege can only reasonable be approachable when an arbitral proceeding is about to start.

53. According to a 2016 Report of the International Bar Association Subcommittee, “The prevailing sentiment among the respondents from Asia Pacific, Europe and North America was that the

nature of the IBA rules, which constitute a restatement of best practice standards but cannot and do not intend to override applicable domestic law of a mandatory nature. That essential principle is manifest in art. 1(1) of the IBA Rules”.

¹⁰⁴ D. KOHNER, “The Revised IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration”, *Journal of International Arbitration*, Vol. 27, No. 6, 2010, pp. 667–677, p. 667.

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ L. SHORE, “Three Evidentiary Problems in International Arbitration: Producing the Adverse Document, Listening to the Document that Does Not Speak for Itself, and Seeing the Witness Through her Written Statement”, *SchiedsVZ* 76, 2004.

¹⁰⁷ IBA Rules 2020. *Vid.* Article 9(3) IBA Rules 2010.

¹⁰⁸ R. MICHAELS, “Private international law and the question of universal values”, in F. FERRARI, F., & D.P. FERNÁNDEZ ARROYO (eds.), *Private International Law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2019, pp. 148–177, p. 154: “Private international law has a horizontal nature; it is in principle opposed to a hierarchy of norms or values. How can private international law create compatibility between values? Does it do so through transcending values altogether?”

¹⁰⁹ *See*, for example, Republic of Mauritius v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland (Chagos Marine Protected Area Arbitration), PCA Case. No. 2011-03, Ad Hoc Award (18/03/2015).

Rules on Evidence are still unclear on the issue of privilege. Whereas Articles 9.2(b) and 9.3 recognise privilege as a ground for exclusion of documents and testimony from evidence, they fail to describe the applicable standard.”¹¹⁰ It is truly noteworthy that neither the recent reformed 2020 LCIA Rules (on October 20, 2020) make changes with respect to privileges, nor do the 2020 IBA Rules optimize a way to solve the issues of privilege. Lack of amendments of the IBA privilege Rules may be due to the affirmation that there is no need to amend the Rules on Evidence¹¹¹. Yet, the last revision of the IBA Rules can be seen a miss opportunity to clarify the applicable law process to determine privilege law¹¹².

C) Possible applicable laws to legal privilege

54. There are at least three possibilities to characterize privileges¹¹³. On the one hand, some authors are very convinced that privileges are matters of substantive law, not procedure¹¹⁴. On the other hand, other authors consider that attorney-client privilege is procedural on the basis that our understanding of protection of communications between lawyer and client makes the justice system works better¹¹⁵. Even in common law systems where claims of “substance” nature are often raised, courts apply the *lex fori* to resolve any conflict of attorney legal privilege, implicitly characterizing legal privilege as a question of procedure¹¹⁶. Applying *lex fori* is the traditional approach at least from continental civil law countries that may not have very developed rules on privilege¹¹⁷. Moreover, interpreting “rules of procedure” under article III of the New York Convention in their narrower and broader understandings include matters of privilege¹¹⁸. The third opinion is that neither the substantive nor the procedural characterization is satisfactory¹¹⁹. Therefore, no consensus exists as to whether privilege falls within the procedural or the substantive category.

55. However, in international litigation the application of *lex fori* may be considered the only one that does not violate its own public policy¹²⁰. On the other hand, applying the privilege law of the forum

¹¹⁰ The IBA Arbitration Guidelines and Rules Subcommittee, *Report on the reception of the IBA arbitration soft law products* (September 2016), p. 29. D. THOMSON, “White & Case Partner Calls for Privilege Rethink”, *Global Arbitration Review* (28 Apr. 2017).

¹¹¹ The IBA Arbitration Guidelines and Rules Subcommittee, *Report on the reception of the IBA arbitration soft law products* (September 2016), p. 84.

¹¹² See REPORT OF CLEARY GOTTLIEB, “2020 Revision of the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration”, 17.02.2021, p. 9, available at <https://www.clearygottlieb.com/-/media/files/alert-memos-2021/2020-revision-of-the-iba-rules-on-the-taking-of-evidence-in-international-arbitration.pdf> [For example, by amending Article 9.4(c) to require “legitimate” expectations on the part of Parties and their advisors who seek to invoke legal impediment or privilege.]

¹¹³ The problem of characterization in international arbitrations does not arise only surrounding privilege law, another issue that implies different characterization regarding the jurisdiction is default interest, see B.S. JIMÉNEZ-GÓMEZ, “Régimen jurídico aplicable a los intereses de demora en el arbitraje comercial internacional: propuestas de armonización”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, No. 42, 2021, pp. 1-37, pp. 18-19.

¹¹⁴ G. B. BORN, *International Commercial Arbitration*, 3rd Ed., Kluwer Law International, 2021, footnote 317 (“For choice-of-law purposes, there should be little question but that privileges are matters of substantive law, not procedure”), K. P. BERGER, “Evidentiary Privileges: Best Practice Standards Versus/and Arbitral Discretion”, *Arbitration International*, vol. 22, 2006, pp. 501-520, p. 519.

¹¹⁵ S. BRADFORD, “Conflict of Laws and the Attorney–Client Privilege: A Territorial Solution”, *U. Pitt. L. Rev.*, vol. 52, 1991, pp. 909-953, p. 917.

¹¹⁶ *Union Planters Nat’l Bank v. ABC Records, Inc.* 82 F.R.D 472 (W.D. Tenn. 1979) (applying Tennesse law to the attorney-client privilege because it was considered a question of evidence, this was the *lex fori*, disregarding that the communications took place in California and the defendant was a New York corporation). *Duttle v. Blandler & Kass*, 127 F.R.D. 46, 52 (S.D.N.Y. 1989) (applying federal law); *Drimmer v. Appleton*, 628 F. Supp. 1249, 1250 (S.D.N.Y. 1986) (applying New York conflicts law).

¹¹⁷ Most German doctrine is in favour of *lex fori*, A. MÖCKESCH, *Attorney-Client Privilege ... op.cit.*, p. 174.

¹¹⁸ G. BERMAN, “Procedures for the Enforcement of New York Convention Awards”, in F. FERRARI & F. J. ROSENFELD (eds.), *Autonomous Versus Domestic Concepts under the New York Convention*, International Arbitration Law Library, Volume 61, Kluwer Law International 2021, pp. 55 -78, p. 56.

¹¹⁹ O. MEYER, “Time to Take a Closer Look: Privilege in International Arbitration”, *Journal of International Arbitration*, Vol. 24, No.2, pp. 365 et seq., p. 367.

¹²⁰ *Vid. Duplan Corp. v. Deering Milliken, Inc.*, 397 F. Supp. 1146, 1169 (D.S.C. 1974) (considers that French and British

involves the risk that it has no restriction as any rule on privilege different from the *lex fori* could be considered a violation of the *lex fori* public policy and therefore, never applied. The public policy argument has been criticized because it produces the same result that a characterization of legal privilege as evidence¹²¹.

56. Characterization of an evidentiary issue as procedural or substantive has ramifications on challenges of the award in validity and enforcement proceedings¹²². If the issue is treated as substantive, the arbitral tribunal is required to apply the law applicable to the merits of the dispute. If the parties have not selected the law applicable in the arbitration agreement, the arbitral tribunal can resort to conflict of laws (*voie indirecte*) or to apply directly the law it considers appropriate (*voie directe*)¹²³. In general, under the New York Convention, an error in applying the substantive law is not determinative to refuse enforcement of the award¹²⁴.

57. However, if the issue is treated as procedural the arbitral powers are wider, it enjoys much discretion. Under article 19 (2) of the UNCITRAL Arbitration Model Law, the tribunal can conduct the proceedings in a manner it considers appropriate, including the power to determine the admissibility, relevance, materiality and weight of any evidence, absent any party agreement. Institutional arbitration rules also give discretion to the arbitral tribunal if the parties have not agreed on the procedure. Arbitral tribunals do not have an obligation to apply the rules of procedure of the seat of arbitration. Nevertheless, questions of confidentiality of communications in a mediation would arise in a subsequent arbitration in the context of admissibility of evidence in that arbitration, particularly if the arbitration is held in a different jurisdiction of the mediation process. Confidentiality of mediation as an evidential matter should be governed by the procedural law governing the arbitration¹²⁵. In this case, the *lex arbitri* is the established default rule. In the next paragraphs, advantages and shortcomings of different options are discussed.

a) *Lex arbitri*

58. Legal literature claims that arbitrators do not have *lex fori*¹²⁶. However, *lex arbitri* could be considered the reference framework for arbitrators as *lex arbitri* plays a similar function in arbitration proceedings as *lex fori* plays in civil litigation. Risks of annulment proceedings at the seat of arbitration is determined by *lex arbitri*. Therefore, arbitrators must be prudent when dealing with mandatory norms of the seat. The most radical implications are balance of due process and equality of the parties during the whole arbitration proceedings.

law violated U.S. law in such terms: “the public policy of the United States as enunciated in the Federal Rules of Civil Procedure and the federal court decisions relating thereto. The federal rules are designed to promote discovery whereas these two foreign statutes necessarily restrict discovery. It is thoroughly established that comity will not be extended to foreign law or rights based thereon if it opposes settled public policy of the forum”). See also *RBS (UK)*.

¹²¹ BRADFORD, “Conflict of Laws ...”, *loc.cit.*, p. 918.

¹²² S. A. PAUKER, “Substance and Procedure in International Arbitration”, *Arbitration International*, Vol. 36, No.1, 2020, pp. 3–66. For this author privilege is an issue more related to the conduct of the proceedings, so procedural discretion applies, and soft law sources can guide the arbitrator, but the law most closely connected to the privilege should apply. *Contra* F. ROSENFELD, “The law applicable to legal privilege in international commercial arbitration”, in F. FERRARI & S. KRÖLL (eds.), *Conflicts of Laws in International Commercial Arbitration*, Juris, New York, 2019, pp. 223-224.

¹²³ L. SILBERMAN, F. FERRARI, “Getting the law applicable to the merits in international arbitration and the consequences of getting it wrong,” in F. FERRARI & S. KRÖLL (eds.), *Conflict of Laws in International Arbitration*, Sellier, 2011, pp. 257-323, 278-305.

¹²⁴ See *Abu Dhabi in Authority v. Citigroup Inc.* No. 12 Civ.283, (GBD) 2013, 789642 at 8, SDNY 4 March 2013 (a tribunal’s judgment with respect to privilege stating that is a legal judgement, which is not reviewable by the Court for error-even if that error is serious).

¹²⁵ M. PRYLES, “Commentary on Issues of Confidentiality”, in A. J. VAN DEN BERG, *New Horizons in international Commercial Arbitration and Beyond*, Kluwer Law International, 2005, pp. 497-522, pp. 521-522.

¹²⁶ G. BERGMANN, “Private International Law in International Arbitration”, in F. FERRARI, & D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, (eds.), *Private International Law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing 2019, p. 477.

59. It is suggested that in searching for coherence in every international arbitration, foremost the law selected by the parties shall be adopted and it will not necessarily be related to the law of the seat of arbitration. However, when the parties did not specify its intention regarding the law of privilege under the arbitration agreement, there is not a clear contradiction between the choice of the parties and the law of the seat. Thus, if we consider that the process in arbitration is instrumental for the objective pursued, which is nothing more than to resolve a dispute between the parties, and if we assume that the law of the seat is the place with the closest and most real relationship of the arbitration agreement; then, the law of the seat of arbitration would also be adequate to determine evidentiary privileges, absent a choice by the parties.

60. Applying the law of the seat¹²⁷ takes into consideration rules and principles of the seat State to protect validity and effectiveness of both the procedure and the arbitration award. This situation is in line with a procedural concept of legal privilege. Moreover, a clear advantage is that the same law is applied to both parties, avoiding any unequal treatment. However, some disadvantages are superior because the seat is usually chosen by its neutrality and parties do not intend to choose their rules for privilege. Therefore, *lex arbitri* could undermine legitimate parties' expectations. Despite being a rule consistent with international litigation as a transplant of *lex fori*, the specificities of international arbitration as a neutral forum goes against the general application of *lex arbitri*¹²⁸. This approach may not be consistent with a substantive understanding of legal privilege under their home jurisdiction of the parties and there would be no link between the relevant confidential communications and the seat of arbitration.

b) The law governing the merits of the dispute

61. The law governing the merits of the dispute could be extended to cover privilege issues, which *prima facie* seems a simple solution. This law provides equal treatment to both parties.

62. However, in case of various contracts between the parties subject to different laws, applying one *lex causae* over the other would imply a range of preference. Considering that the *lex causae* could also be chosen by arbitrators, this law is not predictable when the communication takes place. Moreover, applying the *lex cause*, even if chosen by the parties, contravenes the parties' legitimate expectations when they sought and received the legal advice¹²⁹. This approach is also not consistent with a procedural characterization of privilege.

c) The place where the communication took place

63. The law of the place where the communication took place appears a suitable option when the communication is given or received in person, which affords predictability¹³⁰. This approach is in accordance with the U.S. Second Restatement¹³¹.

¹²⁷ D. CHAN AND T. J. YANG, "Ascertaining the Proper Law of an Arbitration Agreement: The Artificiality of Inferring Intention When There is None", in M. SCHERER (ed), *Journal of International Arbitration*, Vol. 37, No. 5, 2020, pp. 635 – 648. (The common law choice of law principles for determining the proper law of an arbitration agreement. "In the absence of a clear and real intent, arbitrators and state signatories to the New York Convention ought to apply the law of the seat as the default choice of law rule in the New York Convention"). F. FERRARI, "Plures leges faciunt arbitrum", *Arbitration International*, 2021, pp. 1-19.

¹²⁸ For more reasons, see F. ROSENFELD, "The law applicable to legal privilege ...", *op.cit.*, pp. 229-230.

¹²⁹ MÖCKESCH, *Attorney-Client Privilege ...*, *op.cit.*, p. 233.

¹³⁰ R. CUESTA AND T. C. WHITE, "Chapter 23. Representing European Companies in U.S. Litigation", *Successful Partnering Between Inside and Outside Counsel*, § 23:23. April 2021. ["With respect to litigation in the United States, a more solid basis for determining whether communications with the European company's in-house counsel are protected by the attorney-client privilege is the national laws of the country in which European inside counsel is located or where the communications took place".]

¹³¹ THE U.S. SECOND RESTATEMENT, Article 139.

64. Nevertheless, if the place is incidental and not related to the subject matter of the dispute, the parties or their lawyers in question, the place of the communication loses its relevance¹³². For example, communications in means of transport.

d) *Lex situs* of the document supporting the communication

65. The *lex situs* of documents is an uncertain factor because it bifurcates in two options: the place where the document is stored and the place where the document was created or received. Spread of technology facilitates that more than one copy is stored at different places, also different from location of the lawyer or his client. This rule of storage could encourage lawyers and their clients to manipulate where to store their communications, selecting a country with advantageous privilege rules.

66. Relevance is given to refuse disclosure of information located abroad when it undermines important interests of the United States under the U.S. Restatement (third) of Foreign Relations. Additionally, interests of the State where the information is located must also be considered¹³³. In the latter case, when compliance of production of information located abroad, arbitrators must consider if it would undermine “important” interests of the State where the relevant information is located.

e) Location of the lawyer

67. Determination of location of the lawyer involved in the privileged communication could be the place of the Bar admission of the lawyer¹³⁴ or the place of practice of the lawyer¹³⁵ or the professional domicile of the attorney¹³⁶. For example, art. 7 of the General Statute of the Spanish Legal Profession, hereinafter 2021 Spanish By-laws¹³⁷ presumes that the main address is the place where the main or sole professional office is located in Spanish territory or, failing that, the personal address of the lawyer in Spain¹³⁸. Under Spanish law, a lawyer can only be a resident lawyer in one Bar Association, although it may be registered in more than one Bar Association¹³⁹. This privilege law follows the origin rule, and it is in consonance with the EU freedoms of establishment¹⁴⁰.

68. However, the rule is unclear where more than one lawyer is involved in the communication. Though in case of more than one lawyer advising the client and involved in the communication, it is recommended to choose the place where the senior external lawyer is qualified¹⁴¹.

¹³² MÖCKESCH, *Attorney-Client Privilege ...*, *op.cit.*, p. 235.

¹³³ *Restatement (third) of Foreign Relations*, §442 (1) c): In deciding whether to issue an order directing production of information located abroad, and in framing such an order, a court or agency in the United States should take into account the importance to the investigation or litigation of the documents or other information requested; the degree of specificity of the request; whether the information originated in the United States; the availability of alternative means of securing the information; and the extent to which noncompliance with the request would undermine important interests of the United States, or compliance with the request would undermine important interests of the state where the information is located.

¹³⁴ N. D. O'MALLEY, *Rules of Evidence in International Arbitration, An Annotated Guide*, 2nd ed., London, Routledge, 2019.

¹³⁵ F. VON SCHLABRENDORFF & A. SHEPPARD, “Conflict of Legal Privileges in International Arbitration: An Attempt to Find a Holistic Solution”, in *Global Reflections in International Law, Commerce And Dispute Resolution: Liber Amicorum In Honour Of Robert Briner*, 2005, p. 743 ff, p. 765. O'MALLEY, *Rules of Evidence in International Arbitration ...*, *op.cit.* p. 299.

¹³⁶ M. DE BOISSÉSON, “Evidentiary privileges in international arbitration”, in A. J. VAN BERG (ED.), *International Arbitration 2006: Back To Basics?*, ICCA Congress Series, vol. 13, Kluwer Law international, 2007, pp. 705-716 .

¹³⁷ Royal Decree 135/2021, of 2 March 2021, adopting the general statute of the Spanish Legal Profession, BOE núm. 71, 24.03.2021.

¹³⁸ Spanish By-laws, Art. 7 (1).

¹³⁹ Spanish By-laws, Art. 7(2).

¹⁴⁰ M. WOLF, “Abbau prozessualer Schranken im europäischen Binnenmarkt” in GRUNSKY, ET AL (eds), *Wege zu einem europäischen Zivilprozessrecht—Tübinger Symposium zum 80. Geburtstag von Fritz Baur*, J.C.B Mohr, Paul Siebeck, 1992, p. 35, p. 62. This solution was argued for tax accountants, auditors, and bankers.

¹⁴¹ BORN, *International Commercial Arbitration*, 3rd Ed., Kluwer Law International, 2021, p. 2560.

69. It can be highlighted that in-house lawyers are pushing a change in the legislation to be covered by the legal privilege in certain Member States¹⁴². Could this legal change be a reason to choose the lawyer's location as a decisive factor that determines which law applies to the privilege protection?

70. The law of the place where the lawyer is qualified offers some advantages.

71. First, this approach prevents any sanctions on lawyers who do not follow the professional code of ethics of their jurisdiction. For instance, the Council of Bars and Law Societies (hereinafter CCBE) Code of Conduct for European Lawyers and other documents stipulates legal professional privilege among the core values of the European legal profession¹⁴³. Application of codes of professional conduct follows the lawyer when he performs legal service abroad since ethical standards are not restricted to the country in which a lawyer is qualified.

72. Second, this rule satisfies the legitimate expectations of the parties as they will be treated according to the known rules of their legal counsel practice¹⁴⁴. The lawyer is rendering the characteristic performance of the consultancy agreement as well¹⁴⁵.

73. Third, predictability is enhanced as lawyers can prepare a better defense because privilege rules are familiar to their domestic practice and lawyers know them in advance.

74. Fourth, both parties will be treated the same, according to the lawyers' qualification. If parties come from jurisdictions with a similar legal culture, applying the law of their lawyers' qualification seems a reasonable approach. Some exceptions would be considered in several cases, for instance, when several lawyers advise the client. In this case, the senior lawyer subjected to a rule could be a solution¹⁴⁶. This guideline is practical, but it does not consider the more significant connection with other countries. Some situations often arise when the communication that is alleged to be privileged occurred in a place different from the lawyer seat or when the communication occurred online or when the client resides in a different jurisdiction of his lawyer. Thus, other connecting factors could be relevant to assess the claim of a privilege rule distinct from the lawyer State of qualification. An escape clause seems necessary to solve cases that do not fit well against a fixed rule.

75. One reasoning against the focus on the lawyers' seat is the risk of forum shopping. Yet, this reason is quite controversial because lawyers, particularly in international arbitration, are usually chosen in accordance with skills and expertise on a matter, rather than considering the jurisdiction of their exercise. Some commentators think that State legislators are unlikely to change domestic privilege rules thinking in arbitration but rather they think in domestic civil law proceedings¹⁴⁷. However, as international business transactions are also attractive from an economic perspective, the law may change to accommodate to its users. A good legislator will consider international litigation and side effects in arbitration when legal reform takes place. This seems to be the movement in countries, such as France and Switzerland, which traditionally rejected in-house legal privilege, but it was discussed the inclusion of it in their domestic laws¹⁴⁸.

¹⁴² Eg. Switzerland and France.

¹⁴³ Model Code of Conduct for European Lawyers (2021) for its members Bar to adopt provisions voluntarily. See also the CCBE Charter of Core Principles of the European Legal Profession.

¹⁴⁴ R. MARGHITOLA, *Document Production in International Arbitration*, Alphen aan den Rijn, The Netherlands, Kluwer Law International, 2015, p. 77.

¹⁴⁵ B. F. MEYER-HAUSER, P. SIEBER, "Attorney Secrecy v. Attorney-Client Privilege in International Commercial Arbitration", *Arbitration*, vol. 73, 2007, pp. 148-188, p. 185.

¹⁴⁶ BORN, *International Commercial Arbitration*, 3rd Ed., Kluwer Law International, 2021, p. 2560.

¹⁴⁷ MÖCKESCH, *Attorney-Client Privilege ...*, *op.cit.*, p. 328, para. 8.138.

¹⁴⁸ See R. GAUVIN, *Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale*, 26.06.2019, pp. 56-63, available at: <https://www.dalloz-actualite.fr/> S. RUDOLF VON ROHR, "Mehr Schutz für Unternehmensjuristen stärkt unseren Standort", available at: <https://www.economiesuisse.ch/de/artikel/mehr-schutz-fuer-unternehmensjuristen-staerkt-unseren-standort> (Jan. 20, 2021).

76. Another counterargument for the law of the lawyer State of practice is that the rule could be interpreted in a reverse way. Parties from different jurisdictions with lawyers coming from diverse traditions are going to be treated according to their different traditions, so parties may not be treated equally. In case of an action against rendering award recognition, courts may consider that a basic principle of arbitration has not been respected after following privileges according to the law of lawyers' practice. Therefore, fairness and counterpoise of different legal privilege rules seems to favor a common approach for both parties when the laws of the lawyers' seat reach a substantial different treatment.

77. Furthermore, when the lawyer is not a party in the arbitral proceedings, he/she does not have an interest in applying his/her privilege law¹⁴⁹. Besides, a lawyer can always refuse to submit certain evidence as arbitral tribunals do not enjoy coercive powers, so cost of not disclosing is assumed by one party¹⁵⁰.

f) Location of the party claiming privilege

78. Location of the party claiming legal privilege could be the domicile of the party claiming privilege¹⁵¹ or the place of business of the party claiming privilege¹⁵². Some commentators favor the law of the jurisdiction where the party has its seat because it respects the party's reliance interest at the time the legal advice was rendered¹⁵³. It matches with the substantive opinion that professional secrecy cannot be the property of lawyers but rather, that it should be regarded as the privilege of the client¹⁵⁴. This solution is in line with the Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States¹⁵⁵.

79. However, the main problem with this solution is that it could lead to unequal treatment of the parties when the law for claimant and respondent are different, being against the IBA Rules article 9(2)(g). Another problematic issue emerges in case of multinational companies if advice is given to a subsidiary controlled by a parent-company¹⁵⁶. This approach can also be considered too client-friendly¹⁵⁷ although it prevents the risk of forum shopping¹⁵⁸.

g) The law of the State of enforcement

80. Article V(2)(b) of the New York Convention provides public policy of the law of the enforcing country as a ground to refuse enforcement of awards. The situation could arise when a document is privileged under the law of the enforcing State, but it is not privileged under the law that the arbitral tribunal choose to apply.

¹⁴⁹ ROSENFELD, "The law applicable to legal privilege ...", *loc.cit.*, p. 232.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 232.

¹⁵¹ J. RUBINSTEIN & B. GUERRINA, "The Attorney-Client Privilege and International Arbitration", *Journal of International Arbitration*, vol. 18, No.6, 2001, pp. 587-602.

¹⁵² K.P. BERGER, "Evidentiary privileges: Best practice standards versus/and arbitral discretion", *Arbitration International*, vol. 22, No. 4, 2006, pp. 501-520. K.P. BERGER, "Evidentiary Privileges Under the Revised IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration", *International Arbitration Law Review*, vol. 13, No. 5, 2010, pp. 171-179.

¹⁵³ ROSENFELD, "The law applicable to legal privilege ...", *op.cit.* p. 232. MÖCKESCH, *Attorney-Client Privilege ...*, *op.cit.*, p. 240 and p. 262. BERGER, "Evidentiary privileges: Best practice standards versus/and arbitral discretion...", *op.cit.*, p. 512.

¹⁵⁴ See Opinion Of Advocate General Poiares Maduro delivered on 14 December 2006 Case 305/05, *Ordre des barreaux francophones et germanophones*, (ECLI:EU:C:2006:788), para. 54.

¹⁵⁵ Section 442 provides "a communication privileged where made – for instance, confidential testimony given to a foreign government investigation under assurance of privilege – is not subject to discovery in a United States court, in the absence of waiver by those entitled to the privilege". But Section 130 of the Restatement of Conflicts reaches the opposite result, applying U.S. law on privilege in virtually all cases.

¹⁵⁶ P. ROSHER, "The application and Scope of Attorney-Client Privilege in International Arbitration", *Stockholm International Arbitration Review*, vol. 1, 2007, p.19.

¹⁵⁷ MEYER-HAUSER, P. SIEBER, "Attorney Secrecy v. Attorney-Client Privilege in...", *op.cit.*, p. 185.

¹⁵⁸ ROSENFELD, "The law applicable to legal privilege ...", *op.cit.*, p. 233.

D) The closest connection test

81. The closest connection test is a transnational rule of conflict of laws¹⁵⁹. Several authors consider that the closest connection can be useful in international arbitration and legal privilege¹⁶⁰. However, despite having a conflict of laws test, results are not uniform, in part because many authors do not consider one connecting factor more important than the rest or at least, there is not a relation of superiority between connecting factors¹⁶¹. The law of the jurisdiction where the lawyer resides or the law of the jurisdiction where the party has its place of business at the moment the relevant communication took place could be justified as most connected to the case¹⁶². Any approach could be adequate for a specific case.

IV. Equal treatment reasoning

1. The lowest level of protection

82. The lowest level of protection consists in applying the common denominator to documents of both parties if documents are privileged under the domestic laws of the parties. The tribunal applies the same standard, so it seems that parties are treated equally. However, it might be unexpected for the parties, at least for one party, that receives less protection of documents according to privilege rules in domestic proceedings¹⁶³. This is considered unfair¹⁶⁴.

83. Nevertheless, it is not clear why the parties expect the same privilege rules as in a domestic civil proceeding if they have agreed to arbitrate their disputes. Moreover, they could manifest the arbitral tribunal which privilege rules they choose at the beginning of the arbitral proceeding. Absent such choice, the parties concede the arbitrator power to decide the privilege rule at their discretion.

2. The highest level of protection

84. Adoption of the most-favoured privilege means that a party may request and be granted application of any privilege rule available to any other party. This approach has been qualified as the most prudent approach¹⁶⁵ because of two reasons that are related. The first reason is that the likelihood to result in an award that satisfies the principle of equal treatment increases¹⁶⁶. The second reason is that by respecting the legitimate expectations of both parties in the dispute, challenges to the award would diminish¹⁶⁷. It is also a “common-sense approach”¹⁶⁸ as protection of confidentiality of communications

¹⁵⁹ BERGER, “Evidentiary privileges: Best practice standards versus/and arbitral discretion...”, *op.cit.*, p. 510.

¹⁶⁰ MOSK & GINSBURG, “Evidentiary Privileges...”, *op.cit.*, p. 281, VON SCHLABRENDORFF & A. SHEPPARD, “Conflict of Legal Privileges in International Arbitration: An Attempt to Find a Holistic Solution”, 2005, *op.cit.*, p. 768, RUBINSTEIN AND GUERRINA, p. 598., MEYER-HAUSER & SIEBER, “Attorney Secrecy v. Attorney-Client Privilege in...”, *op.cit.*, p. 195.

¹⁶¹ MOSK & GINSBURG, “Evidentiary Privileges...”, *op.cit.*, MEYER-HAUSER & P. SIEBER, “Attorney Secrecy v. Attorney-Client Privilege in...”, *op.cit.* HEITZMANN, “Confidentiality and Privileges...”, *op.cit.*, ROSHER, “The application...”, *op.cit.* G. S. TAWIL & I. J. MIRORINI LIMA, “Privilege-Related Issues in International Arbitration”, in T. GIOVANNINI & A. MOURRE (eds.), *Written Evidence and Discovery in International Arbitration: New Issues and Tendencies*, 6 Dossiers of the ICC Institute of World Business Law 29, 2009, pp. 43–44. R. REISER, “Applying Privilege In International Arbitration: The Case For A Uniform Rule”, *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, vol.13, 2012, pp. 653-713.

¹⁶² MÖCKESH, *Attorney-Client Privilege...*, p. 262. This author thinks that the closest connection test is presumed to exist with the domicile of the party claiming privilege. And that the presumption may be overcome if the facts of the case so required.

¹⁶³ ROSHER, “The application...”, *op.cit.*, p. 20. BERGER, “Evidentiary privileges: Best practice standards versus/and arbitral discretion...”, *op.cit.*, p. 519.

¹⁶⁴ ROSHER.

¹⁶⁵ ALVAREZ, “Evidentiary Privileges...”, *op.cit.*, p. 686.

¹⁶⁶ ALVAREZ, “Evidentiary Privileges...”, *op.cit.*, p. 686.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 686.

¹⁶⁸ BOISSÉSON, “Evidentiary Privileges in International Arbitration”, *op.cit.*, p. 714.

between lawyers and clients is generally respected. Moreover, extending the same privilege rules to both parties is in line with having the same discovery rules.

85. The arbitral tribunal could apply the most favoured privilege on its own motion or at the request of a party, but in neither case the arbitral tribunal is bound to apply the most favoured privilege¹⁶⁹. The choice of the most favoured privilege is between national laws of one of the parties' or their advisors' home jurisdictions¹⁷⁰.

86. A soft law instrument that develops the highest level of protection is the Protocol on Disclosure of Documents and Presentation of Witnesses in Commercial Arbitration (2009) by the International Institute for Conflict Prevention and Resolution (CPR)¹⁷¹. Section 1 (b) specifies that "the arbitrators should apply the provisions of applicable law that afford the greatest protection of attorney client communications and work product documents." The CPR Protocol explicitly refers to Attorney-Client Privilege and Attorney-Work-Product Protection, considering that inadvertent disclosure of documents related to these privileges should not be introduced in arbitration, unless the party holding the privilege or work product protection waives such privilege. The language of the CPR Protocol restricts the unfettered discretion of arbitrators and points to a duty to apply the highest level of protection for attorney client communications.

87. However, the most-favoured privilege approach may grant more privilege than the parties expected, at least one party. The concept of legitimate expectations does not mean that the broadest protection will always apply, but that a party would have access the same type of documents from the other party in the event of an arbitration¹⁷². Therefore, meeting parties' expectations would not be the main reason for adopting the most favoured privilege.

88. In addition, the most favoured privilege may create a "super privilege", providing higher protection than the relevant national laws in the context of international litigation.¹⁷³ An important shortcoming of applying the most-favoured privilege rule would be the exclusion of relevant evidence because it creates an over-inclusiveness problem. A good suggestion is to adopt some degree of skepticism when dealing with privilege claims¹⁷⁴.

89. Moreover, it may be hard to determine which is the most favourable rule¹⁷⁵. It requires a complex conflict of laws analysis in two steps¹⁷⁶. First, the arbitral tribunal will research the substantive applicable laws, including possible waivers and inferences to be drawn from the exercise of the privilege right. Second, the tribunal needs to decide between them which the most favoured law is¹⁷⁷. At first sight,

¹⁶⁹ MARGHITOLA, *Document Production in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2015, p. 166. MARGHITOLA, "Document Production: New Findings on an Old Issue", *ASA Bulletin*, vol. 34, 2016, pp. 78ff, p. 89.

¹⁷⁰ MARGHITOLA, *Document Production in International Arbitration*, *op.cit.* p.166.

¹⁷¹ Available at: <https://www.cpradr.org/resource-center/protocols-guidelines/protocol-on-disclosure-of-documents-presentation-of-witnesses-in-commercial-arbitration>

(b) *Attorney-Client Privilege and Attorney-Work-Product Protection*

"No documents obtained through inadvertent disclosure of documents covered by the attorney-client privilege or attorney work-product protection may be introduced in evidence and any documents so obtained must upon request of the party holding the privilege or work product protection, be returned forthwith, unless such party expressly waives the privilege or work product protection. The arbitrators should apply the provisions of applicable law that afford the greatest protection of attorney client communications and work product documents."

¹⁷² VON SCHLABRENDORFF & SHEPPARD, "Conflict of Legal Privileges in International Arbitration...", *op.cit.*, p. 773.

¹⁷³ R. MAGNUS, "Der Schutz der Vertraulichkeit bei grenzüberschreitender Anwaltstätigkeit", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 77, No.1, 2013, pp. 111-130, p. 129.

¹⁷⁴ ALVAREZ, "Evidentiary Privileges...", *op.cit.*, p. 686.

¹⁷⁵ VON SCHLABRENDORFF & A. Sheppard, "Conflict of Legal Privileges in International Arbitration ...", *op.cit.*, p. 773.

¹⁷⁶ I. SHEHATA, "Attorney-client privilege & international arbitration", *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, vol. 20, 2019, pp. 363-415, p. 382.

¹⁷⁷ BOISSÉSON, "Evidentiary Privileges in International Arbitration", *op.cit.*, p. 713.

it may seem that the concept of legal privilege is reduced in civil law jurisdictions in comparison with common law jurisdictions¹⁷⁸. Nevertheless, when navigating the strict differences between jurisdictions, distinctions among civil law jurisdictions reveal¹⁷⁹.

90. Another disadvantage is that the most protective approach does not seem to refer to document disclosure rules of the specific case. Choice between national rules on privilege clashes with an international arbitration procedure which is a manifestation of the principle of party autonomy and does not necessarily follow a national procedural law. In a dispute between a Swiss and a German party with lawyers of the same nationality if the arbitral tribunal would follow the IBA Rules and apply the most favoured law, the result could end up being unfair for both parties¹⁸⁰. This is because in both jurisdictions in-house counsel communications are not protected, so the tribunal will accept evidence and communication with in-house counsel even though the sphere of document disclosure is not so expansive in the parties' procedural culture.

91. It is also believed that the most favoured national rule avoids any conflict with public policy, "since granting more protection than is required by the applicable legal standards will not be regarded as a violation of the *ordre public* in cases where the relevant privilege provisions form part of it"¹⁸¹. However, the conflict between not granting privilege and public policy will depend on the notion of "public policy" that the competent judicial court will consider when examining the final award in enforcement or annulment proceedings. For example, discovery rules are considered part of public policy in the United States as enunciated in the open discovery rules set forth in the Federal Rules of Civil Procedure and in the decisions of the federal courts. In consequence, a British statute that claims privilege patent-agent and clients is incompatible with the public policy of the United States¹⁸².

92. Despite the disadvantages of the most favorable approach, Article 22 of the ICDR International Arbitration Rules provides that duty for the arbitral tribunal¹⁸³: "The arbitral tribunal shall take into account applicable principles of privilege, such as those involving the confidentiality of communications between a lawyer and client. When the parties, their counsel, or their documents would be subject under applicable law to different rules, the tribunal *should*, to the extent possible, apply the same rule to all parties, *giving preference* to the rule that provides the highest level of protection."

93. Article 22 has been added with the 2012 amendments to the ICDR International Rules. The origin of article 22 is a transposition of Guideline 7 of the ICDR Guidelines for Arbitrators Concerning Exchanges of Information¹⁸⁴. These guidelines are effective since May 31, 2008. The preamble of ICDR guidelines emphasizes that migration of national procedural mechanisms only adds costs, delay and com-

¹⁷⁸ SHEHATA, "Attorney-client privilege...", *op.cit.*, p. 382.

¹⁷⁹ For example, in-house lawyer are covered by legal privilege in Spain, but not in France or Germany.

¹⁸⁰ SHEHATA, "Attorney-client privilege...", *op.cit.*, p. 382.

¹⁸¹ BERGER, "Evidentiary Privileges Under the Revised IBA...", *op.cit.*, p. 176.

¹⁸² *Odone v. Croda Intern. PLC*, 950 F. Supp. 10 (D.D.C. 1997), "Furthermore, the British statute contravenes the public policy of the United States as enunciated in the open discovery rules set forth in the Federal Rules of Civil Procedure and in the decisions of the federal courts." This case justified its decision in different U.S. case law.

¹⁸³ International Centre for Dispute Resolution International Arbitration Rules, (Rules amended and effective 1 June 2014). Article 1: Scope of these rules: "Where parties have agreed to arbitrate disputes under these International Arbitration Rules ("Rules"), or have provided for arbitration of an international dispute by the International Centre for Dispute Resolution (ICDR) or the American Arbitration Association (AAA) without designating particular rules, the arbitration shall take place in accordance with these Rules as in effect at the date of commencement of the arbitration, subject to modifications that the parties may adopt in writing. The ICDR is the Administrator of these Rules." (available at: https://www.icdr.org/sites/default/files/document_repository/ICDR_Rules.pdf)

¹⁸⁴ Guideline 7 states that "The tribunal should respect applicable rules of privilege or professional ethics and other legal impediments. When the parties, their counsel or their documents would be subject under applicable law to different rules, the tribunal should to the extent possible apply the same rule to both sides, giving preference to the rule that provides the highest level of protection." (available at <https://wcart.files.wordpress.com/2012/07/icdr-guidelines-for-arbitrators-concerning-exchanges-of-information.pdf>)

plexity to arbitration, making diffuse the difference between arbitration and litigation¹⁸⁵. The ICDR guidelines which are incorporated in the ICDR Rules consider national privilege rules and professional ethics at the same level to limit discovery. However, the guidelines enhance parties' equality, advising the same rule to both sides and in case of conflict, a preference for the most favoured nation approach is established. The ICDR Rules advantage is that the language is not prescriptive as "to the extent possible" implies margin of maneuver to canvass any applicable law. The highest level of protection of privilege may be end up in applying common law, in particular U.S. law when a U.S. party is involved¹⁸⁶. However, flexibility is possible under the specific circumstances of the case and U.S. law should not be the default rule.

94. The principle of equality is the *charta magna* of procedural law in any modern system of justice and the highest level of protection is consistent with the IBA Rules on Taking of Evidence on "the need to maintain fairness and equality as between the Parties, particularly if they are subject to different legal or ethical rules"¹⁸⁷. However, the checklist of article 9(4) of the IBA Rules is flexible because "it does not interfere with the substance of domestic privilege rules or with the complex conflict of laws issues"¹⁸⁸. Thus, to apply the highest level of protection rule could be the best way to maintain fairness and equality as between the parties as required by art. 9(4)(e) of the IBA Rules¹⁸⁹.

95. Moreover, the same concept appears in two international instruments: the Hague Convention on the Taking of Evidence Abroad (1970) and the Inter-American Convention on the Taking of Evidence Abroad (1975)¹⁹⁰. Article 11 of the 1970 Hague Convention provides that "in the execution of a Letter of Request the person concerned may refuse to give evidence in so far as he has a privilege or duty to refuse to give the evidence (a) under the law of the State of execution; or (b) under the law of the State of origin." Article 12 of the Inter-American Convention indicates that "a person called to give evidence in the State of destination pursuant to a letter rogatory may refuse to do so when he invokes impediment, exception or duty to refuse to testify: (1) under the law of the State of destination; or (2) under the law of the State of origin."

3. Public policy and equal treatment

96. If legal privilege rules do not form part of mandatory public policy¹⁹¹, there should be neither risk of challenges at the annulment proceeding nor at the recognition or enforcement phase of awards based on public policy under the New York Convention. However, whether legal privilege are not mandatory rules in every system is not so clear. The fact that no award has been annulled on violation of privilege rules does not necessarily mean that legal privileges are not part of fundamental rights. International public policy remains prioritizing domestic legal values to international transactions¹⁹² and a truly international public policy does not really exist because the basis of public policy is always in reference to a domestic system. That is why the law of the seat of arbitration is not only necessary but crucial to decide the annulment of an award. For example, the settlement privilege is under the coverage of duty

¹⁸⁵ Introduction, "One of the factors contributing to complexity, expense and delay in recent years has been the migration from court systems into arbitration of procedural devices that allow one party to a court proceeding access to information in the possession of the other, without full consideration of the differences between arbitration and litigation."

¹⁸⁶ F. GUSY AND J. MILTON HOSKING, *A Guide to the ICDR International Arbitration Rules*, 2nd edition, Oxford University Press, 2019, pp. 226 – 228, p. 228, §22.09.

¹⁸⁷ 2020 IBA Rules, article 9 (4)(e).

¹⁸⁸ BERGER, "Evidentiary Privileges Under the Revised IBA Rules ...", *op.cit.*, p. 176.

¹⁸⁹ R. MARGHITOLA, "Interpretation of the IBA Rules", in *Document Production in International Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague, 2015, pp. 77-79.

¹⁹⁰ <https://www.oas.org/juridico/english/sigs/b-37.html>

¹⁹¹ MÖCKESCH, *Attorney-Client Privilege ...*, *op.cit.*, p. 209.

¹⁹² G. CORDERO-MOSS, "Limits on Party Autonomy in International Commercial Arbitration", *Penn State Journal of Law & International Affairs*, Vol. 4, No. 1, 2015, pp. 186-212, p. 190. ["national law defines (...) when an award is deemed to conflict with public policy, (...), what mandatory rules of procedure apply, and, when an award is valid"].

of confidentiality or professional secrecy under the Spanish Mediation Law. This duty encompasses the mediator who is not necessarily a lawyer. But in the case of lawyers intervening in a mediation, professional secrecy displays with a greater intensity for being the first defenders during the mediation process. Lawyers have a duty to preserve security and trust of their client and any successful or failed settlement should not be produced to the court. Reporting settlement agreements that were not finally concluded before a civil court is sanctioned by a fine¹⁹³. Therefore, it would be consistent with Spanish law to order not to disclose the settlement agreement offered during a mediation that was not successful when the parties decide to start arbitration proceedings in Spain. It must be added that the settlement privilege has been considered the only transnational privilege¹⁹⁴.

97. The theory of public policy exception consists of not applying a foreign rule because it is incompatible with the seat or the enforcement state legal order¹⁹⁵. Possible scenarios are at least two: that the seat State considers legal privileges essential, and therefore, any foreign applicable law that does not establish the attorney-client privilege would infringe the privilege law that can be considered public policy of the forum. Arbitrators would refer to the privilege law to gain an enforceable award. But if the parties are domiciled in different States with different legal cultures, could legal privilege be considered a transnational public policy? Legal privilege protects individuals, businesses, and governments by limiting the spread of confidential and sensitive information. In any case, the right to equal treatment must be respected. It is argued that equal treatment does not have only a procedural dimension but also a material dimension¹⁹⁶. Without this material dimension, fair treatment is reached when applying a domestic privilege rule that each party expects, even if the rule is different for claimant and respondent¹⁹⁷. However, fair treatment needs the same rule for both parties to ensure equality of arms between the parties to assert their rights in the proceedings¹⁹⁸. But parties' expectations can be different. Or is the equal treatment principle a higher value than parties' expectations in international arbitration?

V. Clarity versus flexibility

98. In court proceedings rules of evidence are prescriptive, so domestic parties know in advance which type of communications are discoverable or privileged. Rules afford predictability and efficiency in advising because lawyers can foresee a result in domestic litigation.

99. Having a clear hard and fast rule like the law of the lawyer residence would avoid arbitrators need to review doctrinal articles on applicable law approaches to legal privilege¹⁹⁹. However, application of any domestic law would be contrary to substantive neutrality, that is why transnational standards need to be developed for arbitration²⁰⁰.

¹⁹³ Judgment SAP of Barcelona 500/2020, of September 19, imposes a fine on a lawyer who breaks the duty of confidentiality. The party reported the pre-agreements dealt with in the mediation, providing documents prepared in the mediation, although it considered that they had no legal validity.

¹⁹⁴ BERGER, "Evidentiary Privileges...", *op.cit.*, 2006, pp. 514-515.

¹⁹⁵ Y. DERAÏNS, "Public Policy and the Law Applicable to the Dispute in International Arbitration" in P. SANDERS (ed.), *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration ICCA Congress Series* No. 3, 1987, p. 227. P. LALIVE, "Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration" in P. SANDERS (ed.), *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration ICCA Congress Series* No. 3, 1987, pp. 258-318, p. 286.

¹⁹⁶ ROSENFELD, "The law applicable to legal privilege in international commercial arbitration", *op.cit.*, p. 234

¹⁹⁷ BORN, *International Commercial Arbitration*, 3rd Ed., Kluwer Law International, 2021, p. 2561.

¹⁹⁸ ROSENFELD, "The law applicable...", *op.cit.*, p. 234: "this material dimension of the right to equal treatment requires arbitrators to ensure the equality of arms among the parties who in reality need to have equal opportunities to assert their rights in the proceedings"

¹⁹⁹ BERGER, "Evidentiary Privileges Under the Revised IBA Rules ...", (2010), *op.cit.*, p. 176.

²⁰⁰ G. KAUFMANN-KOHLER & P. BÄRTSCH, "Discovery in International Arbitration: How Much is Too Much", *SchiedsVZ : Zeitschrift für Schiedsverfahren = German Arbitration Journal*, 2004, vol. 1, pp. 13-21. BERGER, "Evidentiary privileges: Best practice standards versus/and arbitral discretion...", *op.cit.*, (2006), p. 513.

100. Overall, the arbitral tribunal should not be restricted in their discretion to accept or reject privileged documents based on substantive characterization. Parties implicitly accept a neutral procedure that does not need to be like their home procedure. By the same token, domestic privileges may not be interpreted the same in arbitration proceedings with different legal background. Parties are exposed to general principles if they exist, and arbitral determination is just the result of lack of previous agreement on choice of law for privilege issues. Likewise, this kind of agreement by the parties is very rare. According to Carter, “all too frequently, tribunal and counsel will not be aware that conflicting privilege will be an issue until document production had begun and one party has taken a position regarding particular documents that the other party challenge”²⁰¹.

101. In favor of flexibility, it can be said that avoiding giving a complete answer to privilege questions is a good thing²⁰². However, for the same commentator “the only way that the arbitral tribunal can treat the parties equally and still give credit to their prior expectations is to apply the most-favoured nation rule”²⁰³. After it was stated that the closest connection test was the most used in practice²⁰⁴, it appears that only the most favoured nation rule, which is the one that applies the most expansive privilege law can comply with the list of considerations within the IBA Rules²⁰⁵. It is quite paradoxical that on the one hand, arbitrator’s flexibility is the desired protected value, but afterwards only one solution could be compatible with all considerations in the 2020 IBA Rules Article 9(4).²⁰⁶

VI. A transnational approach in consonance with the European concept of legal privilege

102. The common market is a clear economic concept. Nonetheless, the CJEU acknowledges that EU law stemmed from the “legal interpenetration” of the Members States, including the common concepts and principles in national laws like respect of lawyer-client confidentiality as regards their communications²⁰⁷. The legal profession consists of giving independent advice to all those in need of it. The CJEU rightly notices that any person has the right to address a lawyer without restrictions on the confidentiality of their communications²⁰⁸.

103. Cooperation on the observance of the law requires confidentiality of written communications between lawyer and client, being the nature of the legal profession. The two grounds for creating an autonomous concept of privilege are maintaining of the rule of law and respect for the rights of the defense²⁰⁹.

²⁰¹ CARTER, “Privilege Gets a New Framework”, *op.cit.*, p. 177.

²⁰² *Ibid.*, p. 177.

²⁰³ *Ibid.*, p. 179.

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 178.

²⁰⁵ See section IV. B.

²⁰⁶ CARTER, “Privilege Gets a New Framework”, *op.cit.*, p. 179: “The 2010 IBA Rules have filled the void of authority on privilege in international arbitration by establishing a governing set of privileges.” For this author the considerations of Article 9(3) of the 2010 IBA are “principles”. Note that Article 9(3) of the 2010 IBA Rules corresponds with Article 9(4) of the 2020 IBA Rules.

²⁰⁷ CJEU, Case 155/79 *AM & S Europe Limited v Commission* [1982] ECR 01575, (ECLI:EU:C:1982:157), para. 18. (“That confidentiality serves the requirements, the importance of which is recognized in all of the Member States, that any person must be able, without constraint, to consult a lawyer whose profession entails the giving of independent legal advice to all those in need of it.”)

²⁰⁸ *Ibid.*

²⁰⁹ Case 155/79 *AM & S*, para. 20. According to the CJEU, for a second group of Member States the rights of the defence is the clearest justification of confidentiality in lawyer-client communication (“Whilst in some of the Member States the protection against disclosure afforded to written communications between lawyer and client is based principally on a recognition of the very nature of the legal profession, inasmuch as it contributes towards the maintenance of the rule of law, in other Member States the same protection is justified by the more specific requirement (which, moreover, is also recognized in the first-mentioned States) that the rights of the defence must be respected.”)

104. The CJEU goes beyond domestic law and outlines how the protection of communications between lawyers and clients should be, given that there are common criteria among the Member States. It limits the legal privilege protection to two conditions²¹⁰: a) the correspondence must be within the framework and in the interest of the client's defense rights and b) it must be related to independent lawyers. Therefore, lawyers must be separated from their client without an employment relationship. Following European jurisprudence, in-house lawyers created new sections at the Bar of some member States²¹¹. For example, the Madrid Bar Association declared that "it is essential for in-house lawyers a differentiated protection of professional secrecy and confidentiality of their communications, as well as that independence is preserved in the conformation of the lawyer's own criteria in matters of his technical competence, and in compliance of their duties to collaborate with the justice and regulatory bodies"²¹². A decade after, article 39 of the Spanish Lawyers General Statute enshrined that in-house lawyers will be protected by professional secrecy²¹³.

VII. The Unified Patent Court Rules: a substantive solution

105. The Unified Patent Court Rules could be a new source of guidance for arbitrators. Article 48 (5) of the Unified Patent Court Agreement set the rules that "representatives of the parties shall enjoy the rights and immunities necessary for the independent exercise of their duties, including the privilege from disclosure in proceedings before the Court in respect of communications between a representative and the party or any other person, under the conditions laid down in the Rules of Procedure, unless such privilege is expressly waived by the party concerned"²¹⁴. Two limitations are: express waiver of privilege and development of the rules of Procedure.

106. The UPC Rules of Procedure²¹⁵ dedicate three sections to privileges. Rule 287 on attorney-client privilege, Rule 288 on litigation privilege and Rule 289 on privileges, immunities and facilities during court proceedings. Rule 287 establishes the scope of the attorney-client privilege in the following terms: "Where a client seeks advice from a lawyer or a patent attorney he has instructed in a professional capacity, whether in connection with proceedings before the Court or otherwise, then any confidential communication (whether written or oral) between them relating to the seeking or the provision of that advice is privileged from disclosure, whilst it remains confidential, in any proceedings before the Court or in arbitration or mediation proceedings before the Centre."

107. There are two definitions of a lawyer which complicates the interpretation of who enjoy legal privileges under UPC Rules. The first definition is based on Directive 98/5/EC²¹⁶. The UPC Rule 286 (1)

²¹⁰ Case 155/79 *AM & S*, para. 21.

²¹¹ See, for example, Colegio de Abogados de Madrid, *Declaración relativa a los Abogados de empresa de 20 de julio de 2010*, "Como dice en su artículo 1.1 el Código de Deontología de los Abogados en la Unión Europea, definiendo la función del abogado en la sociedad: "En una sociedad basada en el respeto al Estado de Derecho, el Abogado cumple un papel esencial. Sus obligaciones no se limitan al fiel cumplimiento de lo encomendado, en el ámbito de la legislación aplicable. Un Abogado debe servir los intereses de la Justicia, así como los derechos y libertades que se le han confiado para defenderlos y hacerlos valer". La definición es, claro está, plenamente aplicable al abogado de empresa y hay que extraer de ella todas sus consecuencias." <https://web.icam.es/bucket/DeclaracionInstitucionalrelativaabogadosempresa.pdf>

²¹² Colegio de Abogados de Madrid, *Declaración relativa a los Abogados de empresa de 20 de julio de 2010*, para. 4 (own translation).

²¹³ Carta abierta del Decano del Colegio, José María Alonso, sobre la salvaguarda del secreto profesional, March 3, 2021, <https://web.icam.es/comunicado-del-decano-del-colegio-jose-maria-alonso-a-los-abogados-as-de-empresa-sobre-la-salvaguarda-del-secreto-profesional/>

²¹⁴ Unified Patent Court Agreement, OJEU, C 175/1, 20.6.2013, <https://www.unified-patent-court.org/sites/default/files/upc-agreement.pdf>. The new system will enter into force on the 1st of June, 2023 for seventeen of the twenty-seven Member States. <https://www.epo.org/law-practice/unitary/unitary-patent/start.htm>

²¹⁵ Rules of Procedure of the Unified Patent Court as adopted by decision of the Administrative Committee on 8 July 2022.

²¹⁶ Directive 98/5/EC of the European Parliament and of the Council of 16 February 1998 to facilitate practice of the profession of lawyer on a permanent basis in a Member State other than that in which the qualification was obtained, OJ L 77, 14.3.1998.

defines a lawyer as “a person who is authorized to pursue professional activities under a title referred to in Article 1 of Directive 98/5/EC and by way of exception a person with equivalent legal professional qualifications who, owing to national rules, is permitted to practice in patent infringement and invalidity litigation but not under such title.” The “equivalent legal professional qualifications” implies patent attorneys in some Member States who cannot use the title of “lawyer”. Article 1 of Directive 98/5/EC covers in-house counsel insofar as the Member States law permits them to use the title of “lawyer”²¹⁷. Despite article 8 of Directive 98/5/EC includes salaried lawyers in the employ of another lawyer, an association or firm of lawyers, or a public or private enterprise, to the extent that some Member States law reserve the title of lawyers for self-employed lawyers, in-house lawyers are not covered by privilege under the UPC Rule 287 (6) first part.

108. The second definition of lawyer is a person who is qualified to practice as a lawyer and is qualified to give legal advice under the law of the state where he practises and who is professionally instructed to give such advice [UPC Rule 287 (6) (a)]. This definition of lawyer should be interpreted to give the broadest scope for legal privilege. If the second definition is not read as an alternative definition to cover the widest range of privilege, there is no distinction between rule 287(1) and 287(2). Rule 287(2) expressly consider that a lawyer is “employed” by a client instead of a lawyer “instructed” by a client.

109. Litigation privilege under UPC Rule 288 has the same extend as attorney-client privilege defined in UPC Rule 287 and protects the confidential communications between a client or their lawyer or patent attorney and third parties for the purposes of obtaining information or evidence of any nature for the purpose of or for use in any proceedings, including proceedings before the European Patent Office.

110. UPC Rule 287 (3) lays down the extension of the attorney-client privilege. The privilege covers the work product of the lawyer or patent attorney, encompasses communications between lawyers and/or patent attorneys employed in the same firm or entity or between lawyers and/or patent attorneys employed by the same client and any record of a privileged communication. UPC Rule 287 (4) sets that the lawyer or patent attorney cannot be questioned about the contents or nature of their communications. Finally, the privilege can be waived by the client expressly under UPC Rule 287 (5).

VIII. Concluding remarks

111. The habitual residence of the lawyer advising the client should prevail disregarding any forward of the communication to any foreign lawyer outside the first jurisdiction. There is a first contradiction that must be overcome in international arbitration. Lawyers from a legal system are regulated by ethical codes, however, these codes do not usually establish the lawyer’s role²¹⁸. Even when they establish some type of guidance, this is always in apparent contradiction because the role of the lawyer in the system is embedded in intrinsic beliefs and assumptions from users of the legal system.

112. On the one hand, lawyers must abide the law and as agents in the process of justice, they must detect any wrongdoing committed or intend to commit by their client (compliance programs). On the other hand, lawyers must serve the interest of their client, that is why confidentiality of communications with clients represents a principle of the legal profession²¹⁹.

²¹⁷ Avocat, Rechtsanwalt, Abogado, Avvocato, etc.

²¹⁸ Exception, Spanish Legal Code of the Legal Profession, which clearly sees the lawyer as a collaborator of justice.

²¹⁹ C.A. ROGERS, “Fit and Function in Legal Ethics: Developing a Code of Conduct for International Arbitration”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 23, No. 2, 2002, pp. 341-423, p. 383: “ethical codes do not establish the role of a professional. They guide and facilitate performance of an already-established professional role. The starting point for any ethical regime, therefore, is to define the role of the agent. In the case of lawyers, the role of the advocate rests on an inherent contradiction. On the one hand, advocates occupy a quasi-official role as agents in the process of justice. This role imposes on them certain obligations to courts, the legal profession, and the public at large. On the other hand, 201 they are retained by one party to ensure victory over the other. In this capacity, advocates owe to their clients duties that may well be at odds with their other obligations to courts, the profession, and the public.”

113. The best defence is only possible to be granted when the lawyer is fully informed by the client in a similar manner the lawyer's mind strategy should not be disclosed during the proceedings because it helps the client's interests. This paranoia of roles of the lawyer makes the adjudicative process difficult because they may have different obligations that are exacerbated in international arbitration. That is why the place of practice of the lawyer should be the connecting factor more prevalent, with the option to make concessions to a fair treatment of the parties when necessary²²⁰. As Professor Park states, "no one should be surprised that arbitration implicates goals other than accuracy, or that these aims require limits on testimony and discovery requests. Nothing new resides in balancing truth-seeking against values that further public goals rather than adjudicatory precision"²²¹.

114. The IBA Rules may not be satisfactory in international arbitration due to their lack of predictability. The most appropriate approach would be to establish a rigid norm that establishes the lawyer's place of practice as the main connecting factor for the rule of privilege in the IBA Rules. However, this can be considered a territorial approach that produces unequal treatment. Therefore, failing the law of the lawyer's place of practice, the reasonableness of the particular case made by the arbitrators could create a fair result, but it has the disadvantage that it is not predictable *ex ante*, like the proposed rule.

115. Finally, the attorney-client privilege rules used in the proceedings before the UPC and the Patent Mediation and Arbitration Center could serve in international arbitration, mainly for two reasons.

116. First, even though it is a regional project, the UPC procedural rules had to consider different legal cultures, since the common law culture, especially the English one, was very relevant in the elaboration of the UPC Rules.

117. Second, the UPC Rules are designed for both judicial procedure and arbitration before specially created bodies, the UPC and the Patent Mediation and Arbitration Center. They have a broad definition of lawyer (if we understand including in-house counsel) for the protection of "privileged information" and even the patent-attorney who is not required to have passed an examination for or be a member of any national or European patent bar²²². Yet, neither an in-house counsel can represent their employer before the UPC, nor the patent attorney can represent a party before the UPC without a justification showing that he has appropriate qualifications. Thus, privilege rules do not affect other functions of the in-house counsel or patent-attorney.

118. In the CJEU jurisprudence the different treatment of an in-house lawyer and an independent lawyer is not considered an infringement of the principle of equal treatment²²³. The idea of excluding the information of in-house lawyers from confidential protection lies at the fact that they are employees, and do not maintain a statute of independence as an autonomous lawyer²²⁴. However, it is questioned whether independence is a matter related to the salaried nature of a company, or rather the existence of a dominant client for lawyers.

²²⁰ Cf., MARGHITOLA, *Document Production in International ...op.cit.*, p. 138, "The arbitral tribunal should have the possibility of using the IBA RULES as guidelines in this case. Such a solution would not unduly favour the party experienced in international arbitration. Both parties must accept that the arbitral tribunal may apply international standards if the parties have different expectations on the extent of document production. This example demonstrates that a mandatory compromise would be too strict. As a result, an arbitral tribunal does not have the duty to find a compromise between different procedural expectations of the parties."

²²¹ PARK, "Arbitrators and Accuracy...", *op.cit.*, pp. 32-33. He continues: "Classic trade-offs include professional secrecy, evidentiary exclusion rules, and the civil jury system."

²²² See J.-D. LINDEMANS, "Unified Patent Court: Confidentiality and Legal Privilege" (16.02.2016), Section 6, *Crowell blog*, available at: <https://www.crowell.com/NewsEvents/AlertsNewsletters/all/Unified-Patent-Court-Confidentiality-and-Legal-Privilege>

²²³ Judgment of the Court (Grand Chamber) Case C550/07 P, *Akzo Nobel Chemicals Ltd, Ltd and Akros Chemicals Ltd v Commission* (hereinafter *Akzo II*), 14.09.2010. (ECLI:EU:C:2010:512), paras. 44-49.

²²⁴ Judgment of the Court of First Instance (First Chamber, Extended Composition), *Joined Cases T-125/03 and T-253/03 Akzo Nobel Chemicals and Akros Chemicals v. Commission*, 17.09.2007, (EU:T:2007:287), para. 174. This perspective was confirmed in *Akzo II*.

El velo islámico como causa de despido en empresas privadas

The Islamic veil as a cause for dismissal in private companies

MAR LEAL-ADORNA

*Profesora titular
Universidad de Sevilla*

Recibido: 27.05.2023 / Aceptado: 19.06.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.8075

Resumen: El uso de simbología religiosa en el ámbito laboral ha traído consigo un gran número de problemas que se ha planteado no sólo a nivel nacional, sino también europeo e internacional. Varios son los supuestos sobre los que se han debido pronunciar los tribunales a la hora de determinar si el despido de un trabajador por el uso de prendas o símbolos de una confesión puede implicar una discriminación por motivos religiosos o una violación de la libertad religiosa. En este estudio se analiza si existe derecho a portar simbología dinámica, la regulación normativa (o no) del mismo y los casos concretos que han dado lugar a los pronunciamientos judiciales en relación con el uso del velo islámico como causa de extinción de la relación laboral en empresas privadas.

Palabras clave: Velo islámico, despido laboral, libertad religiosa, discriminación religiosa.

Abstract: The use of religious symbols in the labor environment has resulted in problems not only at the national level, but also at the European and international levels. In many cases, the courts have taken positions on whether or not the firing of an employee for wearing clothing or symbols representative of a given religious confession constitutes religious discrimination. This study explores whether or not a right to wear religious symbols actually exists, analyzes the legislation and regulations (or lack thereof) surrounding that question, and delves into the specific cases that have resulted in legal decisions being made pertaining to the termination of private-sector employment due to a person's decision to wear the Islamic veil.

Keywords: Islamic veil, labor firing, religious freedom, religious discrimination.

Sumario: I. La libertad religiosa y su repercusión en el uso de la simbología dinámica. 1. La normativa nacional. 2. La normativa internacional. 3. La normativa europea II. La igualdad y la no discriminación por motivos religiosos. 1. La Directiva 2000/78 del Consejo Europeo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. III. El uso de símbolos religiosos en las relaciones laborales privadas: Especial referencia a la jurisprudencia del TJUE en materia del uso del velo islámico. 1. La Jurisprudencia del TJUE. A) Sentencia TJUE, de 14 de marzo de 2017 (C-157/2015). B) Sentencia TJUE, de 14 de marzo de 2017 (C-188/2015). C) Sentencias TJUE, de 15 de julio de 2021 (C-804/2018 y C-341/2019). D) Sentencia TJUE, de 13 de octubre de 2022 (C-344/2020). IV. Reflexiones finales.

I. La libertad religiosa y su repercusión en el uso de la simbología dinámica

1. Fenómenos como la globalización y los movimientos migratorios están produciendo profundos cambios en la sociedad occidental. Una sociedad que, cada día, es más plural, más rica en la convivencia, tanto de culturas como de nacionalidades y, esencialmente, más diversa en las diferentes facetas que rodean a la identidad humana. La religión no representa ninguna excepción y Europa es buen ejemplo de ello.

2. Las creencias religiosas, cada vez más variadas en los países democráticos, están configurando un mapa religioso diverso al de hace algunas décadas y esto es más destacable en algunas religiones concretas como el Islam¹. Las citadas creencias serán amparadas y protegidas por el derecho de libertad religiosa que es considerada la primera de las libertades; pero, como es lógico, aquéllas no pueden mantenerse en el ámbito privado. La religión posee un creciente protagonismo en la esfera pública y es aquí donde entra en juego la simbología. Es necesario determinar, por el objeto de estudio de nuestro trabajo, si el uso de prendas religiosas puede considerarse una manifestación externa del derecho fundamental antes mencionado.

3. Como punto de partida, para responder a la cuestión planteada, hemos de aclarar qué se entiende por símbolo religioso para después, intentar establecer si su uso está amparado por la libertad religiosa.

Podemos afirmar, con carácter general, que un símbolo religioso es aquél que manifiesta la pertenencia de un individuo a una determinada confesión; si bien, no existe una opinión unívoca en la doctrina². Nos encontramos con quienes lo definen basándose en el elemento subjetivo, en el denominado criterio de autorreferencia³, conforme al cual será el propio individuo el que establezca si las causas por las que usa un determinada prenda o adorno tienen o no carácter religioso. Otros consideran que el criterio objetivo es el que debe prevalecer, esto es, sólo lo determinado como símbolo religioso en el ámbito normativo se considerará tal⁴. También hay quien afirma que la opinión del sujeto no es suficiente a la hora de determinar la religiosidad de un símbolo, aunque tampoco se puede tomar, como único indicio, lo establecido por la norma ya que, en ese caso, sólo lo considerado como tal por la mayoría se impondrá a la minoría, de modo que según estos autores hay que seguir una teoría intermedia⁵.

A este respecto, hay que tener en cuenta que “Las vestimentas no son de suyo símbolos stricto sensu, pero han sido asimiladas y tratadas como tales en la práctica jurídica nacional y comparada”⁶. De este modo lo ha entendido también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) que ha establecido que los elementos materiales de la vida de los creyentes que contribuyen al ejercicio de la religión o las creencias en el culto, la enseñanza, la práctica o la observancia, incluyendo vestimentas, utensilios, edificios, materiales escritos o gráficos, pueden considerarse símbolos religiosos.

4. Ahora bien, la clave de esta cuestión será determinar si el uso de simbología se encuentra amparado por algún derecho, concretamente, por el de libertad religiosa. Para ello, nos dedicaremos al análisis de la normativa relativa a este derecho fundamental.

¹ Según los datos del Instituto Pew Research Center, la población musulmana es de, aproximadamente, el 4% en la Unión Europea en la actualidad, mientras que en el 2050 crecerá hasta el 8,12%. Concretamente, en el caso de nuestro país, este crecimiento será aún mayor puesto que subirá de 1,6 millones en 2020 a casi cuatro en 2050. <https://www.pewresearch.org/religion/2017/11/29/croissance-de-la-population-musulmane-en-europe/> (página consultada el 12 de febrero de 2023).

² Si se desea tener un conocimiento profundo de este tema, se puede consultar a M. VIDAL GALLARDO, “Símbolos religiosos y señas de identidad”, en *Anuario de Derecho eclesiástico del Estado*, XXXI (2015), p. 325

³ A. MOTILLA, *Concepto de confesión religiosa en el Derecho español. Práctica administrativa y doctrina jurisprudencial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1999, p. 32. Coincide con esta postura A. LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, “Simbología islámica masculina y libertad religiosa”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, XV (2022), p. 26 y R. PALOMINO LOZANO, “El símbolo religioso en el Derecho. Concepto y clases”, en <https://eprints.ucm.es/id/eprint/40005/> (página consultada el 14 de abril de 2023).

⁴ J. ANDRÉS GALLEGO, “Notas históricas sobre el problema de los símbolos religiosos”, en *Anuario de Derecho eclesiástico del Estado*, XXVIII (2012), pp. 22 y ss.

⁵ B. ALÁEZ CORRAL, “Símbolos religiosos y derechos fundamentales en la relación escolar”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 67 (2003), pp. 92 y ss.

⁶ R. PALOMINO LOZANO, “El símbolo religioso en el Derecho...”, art. cit., p. 5.

1. La normativa nacional

5. En el ámbito nacional, la Constitución española (en adelante CE) garantiza, en su artículo 16, la libertad ideológica, religiosa y de culto, a través de un sistema de neutralidad de los poderes públicos al declarar, en su apartado tercero, que “Ninguna religión tendrá carácter estatal”. Seguidamente, establece el mandato de tener en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española, por lo que la laicidad o neutralidad mencionada debe ser entendida en una vertiente positiva⁷.

6. El derecho fundamental protegido por el precepto citado, por mandato expreso del artículo 81 CE, es desarrollado a través de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa (en adelante LOLR). El artículo 2.1. a) de esta norma, al fijar la vertiente individual de aquélla, determina que, junto a la inmunidad de coacción, comprenderá el derecho de toda persona a “profesar las creencias religiosas que libremente elija, o no profesar ninguna; cambiar de confesión o abandonar la que tenía; manifestar libremente sus propias creencias religiosas o la ausencia de las mismas, o abstenerse a declarar sobre ellas”. Así, las manifestaciones o expresiones de las propias creencias, entre las que podemos considerar incluido el uso de símbolos religiosos, se encuentran amparadas por el derecho del artículo 16 CE y han de estar libres de inmunidad de coacción por parte del Estado, tal y como lo establece el Tribunal Constitucional (en adelante TC) en su sentencia 128/2001, de 4 de junio: “Ahora bien, el contenido del derecho a la libertad religiosa no se agota en la protección frente a injerencias externas de una esfera de libertad individual o colectiva que permite a los ciudadanos actuar con arreglo al credo que profesen (SSTC 19/1985, de 13 de febrero, 120/1990, de 27 de junio, y 63/1994, de 28 de febrero, entre otras), pues cabe apreciar una dimensión externa de la libertad religiosa que se traduce en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso (...)”.

Los límites, al derecho fundamental que estamos abordando, se encuentran recogidos en el artículo 3.1 de la Ley Orgánica citada: “El ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática”. Todos ellos habrán de ser tenidos en cuenta a la hora de fundamentar la posible prohibición del uso de simbología dinámica.

En nuestro ordenamiento no existe una normativa expresa sobre este tema, a diferencia de algunos de nuestros países vecinos⁸. Un gran sector de la doctrina española considera que la seguridad jurídica que implicaría la regulación de esta materia no compensa los riesgos que podría acarrear, por lo que es aconsejable que los problemas que se susciten sean resueltos en sede jurisprudencial⁹.

7. El mayor número de cuestiones que se está planteando en relación con el uso de símbolos religiosos personales se encuentra directamente relacionado con el ámbito laboral. A este respecto, podemos citar los Acuerdos con las denominadas confesiones minoritarias (FEREDE, FCJ y CIE) a través de las Leyes 24, 25 y 26/1992, de 10 de noviembre, que incluyeron cierta mención a dicho ámbito en relación con la libertad religiosa, concretamente en sus artículos 5 y 12. Del mismo modo, el Estatuto de

⁷ El Tribunal Constitucional, en su sentencia 101/2004, de 2 de junio, sostiene que “el art. 16.3 de la Constitución, tras formular una declaración de neutralidad (SSTC 340/1993, de 16 de noviembre, y 177/1996, de 11 de noviembre), considera el componente religioso perceptible en la sociedad española y ordena a los poderes públicos mantener «las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones», introduciendo de este modo una idea de aconfesionalidad o laicidad positiva que «veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y estatales» (STC 177/1996, de 11 de noviembre)”.

⁸ Es cierto que, en Cataluña, concretamente por el Ayuntamiento de Lleida, fue prohibido el uso del velo integral en edificios públicos. Sin embargo, esta normativa fue anulada por el Tribunal Supremo ya que consideró que dicha prohibición vulneraba el artículo 16 de la Constitución española. Para un mayor abundamiento sobre el tema se puede consultar, entre otros, a R. VALENCIA CANDALIJA, “La prohibición del velo integral en Italia y España: el caso lombardo y el catalán”, en *Stato, Chiesa e pluralismo confessionale*, 1 (2020).

⁹ Vid. Entre otros, S. CAÑAMARES ARRIBAS, “Tratamiento de la simbología religiosa en el Derecho español: propuestas ante la reforma de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa”, en *Revista General de Derecho canónico y Derecho eclesialístico del Estado*, 19 (2009), p. 1.

los Trabajadores, en sus artículos 4.2 c), e) y 17.1, también hará referencia a ese derecho y a la no discriminación por ese motivo, sin hacerse mención expresa, en ninguno de ellos, a la simbología dinámica.

Si bien, aunque los problemas planteados en relación con el uso de prendas o adornos religiosos en el trabajo no han traspasado el ámbito jurisdiccional de nuestras fronteras, como podremos comprobar, en otros países como Reino Unido, Francia o Bélgica, los tribunales regionales e internacionales ya han tenido que pronunciarse sobre esta materia¹⁰. Al estudio de las sentencias dictadas por el TEDH y por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), en materia de despido laboral por portar el velo islámico, nos dedicaremos en este trabajo para así determinar puntos en común o divergencias entre las distintas resoluciones y plantear propuestas para evitar los conflictos que, cada vez con mayor frecuencia, se están produciendo.

2. La normativa internacional

8. El artículo 10.2 de la CE nos remite, a la hora de interpretar los derechos fundamentales, a la normativa internacional: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Así, para hacer frente al análisis de la libertad religiosa, derecho en el que se fundamenta el posible uso de simbología dinámica, hemos de hacer mención, entre otros muchos, a la Declaración Universal de Derechos Humanos que, en su artículo 18, recoge el derecho de toda persona a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Del mismo modo, se protege esta libertad en el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, etc.

9. Aunque en ninguno de los textos mencionados se hace referencia expresa al uso de la simbología dinámica, como ya argumentamos en el primer apartado de este trabajo, éste se puede considerar amparado por la libertad religiosa al tratarse de una manifestación externa de las creencias religiosas del ciudadano. Además, se ha de tener en cuenta que cuando el Comité de Derechos Humanos interpreta el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, determina que los símbolos religiosos se encuentran dentro del ámbito de protección de las libertades que contiene. Así se establece en la Observación General número 22 del artículo 18, en la que se afirma que la práctica de la religión o de las creencias puede incluir el uso de prendas de vestir o tocados distintivos¹¹. Del mismo modo, la Declaración de la Asamblea General de la ONU de 1981 recoge, en su artículo 6, que la libertad de pensamiento, conciencia, religión o creencia incluye la libertad “de hacer, adquirir y utilizar en grado adecuado los artículos y materiales necesarios relacionados con los ritos o costumbres de una religión o creencia”.

10. Por todo lo hasta aquí establecido, hemos de reiterarnos en la idea de que el uso de simbología religiosa personal queda amparado por la libertad religiosa desde el momento en el que ésta incluye el derecho de la persona de manifestar su religión, individual o colectivamente¹².

¹⁰ Como comprobaremos en el apartado relativo a la jurisprudencia del TEDH, éste rechazó el recurso de la abogada española expulsada de una sala de la Audiencia Nacional por llevar velo islámico. Si bien, tan alto tribunal fundamenta el rechazo en el hecho de que la recurrente no agotó en España todas sus vías de recurso, ya que introdujo de manera tardía el recurso de alzada ante la propia Audiencia Nacional (Decisión TEDH, Barik Edidi contra España, de 26 de mayo de 2016).

¹¹ “La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias puede ejercerse “individual o colectivamente, tanto en público como en privado”. La libertad de manifestar la religión o las creencias mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza abarca una amplia gama de actividades. El concepto de culto se extiende a los actos rituales y ceremoniales con los que se manifiestan directamente las creencias, así como a las diversas prácticas que son parte integrante de tales actos, comprendidos la construcción de lugares de culto, el empleo de fórmulas y objetos rituales, la exhibición de símbolos y la observancia de las fiestas religiosas y los días de sueto. La observancia y la práctica de la religión o de las creencias pueden incluir no sólo actos ceremoniales sino también costumbres tales como la observancia de normas dietéticas, el uso de prendas de vestir o tocados distintivos, la participación en ritos asociados con determinadas etapas de la vida, y el empleo de un lenguaje especial que habitualmente sólo hablan los miembros del grupo (...)”.

¹² Así lo determina el Tribunal Supremo en la Sentencia de 6 de febrero de 2016 cuando, haciendo referencia al velo

11. Ahora bien, se ha de partir de la premisa de que no existen derechos ilimitados, por muy fundamentales que sean. Es cierto que el establecimiento de límites es tarea harto difícil que ha de seguir un criterio restrictivo, tal y como afirma el TEDH en muchas de sus sentencias. Concretamente, el artículo 9.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos determina como posibles limitaciones a la libertad religiosa, además del orden público, la seguridad, la salud, la moral pública y los derechos y libertades de los demás. Todas éstas estarán sometidas a lo que se denomina, comúnmente, el “test de Estrasburgo”¹³; unas reglas establecidas en la jurisprudencia del TEDH que establecen que, cualquier límite a los derechos fundamentales reconocidos en el Convenio y, por tanto, a la libertad religiosa, habrá de cumplir, cumulativamente, los siguientes requisitos:

1. Estar previstos por ley nacional: Entendida en sentido amplio, esto es, cualquier norma emanada de quien tiene competencia normativa, siempre y cuando sea accesible y previsible¹⁴.
2. Persecución de un fin legítimo: Las razones que justifican la intromisión en el derecho fundamental deben ser realmente importantes y proporcionales al fin legítimo perseguido¹⁵.
3. Que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática: Proporcionalidad entre la medida sancionadora y la finalidad, respondiendo a una necesidad social imperiosa, esto es, debe de tratarse de una limitación ineludible. Es más, corresponde a los Estados valorar, inicialmente, esa necesidad, aunque el margen de discrecionalidad de aquéllos no es ilimitado¹⁶.

12. A estos elementos enumerados hay que añadir lo que el TEDH ha venido a denominar la opinión social¹⁷, puesto que la aplicación de las normas sin que ésta se encuentre presente puede originar ciertas desigualdades. El derecho del Convenio se aplica en Estados diversos que poseen, igualmente, distintas características y peculiaridades; por ello, aunque sea comprensible la importancia de la opinión social, no hay que olvidar que el otorgarle un carácter extremo no deja de aportar una serie de soluciones dispares (dependiendo de la sociedad y del ordenamiento en el que nos encontremos) que no hace más que aumentar la inseguridad jurídica de los sujetos pasivos de la norma. Como bien establece FREIXES, “los límites que puedan fundamentarse en la opinión social, han de estar cuidadosamente seleccionados y justificados para que puedan considerarse compatibles con el Convenio Europeo”¹⁸.

Todo ello se deberá tener presente a la hora de limitar el uso de simbología religiosa en el ámbito laboral.

3. La normativa europea

13. En lo relativo a la Unión Europea¹⁹ ya el artículo 6 del Tratado de Maastricht otorga el carácter de principios generales del Derecho comunitario a los derechos tal y como se garantizan en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, lo que queda implementado con los artículos 6 y 13 del

integral (entendido como símbolo religioso) determina que: “Partiendo, pues, de que el uso de velo integral constituye una manifestación de ejercicio de libertad religiosa, regulada en el art. 16.1 CE y en la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, respecto a cuyo contenido, ejercicio y límites ha de estarse a lo dispuesto en los arts. 81 y 53 CE (...)” (Fundamento de Derecho Noveno).

¹³ Lo que podríamos denominar “el límite de los límites” de los derechos fundamentales.

¹⁴ Ahora bien, se ha de tener en cuenta que la interpretación de estos criterios no siempre ha seguido la misma línea. Así, en el caso *Silver* y otros contra Reino Unido (STEDH 4/1983, de 25 de marzo), se sostiene que, en este supuesto, las instrucciones y circulares no tienen fuerza de ley.

¹⁵ STEDH, de 13 de agosto de 1981, caso *Young, James y Webster* contra Reino Unido.

¹⁶ Lo que es conocido, y en una gran cantidad de sentencias utilizado, como “margen de apreciación de los Estados”. Éste quedará afectado no sólo por la naturaleza de la restricción, sino también por la de las propias actividades implicadas (STEDH, de 22 de octubre de 1981, caso *Dudgeon* contra Reino Unido).

¹⁷ Que no difiere en gran medida del tercero de los elementos citados.

¹⁸ T. FREIXES SANJUÁN, “Las principales construcciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El standard mínimo exigible a los sistemas internos de derechos en Europa”, en *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrigue Furió Ceriol*, 11-12 (1995), p. 106.

¹⁹ No mencionaremos aquí la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre, puesto que será ésta analizada con detenimiento en el epígrafe II.1.

Tratado de Amsterdam, siendo muy importante su Declaración Aneja 11²⁰. En este ámbito, también se ha de citar el Tratado de Lisboa, que modifica el de la Unión Europea y el constitutivo de la Comunidad Europea, en el que su artículo 6.1 reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a la que le concede el mismo valor jurídico que los Tratados. De este modo, se hace necesario mencionar el artículo 10.1 de la Carta: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos”.

14. Conforme al último de los preceptos citados, podemos afirmar que, al igual que a nivel nacional o internacional, en derecho europeo el uso de simbología religiosa quedará amparado por la libertad religiosa al comprender el derecho de la persona a manifestar su religión.

15. En cuanto a sus límites, la Carta determina que serán los mismos que los establecidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 52.3) y deberán respetar lo establecido en el artículo 52.1, que posee un contenido similar al que hemos denominado “test de Estrasburgo”. Serán éstos los que operen, por tanto, en el uso de símbolos religiosos.

16. A pesar de la normativa mencionada, no encontramos ninguna en la que se aborde directamente el tema de la libertad religiosa y el uso de simbología dinámica en el puesto de trabajo. Sin embargo, no se ha de olvidar que, tal y como afirma el TC, “(...) la celebración del contrato de trabajo no priva al trabajador de sus derechos constitucionales y que las organizaciones productivas no son ajenas a los derechos y principios constitucionales que informan las relaciones laborales”. De este modo, en el ámbito laboral la persona mantiene intactos sus derechos, la posibilidad de esgrimirlos ante cualquier posible violación. El empleador ha de respetar las elecciones religiosas personales del individuo ya que “la firma de un contrato de trabajo y la asunción de deberes laborales o profesionales no priva a la persona del trabajador del derecho no sólo a elegir y mantener sus creencias, sino también a que nadie le obligue a declarar sobre ellas o haga indagaciones al respecto (salvo que sea estrictamente necesario para el desenvolvimiento de la relación laboral), según nos advierten las normas sobre protección de datos personales”²¹. Ahora bien, la confrontación entre la libertad de empresa, que faculta al empleador a gestionar su negocio conforme a los criterios de eficiencia o economía, y la libertad religiosa del trabajador, puede ocasionar una obligada modulación de este último para el cumplimiento de los deberes contractuales asumidos o bien, un acomodo del empresario para el respeto de los derechos fundamentales del empleado.

II. La igualdad y no discriminación por motivos religiosos

17. En el tema objeto de estudio, a la libertad que acabamos de hacer referencia se ha de unir otro derecho que, igualmente, se encuentra reconocido como fundamental, la igualdad o no discriminación por motivos religiosos²². Conforme a éste, el empleado no puede ser tratado de forma diversa por sus creencias a no ser que, como analizaremos posteriormente, existan causas que lo justifiquen.

²⁰ No se ha de olvidar que al ser una Declaración Aneja posee un ámbito político y no jurídico, pese a lo cual, no se ha de dejar de mencionar su importancia. En ella se reconoce la dimensión colectiva de la libertad religiosa, no prejuzgando el estatuto reconocido, en virtud del derecho nacional de los Estados miembros, a las Iglesias, Asociaciones o Comunidades religiosas.

²¹ J. GARCÍA MURCIA, – I. RODRÍGUEZ CARDO, “Signos religiosos en la indumentaria del trabajo y principio de no discriminación: las primeras aportaciones del Tribunal de Justicia”, en *Diario La Ley*, nº 49 (30 de junio de 2017), p. 7.

²² Es cierto que la discriminación por motivos religiosos en el ámbito laboral es relativamente reciente puesto que, anteriormente, las sociedades eran básicamente homogéneas y no existía el conflicto en el desarrollo del derecho de libertad religiosa en ese ámbito: J. ROSSELL GRANADOS, *La no discriminación por motivos religiosos en España*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2008, p. 87.

18. En nuestro ordenamiento, el artículo 14 de nuestra Carta Magna proclama el derecho mencionado, citando como causa especialmente rechazable la religión²³. A este respecto, es importante destacar la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación que incluye, con carácter general, la prohibición de discriminación por motivos religiosos²⁴.

19. En el ámbito de las Naciones Unidas, la igualdad se articula como un principio básico de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Concretamente, el artículo 2.1 protege el derecho de toda persona al disfrute de sus libertades sin distinción alguna por razón de religión²⁵. Éste ha sido también reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁶ y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁷. Es de especial importancia, en orden al tema que abordamos, la Declaración Universal sobre la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en la Religión o las Convicciones, en la que se hace referencia expresa a la prohibición de discriminación por motivos religiosos y se obliga a los Estados a promover, también en el ámbito laboral, las condiciones necesarias para evitarla²⁸. Concretamente, el artículo 3 del último texto citado determina que la discriminación entre los seres humanos por motivos de religión o de creencias constituye una afrenta a la dignidad humana y una negación de los principios de la Carta de las Naciones Unidas.

20. En el marco del Consejo de Europa, el derecho que analizamos es un valor esencial, y así se recoge en el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Con la entrada en vigor del Protocolo número 12, la igualdad y la no discriminación constituyen un derecho autónomo, no dependiente de los otros reconocidos en él, estableciéndose, en su artículo 1.1, la igualdad sin posibilidad de discriminación por motivos religiosos, principio básico y esencial.

21. Si nos centramos en la Unión Europea, el artículo 2 Tratado ampara la no discriminación como uno de los valores comunes y la lucha contra ésta como uno de los objetivos de aquélla. Serán los artículos 20 y 21.1 de la Carta de Derechos Fundamentales los que también hagan referencia expresa al derecho que abordamos.

22. La relación entre este derecho y la libertad religiosa ya ha sido puesta de manifiesto en vía jurisprudencial. A modo de ejemplo, podemos destacar varios pronunciamientos del TEDH²⁹, en los que

²³ “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

²⁴ Art. 2.1: “Se reconoce el derecho de toda persona a la igualdad de trato y no discriminación con independencia de su nacionalidad, de si son menores o mayores de edad o de si disfrutaban o no de residencia legal. Nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

²⁵ “Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.

²⁶ Art. 2.1: “1. Cada uno de los Estados Parte en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

²⁷ Art. 2.2: “Los Estados Parte en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

²⁸ Para un profundo estudio sobre el tema se puede consultar D. GARCÍA PARDO, *La protección internacional de la libertad religiosa*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 2000, pp. 47 y s.

²⁹ Hay algunos autores que hablan del denominado “Test de igualdad”, que aplica el TEDH en las sentencias a la hora de apreciar o no la discriminación por cualquier motivo, incluido el religioso:

- No existirá discriminación si existe justificación objetiva.
- Existirá justificación en relación con la finalidad de los efectos de la medida, que se ha de basar en principios generalmente aceptados en una sociedad democrática.
- Debe existir proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.

se afirma que “no se puede ser objeto de trato discriminatorio como consecuencia de la pertenencia de la persona a una minoría religiosa. Ahora bien, hay que aplicar los criterios de los límites a la última de las libertades citadas dado que la diferencia de trato por motivos religiosos sólo será discriminación si existe ausencia de justificación objetiva y razonable, es decir, si no responde a un objetivo legítimo y si no hay una relación razonable entre los medios empleados y el fin perseguido”³⁰.

1. La Directiva 2000/78 del Consejo Europeo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación

23. Como ya hemos apuntado, el principal problema que se plantea es la falta de regulación expresa relativa a la protección de la libertad religiosa y de la no discriminación por este motivo en el puesto de trabajo³¹. Es cierto que el derecho comunitario sí que ha afrontado este tema en la Directiva 2000/78 del Consejo Europeo, de 27 de noviembre de 2000³², relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (en adelante, la Directiva)³³. Si bien, aunque en ella no se pretende tutelar de forma directa el ejercicio del derecho de libertad religiosa en el trabajo³⁴ sí que, en la práctica, será aplicada por el Tribunal de Justicia para afrontar el problema de la discriminación por motivos religiosos en el ámbito laboral.

24. Es necesario analizar esta norma, aunque sea someramente, puesto que en ésta se basarán las decisiones dadas por el TJUE que serán objeto de este estudio. Es más, a través de ella se pretende crear un marco común mínimo aplicable a la legislación nacional en el que no exista discriminación por motivos religiosos en el empleo y la ocupación. No haremos referencia a todos y cada uno de sus preceptos, aunque nos detendremos en aquellos que consideramos fundamentales para el análisis de las decisiones mencionadas³⁵.

25. Su artículo 1, al recoger el objeto de la Directiva, determina que la finalidad es “establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato”, por lo que se puede comprobar que una de las causas expresamente mencionada es la religión. Se afirma que la discriminación religiosa (entre otras) puede poner en peligro la consecución de los objetivos del Tratado de Funcionamiento de

Para un mayor conocimiento de este tema se puede consultar T. FREIXES SANJUÁN, *Las principales construcciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos...*, art.cit., pp. 100 y ss.

³⁰ STEDH, de 23 de junio de 1993, caso Hoffman contra Austria.

³¹ Sí que se han recogido en nuestro ordenamiento, a través de convenios o acuerdos colectivos, algunas pautas al respecto. Así podemos citar, entre otros, el Convenio Colectivo del Transporte de Mercancías de la Ciudad Autónoma de Ceuta (BOCCE núm. 4246, de 26 de agosto de 2003 y BOCCE núm. 4424, de 10 de mayo de 2005); Convenio Colectivo del sector de empresas de estacionamiento limitado de vehículos en la vía pública mediante control horario y cumplimiento de las ordenanzas de aparcamiento (Resolución de 28 de septiembre de 2004 de la Comunidad de Madrid), etc. Es más, la Directiva 2000/78 que analizaremos posteriormente se remite a los mismos en su artículo 13.2 “Siempre que ello sea coherente con sus respectivas tradiciones y prácticas nacionales, los Estados miembros fomentarán entre empresarios y trabajadores, sin perjuicio de su autonomía, la celebración al nivel apropiado, de convenios que establezcan normas antidiscriminatorias en los ámbitos mencionados en el artículo 3 que entren dentro de las competencias de la negociación colectiva. Estos convenios respetarán los requisitos mínimos establecidos en la presente Directiva y las correspondientes medidas nacionales de aplicación”. Para un mayor abundamiento sobre el tema se puede consultar a M. SALIDO, “Libertad religiosa y no discriminación en el ámbito laboral en España: Legislación y Convenios Colectivos”, en *Derecho y Religión*, 11 (2016), pp. 163-188.

³² En el ámbito del Consejo de Europa, no podemos dejar de citar la Resolución de la Asamblea Parlamentaria 2013/1928 sobre “Protección de los derechos humanos en relación con la religión y las creencias y la protección de las comunidades religiosas de la violencia”.

³³ DOCE núm. 303, de 2 de diciembre de 2000.

³⁴ J. ROSSELL GRANADOS, *La no discriminación por motivos religiosos...* ob.cit., p. 64

³⁵ La aplicación de la finalidad de la Directiva es obligada para los Estados miembros, el medio y la forma de aplicación se dejan al arbitrio de la autoridad estatal. De este modo, España ha optado por no hacerlo a través de una norma específica sino a través de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

la Unión Europea, principalmente, conseguir un alto nivel de empleo y protección social, lo que impediría elevar el nivel y la calidad de vida, junto a la cohesión económica y social, la solidaridad y la libre circulación de personas.

26. Se ha de partir de la idea de que la discriminación es un trato diferenciado sin justificación alguna, por lo que si se da ésta no podremos considerarla como tal. Pero, ¿qué podemos entender por “discriminación religiosa o por motivos de religión”? Para ser capaces de establecer una noción aproximada, es necesario entrar a dilucidar qué se considera religión.

En las Conclusiones de la Abogado General del caso Achbita, al que nos referiremos posteriormente, se aclara que en el concepto de religión se mezclan puntos de vista objetivos con elementos de la convicción religiosa de cada persona³⁶. Si bien, aunque la Directiva ha de ser interpretada en sentido amplio, esto es, la concepción de lo religioso no se restringe al ámbito interno, sino también al externo, a la práctica y la manifestación de la fe de la persona (aunque no quede expresamente establecido en la Directiva)³⁷, esto no implica que todo comportamiento o actuación esté protegido por derivar de sus convicciones religiosas³⁸.

27. Partiendo de esta idea, debemos afirmar que tanto la discriminación directa, como la indirecta, están prohibidas en todos los territorios de la Unión. Se da la primera en el caso en el que la persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga; mientras que la segunda se produce cuando una disposición, criterio o práctica, aparentemente neutros, pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, respecto de otras.

28. El trato diferenciado en situaciones similares no posee justificación alguna y dará lugar a una discriminación directa, salvo los supuestos establecidos en los artículos 2.5 y 4 de la propia Directiva³⁹. Así, conforme al primero de los citados, si existen medidas establecidas en la legislación nacional que son necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención de infracciones penales, la protección de la salud y la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos, no se entenderá la existencia de discriminación directa. Del mismo modo, no se apreciará ésta, conforme al artículo 4, cuando debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta o al contexto en el que se desarrolla, la característica que fundamenta la diferencia de trato, constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado⁴⁰.

29. Sin embargo, la discriminación indirecta no se producirá, además de en los supuestos que acabamos de mencionar, en los siguientes (art. 5 de la Directiva):

- Cuando exista objetivamente una finalidad legítima y los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios.
- En aquellos casos en los que, respecto de las personas con una discapacidad determinada, el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto en la presente Directiva, esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas

³⁶ Conclusiones de la Abogado General Sra. Julienne KoKott, de 31 de mayo de 2016. Asunto C-157/15.

³⁷ No puede ser de otra forma si se tiene en cuenta que el artículo 10 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea así lo establece.

³⁸ Teniendo en cuenta esta última afirmación, hay que aclarar que en la norma que abordamos, religión y convicciones son dos caras de la misma moneda, es decir, son fuente de un único y mismo motivo de discriminación.

³⁹ Aunque en las conclusiones de la Abogado General, en el asunto C-157/15, de 31 de mayo, en el considerando 27 se afirma que “en determinadas circunstancias una diferencia de trato directa también puede estar perfectamente justificada”.

⁴⁰ “No obstante lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 2, los Estados miembros podrán disponer que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1 no tendrá carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado”.

adecuadas de conformidad con los principios contemplados en el artículo 5 para eliminar las desventajas que supone esa disposición, ese criterio o esa práctica.

30. Así las cosas, la discriminación directa es más fácilmente identificable puesto que radica en un trato menos favorable basado en algunos de los motivos alegados que son de comprobación más objetiva; en cambio, la apreciación de la indirecta es más compleja dado que no se plantea de forma consciente por quien crea la norma, sino que la posible desigualdad surge en la aplicación de la misma. De este modo, será necesario abordar cada supuesto concreto, lo que va a justificar la creciente jurisprudencia al respecto⁴¹.

31. No se ha de olvidar que, conforme al artículo 3.1, la Directiva se ha de aplicar a todas las personas tanto en el sector público, como en el privado; lo que es especialmente importante en relación a los problemas que son objeto de estudio en este trabajo⁴².

32. Son éstos los preceptos que consideramos que merecen una especial atención en relación con el tema que nos ocupa, aunque algunos de los restantes también serán abordados al realizar los análisis de las sentencias.

III. El uso de símbolos religiosos en las relaciones laborales privadas⁴³: Especial referencia a la jurisprudencia del TJUE en materia del uso del velo islámico

33. Como hemos apuntado, los derechos fundamentales deben ser respetados en cualquier ámbito, incluido el laboral. El problema surge en los momentos en los que se da (o puede darse) una fricción entre la libertad religiosa del empleado y las obligaciones derivadas de la relación de trabajo. Determinar qué bien jurídico debe prevalecer no es un tema baladí, como lo demuestra la prolija jurisprudencia existente.

La libertad religiosa, como ya hemos afirmado, no sólo posee una perspectiva interna, la que pertenece a la esfera privada del individuo, sino que se extrapola, además, a una externa que conlleva su expresión en público. Es esta última la que repercutirá en el ámbito laboral puesto que los límites expuestos, en los epígrafes anteriores, no tienen un contorno definido⁴⁴. De este modo, puede surgir la duda de si es posible esgrimir la libertad religiosa para incumplir un deber contractual o, por el contrario, aquélla se habrá de adaptar o restringir por la relación de trabajo, teniéndose en cuenta que ésta es, en todo momento, voluntaria⁴⁵.

⁴¹ P. BETRIÁN CERDÁN, “Discriminación indirecta y religión en el ámbito laboral”, en *Derecho y Religión*, XI (2016), p. 77.

⁴² En el artículo 10, se traslada la carga de la prueba al demandado si el demandante alega la existencia de hechos de los que se pueda inferir algún tipo de discriminación a las que se refiere el artículo 2.2, ya sea directa o indirecta, incluida, claro está, aquélla que se fundamentan en motivos religiosos.

Art. 10 Directiva: “Los Estados miembros adoptarán con arreglo a su ordenamiento jurídico nacional, las medidas necesarias para garantizar que corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, de dicho principio alegue, ante un tribunal u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta.

2. Lo dispuesto en el apartado 1 se entenderá sin perjuicio de que los Estados miembros adopten normas sobre la prueba más favorables a la parte demandante.

3. Lo dispuesto en el apartado 1 no se aplicará a los procedimientos penales.

4. Lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3 se aplicarán asimismo a toda acción judicial emprendida de conformidad con el apartado 2 del artículo 9.

5. Los Estados miembros no estarán obligados a aplicar lo dispuesto en el apartado 1 a los procedimientos en los que la instrucción de los hechos relativos al caso corresponda a los órganos jurisdiccionales o a otro órgano competente”.

⁴³ Sobre este tema, aunque con carácter más genérico, se puede consultar a M. RODRÍGUEZ BLANCO – I. CANO RUIZ, *La libertad religiosa en el ámbito de las relaciones de trabajo*, Observatorio del Pluralismo Religioso en España, Madrid, 2021.

⁴⁴ Hay quien ha denominado a la libertad religiosa como derecho fundamental inespecífico en el ámbito laboral, por cuanto no se dirige exclusivamente a éste, pero sí impacta claramente. Vid., a modo de ejemplo, E. ROJO TORDECILLAS, “Aproximación al ejercicio del derecho a la libertad religiosa en el ámbito de las relaciones de trabajo”, en F. CAMAS RODA (coord.), *El ejercicio del derecho de libertad religiosa en el marco laboral*, Bomarzo, Albacete, 2016, p. 36

⁴⁵ Partiendo de esta base, la tesis mantenida por el TEDH ha sido la de entender que, si una persona puede eludir las

34. No hay que olvidar que esta libertad no es la única en juego en esta dicotomía, también debe ser tenida en cuenta la libertad de empresa. Tal y como apunta la Abogada General del TJUE en sus Conclusiones, en el asunto C-188/15, conciliar la libertad de una persona de manifestar su religión con la libertad de empresa, requerirá un difícil ejercicio de equilibrio entre los dos derechos en conflicto.

35. Del mismo modo, tal y como hemos apuntado anteriormente, hay que traer a colación el derecho de igualdad o no discriminación por motivos religiosos que, como es lógico, también se aplicará en el ámbito laboral.

36. Por todo ello, podemos afirmar que tres son los derechos en juego: la libertad religiosa, la de empresa y la igualdad o no discriminación. La conexión de los tres se aprecia desde el momento en el que “la libertad de conciencia, de religión o de creencias también se refiere a las manifestaciones de la diversidad religiosa en el lugar de trabajo”⁴⁶, por lo que se han de abordar medidas específicas de ajuste razonable de la libertad de empresa para que sea posible tanto superar la discriminación por motivos religiosos, como respetar la libertad religiosa del empleado.

37. Variados son los supuestos en los que la utilización de vestimenta religiosa en el ámbito laboral ha causado graves problemas que han llegado, en gran cantidad de ocasiones, a los tribunales.

38. No se ha de olvidar que en este estudio nos centramos en las relaciones laborales privadas. Consideramos procedente esta aclaración puesto que la perspectiva es fundamentalmente diversa desde el momento en el que, en el ámbito público, en la mayoría de los Estados europeos, ha de regir la neutralidad o laicidad del Estado⁴⁷. Sin embargo, en el privado, el derecho de libertad religiosa del trabajador podrá (o deberá) ser modulado cuando entre en conflicto con el de libertad de empresa y viceversa.

39. Ante el posible enfrentamiento de los derechos citados, se ha de tener en cuenta el denominado criterio de “acomodo razonable”. Conforme al mismo, el empleador deberá intentar “acomodar” las exigencias laborales a la libertad religiosa del trabajador cuyas creencias ha manifestado anteriormente guiado por el principio de buena fe, siempre y cuando no suponga un perjuicio para su empresa⁴⁸. Ya los tribunales de algunos países europeos se han manifestado en tal sentido. A modo de ejemplo, podemos citar la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán⁴⁹ en la que se aborda el despido improcedente de una dependienta de grandes almacenes al comunicar su decisión de llevar el cabello cubierto en cumplimiento de sus creencias religiosas, ante lo que la compañía alegaba un grave perjuicio económico por considerar que la clientela se negaría a ser atendida por esta persona. Las dos primeras instancias judiciales justifican el citado despido mientras que el Tribunal Federal de Trabajo (y posteriormente el Constitucional) mantiene que la trabajadora está en su derecho de ejercer su libertad religiosa a través del uso del velo ya que la empresa no ha demostrado el perjuicio alegado; es más, argumenta que ésta ni siquiera había pretendido “acomodar” los dos derechos en conflicto puesto que, en ningún momento, ha ofrecido a su empleada el desempeño de un puesto en el que no estuviese obligada a un contacto directo con el público⁵⁰.

limitaciones impuestas sobre su derecho de libertad religiosa, como podría hacerlo renunciando a su puesto de trabajo, en esos casos no hay interferencia con el artículo 9 del Convenio. Esta teoría cambia en el caso Eweida y otros contra Reino Unido, como comprobaremos con posterioridad.

⁴⁶ Informe del Relator Especial sobre la libertad de religión o de creencias A continuación, se refiere a los medios para eliminar la intolerancia y la discriminación por motivos religiosos en el lugar de trabajo (A/69/150).

⁴⁷ No debemos olvidar que en la Unión Europea aún siguen existiendo Estados confesionales (Reino Unido, Dinamarca, Finlandia, Grecia y Malta).

⁴⁸ Sobre el tema de la acomodación de símbolos religiosos se puede consultar, entre otros muchos, A. CASTRO JOVER, “Símbolos, ceremonias, manifestaciones religiosas y poderes públicos”, en J. FERREIRO GALGUERA (COORD.), *Jornadas jurídicas sobre libertad religiosa en España*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2008, pp. 810 y ss.

⁴⁹ Sentencia de 30 de julio de 2003.

⁵⁰ En derecho inglés se pueden citar varias sentencias en las que se otorga prevalencia al derecho de libertad religiosa. Así podemos mencionar a la decisión del Tribunal Laboral Malik versus British Home, o bien el caso Hussain versus Midlan Cosmetic Sales. Para conocer los hechos de las sentencias se puede consultar A. MOTILLA, “Vestimentas y símbolos religiosos en el derecho laboral...” art.cit., pp. 264-265.

40. Siguiendo esta línea, dentro de nuestras fronteras, el Tribunal Superior de Justicia de Baleares, en su Sentencia de 9 de septiembre de 2002, tuvo que decidir sobre el derecho de un conductor de autobuses municipales a portar el gorro judío. La compañía despide al empleado alegando que esa prenda no forma parte del uniforme, pero el Tribunal entiende (al igual que en el caso alemán) que, aunque puede aceptarse un conflicto entre la libertad religiosa del trabajador y la de empresa, ésta no demuestra que exista daño o menoscabo para ella, máxime cuando había permitido el uso del yarmulke durante años⁵¹.

41. Teniendo presente lo hasta aquí expuesto, vamos a intentar establecer los criterios comunes de la jurisprudencia, centrándonos en las sentencias del TJUE, ya que la mayoría de ellas han abordado, expresamente, el tema del velo islámico como causa de despido en las empresas privadas, objeto de nuestro estudio.

42. Los órganos judiciales se han pronunciado, respecto al uso de símbolos religiosos, tanto sobre la empresa pública como privada. Si bien nosotros nos centramos en esta última, nos parece interesante hacer referencia a algunas de las resoluciones que se han emitido en relación con el ámbito público, puesto que en ellas se sustentarán algunas de las pautas que consideramos necesario seguir en una posible regulación de este tema.

43. La doctrina del TEDH ha evolucionado, en cierta medida, a la hora de aceptar el uso de vestimenta religiosa en el marco laboral⁵². Una de sus primeras sentencias fue el caso Dahlab contra Suiza⁵³, relativo a una profesora católica convertida al Islam que había comenzado a usar el velo islámico y que impartía clases a niños con edades comprendidas entre los 5 y los 8 años. Así lo hizo durante un lustro, sin que nada se opusiera a ello. Tras una ley cantonal en la que se protegía la laicidad de la escuela pública, se le prohibió su utilización. A pesar de que el Tribunal reconoce que existe una limitación o restricción al ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa, acepta que es completamente necesaria para el mantenimiento de la “paz social”, como medida que asegura la existencia de una escuela laica, lo que justificaba el margen de apreciación de los Estados a la hora de establecer restricciones al citado derecho, reconocido en el artículo 9 del Convenio⁵⁴. Hay autores, entre los que me encuentro, que mantienen que la decisión del Tribunal fue desproporcionada puesto que no se había demostrado, en ningún momento, perturbación alguna del límite que denominaron “paz social”, dado que la profesora había ejercido su profesión durante cinco cursos sin que existiese queja alguna al respecto⁵⁵.

44. Del mismo modo, el Tribunal Europeo se vuelve a pronunciar sobre el uso de simbología religiosa en el ámbito público, pero esta vez, en el caso del velo islámico⁵⁶. El asunto proviene de la

⁵¹ Los tribunales españoles, a la hora de valorar los despidos por uso de vestimenta o adornos religiosos, además de tener en cuenta toda la normativa analizada en los anteriores apartados, deben tener presente el artículo 53.4 del Estatuto de los Trabajadores, donde se determina que se ha de considerar nulo el despido que “tuviera como móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley o bien se hubiera producido con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador”. También hace referencia a este tema el artículo 54.2.g), si bien aquí se establece la extinción del contrato de trabajo por incumplimiento grave del trabajador, considerándose como tal el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa.

⁵² Un detallado estudio sobre el tema se realiza, entre otros, en I. CANO RUIZ, “Vestimenta y símbolos religiosos en el ámbito laboral”, en A. MOTILLA (coord.), *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al derecho de libertad religiosa en el ámbito laboral*, Granada, Comares, 2016, p. 41 a 64; D. GARCÍA-PARDO, “La discriminación religiosa en el ámbito laboral en la jurisprudencia de Estrasburgo”, en *Derecho y Religión*, 11 (2016), pp. 7-45.; J. MARTÍNEZ TORRÓN, “La cuestión del velo islámico en la jurisprudencia de Estrasburgo”, en *Derecho y Religión*, 4 (2009), pp. 87-109; M. MORENO ANTÓN, “Los recelos de Europa ante la realidad multicultural: hiyab y TEDH”, en *Derecho y religión*, 9 (2014), pp. 169-204

⁵³ Decisión sobre la admisibilidad de la solicitud número 42393/98, 15 febrero 2001.

⁵⁴ Un comentario sobre esta sentencia es realizado por B. RODRIGO LARA, *Minoría de edad y libertad de conciencia*, Universidad Complutense, Madrid, 2005, pp. 399-403.

⁵⁵ J. MARTÍNEZ TORRÓN, “La cuestión del velo islámico en...”, art.cit., p. 94.

⁵⁶ STEDH Ebrahimian contra Francia, de 26 de noviembre de 2015. Este supuesto se produce en el marco de una empresa pública.

demanda interpuesta por una ciudadana francesa que es contratada, por el período de 3 meses (renovada posteriormente por un año), como asistente social de un establecimiento público en París. Antes de la finalización del contrato, se le comunica que no se procederá a su renovación por las quejas de algunos de los pacientes del centro ante la negativa a quitarse velo que llevaba. El Tribunal, teniendo en cuenta la normativa, tanto nacional como internacional, y alegando la laicidad del Estado, la neutralidad de los servicios públicos, la limitación del derecho fundamental de libertad religiosa por los derechos y libertades de los demás, etc., basa su decisión, como ya venía siendo costumbre, en el margen de apreciación de los Estados y declara, por seis votos a favor y uno en contra, la inexistencia de violación del artículo 9 del Convenio⁵⁷.

45. A este respecto, no podemos dejar de mencionar la Decisión de 26 de febrero de 2016, emitida en el caso Barik Edidi contra España, por la expulsión de la Sala de la zona reservada a las partes del proceso en la Audiencia Nacional, de una abogada musulmana por llevar la cabeza cubierta con un hiyab. Hubiese sido interesante la opinión del Tribunal en este tema, sin embargo, la demanda no fue admitida ya que la presentación extemporánea del primer recurso de alzada privó a los Tribunales internos (también al TEDH) de la posibilidad de pronunciarse sobre el fondo de sus pretensiones dado que no se agotaron “las vías de recursos internos, en aplicación del artículo 35 §§ 1 y 4 del Convenio, por incumplimiento de la demandante, de las formalidades prescritas en el Derecho nacional para la interposición de los recursos”⁵⁸.

46. Como se puede apreciar, con carácter general, la jurisprudencia internacional avala la restricción del derecho de libertad religiosa en cuanto a la prohibición de simbología dinámica en el puesto de trabajo en el ámbito público, basándose en los principios de laicidad y en los derechos y libertades de los demás.

47. Sin embargo, como ya adelantamos, nuestro estudio se centra en el uso de prendas religiosas en la empresa privada, concretamente, en el velo islámico. Para comprender la evolución de la jurisprudencia en este tema, hemos de comenzar haciendo referencia, nuevamente, a una sentencia del TEDH que, si bien no versa sobre esta vestimenta religiosa, sí que nos dará una idea del cambio de posición de este órgano internacional en relación con esta materia. Nos estamos refiriendo al caso Eweida y otros contra Reino Unido⁵⁹.

48. En esta resolución se abordan diferentes supuestos en los que se considera posible la violación del derecho fundamental de libertad religiosa: por una parte, una auxiliar de vuelo (Eweida) y una enfermera (Chaplin)⁶⁰ que entendían que habían sufrido restricciones en sus derechos de libertad e igualdad religiosas desde el momento en el que las normas de sus lugares de trabajo no les permitían portar, a la vista de los demás, un crucifijo de pequeñas dimensiones; por otra, una empleada del Regis-

⁵⁷ Es de destacar el caso Sodan contra Turquía, de 2 de febrero de 2016, puesto que aquí, aunque también se hace referencia al ámbito público laboral, el asunto versa sobre un tema muy curioso y polémico. El demandante fue trasladado, como superior en la oficina del gobernador en la capital de Ankara a un puesto similar en una provincia, a consecuencia de un informe sobre su conducta en el que se destacaba que su mujer llevaba velo (además de otras circunstancias relativas a su timidez). El TEDH acepta que la ropa de los funcionarios públicos y, en concreto, la prohibición de llevar símbolos religiosos puede sustentarse en la laicidad y neutralidad del servicio público, sin embargo, en este caso, la alegación del uso de velo por la mujer de un funcionario, siempre y cuando no intervenga en sus funciones, se ha de considerar una intromisión ilegítima en la vida privada que implica, no una violación del artículo 9 del Convenio, sino del 8 del mismo texto.

⁵⁸ Decisión TEDH, Barik Edidi contra España, de 26 de mayo de 2016.

⁵⁹ STEDH Eweida y otros c. El Reino Unido, de 15 de enero de 2013 (Recursos núms.48420/10, 59842/10, 51671/10 y 36516/10).

⁶⁰ Sobre esta sentencia se recomienda la consulta del artículo de H. HALL, – J. GARCÍA OLIVA, “Simbología religiosa en el ámbito laboral. A propósito del caso Chaplin y sus implicaciones en el Derecho británico”, en *Revista General de Derecho canónico y Derecho eclesiástico del Estado*, *Revista General de Derecho canónico y Derecho eclesiástico del Estado*, 32 (2013), pp. 1-20.

tro de matrimonios (Ladele)⁶¹ y un consejero de relaciones de pareja (McFarlane) que rehusaron prestar servicios a parejas del mismo sexo alegando que era contrario a sus creencias religiosas⁶².

49. En el primero de los citados, en el caso Eweida, se analiza la normativa de la aerolínea que prohibía el uso de símbolos religiosos no autorizados expresamente y no obligatorios según la religión. Tras la denuncia de la asistente de vuelo que portaba una pequeña cruz de oro blanco al cuello y a la que se le suspende (tras varios apercibimientos) de empleo y sueldo hasta que acepte las reglas de uniforme que establece la compañía⁶³, se produce un cambio en las normas de la empresa, permitiendo el uso de ese tipo de símbolos. A este respecto, el TEDH entiende que la prohibición que afectó en un primer momento a la Sra. Eweida no estaba justificada. Basándose en la ponderación y en el principio de proporcionalidad afirma que la manifestación de las creencias religiosas del trabajador, fundamentada en el derecho de libertad religiosa recogido en el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, no ha sido lo suficientemente protegida, puesto que los tribunales nacionales han dado una prevalencia extrema a los intereses de la empresa porque, aunque ésta puede establecer la uniformidad y proyectar la imagen que considera oportuna, no demuestra que el portar una cruz al cuello tenga unas consecuencias diversas al uso de otras prendas religiosas que sí estaban permitidas (como el velo o el turbante sij).

En este supuesto, el TEDH rompe parcialmente con su doctrina. Anteriormente había considerado que, al poseer la relación laboral carácter voluntario, no se podía entender limitada la libertad religiosa del empleado al que se le prohibía el uso de simbología dinámica puesto que bastaba con renunciar al contrato de trabajo para que su derecho se pudiese desarrollar con total plenitud; en cambio, aquí sostiene que “(...) cuando un individuo se queja de una restricción en su libertad religiosa en el lugar de trabajo, en vez de considerar que la posibilidad de cambiar de trabajo negaría cualquier interferencia con el derecho, el enfoque más apropiado sería sopesar esa posibilidad dentro del balance general al considerar si la restricción fue o no proporcionada”. Es decir, lo importante es, a través de la ponderación, buscar un equilibrio entre el derecho fundamental del trabajador a manifestar sus creencias, amparado por la libertad religiosa, y la libertad de empresa del empleador sobre el uso de uniformes⁶⁴. Como se puede apreciar, se insinúa la protección del “derecho de acomodo” ya comentado.

50. Del mismo modo, rompe con el ya consabido “margen de apreciación de los Estados”, puesto que negó que los tribunales de Reino Unido hubiesen ponderado correctamente el justo equilibrio de los derechos en conflicto⁶⁵. Ahora bien, se reafirma en gran parte de lo recogido en anteriores decisiones como el hecho de la falta de una regulación relativa al uso de simbología religiosa en el trabajo y su posible necesidad para evitar mayores problemas⁶⁶.

⁶¹ Un comentario expreso sobre el caso Ladele contra Reino Unido se puede consultar en F. PÉREZ MADRID, “Objeción de conciencia y Uniones civiles entre personas del mismo sexo: Comentarios acerca del caso Ladele c. Reino Unido”, en *Revista General de Derecho canónico y Derecho eclesiástico del Estado*, 32 (2013), pp. 1-19.

⁶² Sólo haremos referencia a los dos citados en primer lugar, por no ser los restantes relativos al uso de simbología dinámica.

⁶³ La demandante renuncia a un puesto administrativo en la empresa que no exigía el uso de uniforme.

⁶⁴ A. C. DOS SANTOS – D. GARCÍANDÍA IGAL, *La libertad religiosa de los trabajadores. El deber empresarial de acomodación razonable como mecanismo de promoción de los derechos humanos*, Iustel, Madrid, 2021, p. 284.

⁶⁵ No así en los casos Ladele y McFarlane.

⁶⁶ “(...) en la mayoría de los Estados el uso de vestimenta religiosa y/o utilización de símbolos religiosos en el lugar de trabajo no está regulado. En tres Estados, a saber, Ucrania, Turquía y algunos cantones de Suiza, está prohibido el uso de símbolos religiosos y/o vestimenta de ropa religiosa para funcionarios públicos y otros empleados del sector público, pero en principio se permite a los empleados de empresas privadas. En cinco Estados – Bélgica, Dinamarca, Francia, Alemania y Holanda – los tribunales nacionales han admitido expresamente, al menos en principio, el derecho del empresario a imponer ciertas limitaciones sobre el uso de símbolos religiosos por los empleados; Sin embargo, no existen ni leyes ni reglamentos en ninguno de estos países permitiendo expresamente al empresario el hacerlo. En Francia y Alemania, está estrictamente prohibido el uso de símbolos religiosos por funcionarios y empleados del Estado, mientras que, en los otros tres países, la actitud es más flexible. En ningún lugar se permite una prohibición general para los empleados privados de llevar prendas religiosas y/o símbolos religiosos en el lugar de trabajo. Por el contrario, en Francia tal prohibición está expresamente excluida por ley. Según la legislación francesa, con el fin de ser declaradas legales tales restricciones deben perseguir un objetivo legítimo, respecto a normas sanitarias, la protección de la salud y las costumbres, la credibilidad de la imagen corporativa ante los ojos del cliente, así como pasar una prueba de proporcionalidad”.

51. No obstante, a pesar de lo establecido en la sentencia analizada, en el caso Chaplin, aunque el TEDH entiende que el llevar la cruz al cuello es una forma de manifestación de las creencias religiosas y, por tanto, de la libertad religiosa, toma en consideración el especial trabajo realizado por la enfermera puesto que el uso del colgante podía afectar a la salud y seguridad en el ámbito hospitalario por lo que la medida restrictiva aquí se entiende proporcional y justificada⁶⁷.

Como se puede apreciar, es la adecuación de los límites de la libertad religiosa lo que puede o no justificar la injerencia en este derecho y la prohibición del uso de símbolos religiosos en el puesto de trabajo.

52. Dentro de nuestras fronteras y centrándonos ya en el uso del velo islámico en la empresa privada y las posibles consecuencias de aquél, hemos de citar la resolución dada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Palma⁶⁸ que reconoció la violación del derecho fundamental de libertad religiosa a una trabajadora, auxiliar administrativo, que comunicó el uso del hiyab a la empresa que procedió a su despido, alegando que el velo no formaba parte del uniforme estipulado. El órgano judicial, haciendo referencia a la Directiva comunitaria analizada y a toda la normativa internacional mencionadas en el apartado anterior, considera que la empleada está siendo discriminada ya que el empleador no invoca, en ningún momento, política de neutralidad religiosa y, además, permite a otros trabajadores exhibir cruces y vírgenes o no hacer uso riguroso del uniforme (portando bolsos, zapatos no reglamentarios o piercings)⁶⁹.

53. Muy significativas son también las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja, núms. 131, 132 y 133/2017, de 22 de junio, en las que se dilucidan tres supuestos de hecho acaecidos en las mismas circunstancias y dentro de la misma empresa. Las demandantes son tres trabajadoras musulmanas con contrato de trabajo indefinido y a tiempo completo, que portan hiyab y prestan sus servicios en una compañía dedicada a la recolección de champiñones. Ésta, en el momento de la firma del contrato, les comunicó la obligatoriedad de que la bata y el gorro sean las prendas más externas del uniforme, alegándose que la certificación del sistema de calidad prohibía cualquier tipo de contaminación al trabajarse con alimentos. Se destacó, por parte del empleador, que “la inobservancia de esta norma, puede conllevar la contaminación de una gran cantidad de champiñón, ya sea por un pelo, por restos de perfume u otros elementos ajenos al propio champiñón, pudiendo provocar la pérdida de gran cantidad de champiñón si se detecta en los controles de la empresa, e incluso algo peor, una alerta sanitaria si ese champiñón sale de la fábrica”. Igualmente, en la carta de despido en la que se les recuerda estos extremos, la empresa les insiste en que hay otras trabajadoras musulmanas que portan el velo, pero que lo hacen bajo el gorro obligatorio. Ante la negativa de las demandantes (en varias ocasiones) a aceptar llevar el pañuelo islámico bajo el uniforme, son despedidas. Las tres sentencias entienden, de acuerdo con algunas de las resoluciones del TJUE que estudiaremos posteriormente, que no se cercena su derecho constitucional a la libertad religiosa, razonando al efecto que dicha decisión resulta completamente ajena y extraña a la utilización del hiyab como signo externo de una determinada confesión religiosa, al responder a razones de higiene la exigencia de que ningún elemento de las prendas de vestir de las empleadas que prestan servicios en el departamento de producción quede por fuera de la bata y gorro de trabajo, pues de tal forma se minimiza el riesgo de contaminación. Tampoco se considera que exista discriminación por motivos religiosos, ya que la prohibición de prendas de este tipo no sólo se impone a las mujeres musulmanas, siendo de destacar, además, que no se les impide portar el velo, únicamente se les exige el uso bajo el gorro del uniforme.

⁶⁷ Sin olvidar que, a diferencia del caso Eweida, la restricción no sólo se centraba en algunos tipos de simbología religiosa, sino que se prohibían todos aquellos que pudieran suponer un riesgo para la salud de los pacientes y del personal sanitario.

⁶⁸ Sentencia núm. 31/2017, de 6 febrero.

⁶⁹ También el Tribunal Superior de Justicia de Madrid se ha pronunciado sobre el tema del uso de simbología dinámica, concretamente en su Sentencia de 27 de octubre de 1997, en la que, a diferencia del caso anterior, no acepta la prevalencia de la libertad religiosa sobre la de empresa puesto que no se observa buena fe contractual por parte de la trabajadora al no manifestar, en el momento de la contratación (pocas semanas antes de realizar su reclamación) su necesidad de que se le permitiera utilizar un uniforme que estuviera de acuerdo con sus creencias religiosas.

54. Especialmente importante hubiese sido, en la materia objeto de estudio, la opinión del Tribunal Supremo relativa al recurso de casación para la unificación de doctrina⁷⁰, presentado en relación con una de las sentencias apenas mencionadas. Sin embargo, tan alto Tribunal desestima la admisión por no cumplir los requisitos necesarios (Auto de 29 de mayo de 2018). Se alega que “La parte recurrente, en su escrito de interposición del recurso no realiza la debida comparación entre la sentencia recurrida y la que cita de contraste, a los efectos del motivo de recurso que propone, realizando una breve referencia a cada resolución, pero sin establecer debidamente los aspectos comparativos de los que pueda deducirse la identidad sustancial en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones, como exige el art. 224.1.a) de la LRJS”⁷¹.

55. Como se puede comprobar, al igual que en el ámbito internacional, en el nacional vuelven a ser los límites del derecho fundamental de libertad religiosa los que pueden justificar la prohibición del uso de simbología religiosa en el trabajo.

56. A pesar de la importancia de todas las resoluciones tratadas, consideramos que merecen especial atención las sentencias emitidas por el TJUE ya que en ellas se analizan detalladamente los tres derechos que entran en juego en el objeto de este trabajo y, además, han servido de base a las sentencias nacionales apenas mencionadas. A su estudio nos dedicaremos a continuación.

1. Especial referencia a la jurisprudencia del TJUE

57. En este epígrafe partimos de todas las premisas establecidas en los anteriores si bien, principalmente, se ha de recordar que los derechos fundamentales también han de ser respetados, como no podía ser de otra forma, en la relación laboral. Es cierto que se pueden aceptar matizaciones, tal y como comprobaremos en el análisis de las siguientes sentencias y como se ha podido apreciar en el estudio de las ya citadas.

58. En la mayor parte de las resoluciones judiciales que deciden sobre el uso de simbología dinámica en el trabajo, por no decir en todas, se afronta no sólo el tema de la libertad religiosa, sino también el de la igualdad o no discriminación y es, en este último derecho fundamental, en el que se basan las sentencias dadas por el TJUE, partiendo de la Directiva 2000/78 analizada.

A) Sentencia TJUE, de 14 de marzo de 2017 (C-157/2015)

59. Esta resolución⁷², conocida comúnmente como caso Achbita, al igual que las que comentare-

⁷⁰ Citándose como contraste las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de 30 de abril de 1978 y la dictada por la misma sala del Tribunal Supremo, de 20 de enero de 1987.

⁷¹ No en tema de despido, pero sí de inadmisión en un puesto de trabajo por el uso del hiyab, podemos citar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de núm. 26/2002, de 24 de enero de 2022, que dilucida el caso del mantenimiento o no de los ingresos establecidos en la Ley 18/2008 de 23 de diciembre para la Garantía de Ingresos e Inclusión Social ya que ésta, en su apartado i) establece la pérdida de éstos: “Cuando sea de aplicación, rechazar en una ocasión, sin causa justificada, un empleo adecuado según la legislación vigente o una mejora en las condiciones de trabajo que pudiera conllevar un aumento del nivel de ingresos”. En este supuesto se deniegan los mismos ya que se entiende, por el Servicio Vasco de Empleo, que una trabajadora musulmana había rechazado un trabajo, lo que conllevaba la pérdida del derecho. Sin embargo, se consideran hechos probados que la empresa decidió no contratar a una mujer musulmana que, al presentarse a la entrevista, le preguntaron si estaba dispuesta a prescindir -en el trabajo- del pañuelo islámico y al responder que (si era posible) no, se decidió no ofrecer el puesto a la demandante alegándose que no era el perfil que estaban buscando ya que el uniforme estaba compuesto de manga corta y gorra, siendo imposible llevar el hiyab. No entraremos en el fondo del asunto de esta resolución (en la que se entiende que no es la demandante de empleo la que rechaza la oferta sino la empresa quien decide no contratarla y, por tanto, no pierde los ingresos que obtenía conforme a la norma citada); sin embargo, si nos llama la atención que no se realizase ningún tipo de reclamación por la mujer musulmana al no ser aceptada en el trabajo cuando, expresamente, habían comunicado que no se le ofrecía el empleo por el uso del velo islámico.

⁷² Se han realizado múltiples comentarios sobre esta resolución, a modo de ejemplo podemos citar: J. M. CONTRERAS MAZARÍO, “El TJUE no prohíbe el uso del velo islámico. Comentario a las sentencias del TJUE de 14 de marzo de 2017, asuntos

mos posteriormente, se fundamenta en la petición de una decisión prejudicial, planteada por el Tribunal de Casación de Bélgica mediante resolución de 9 de marzo de 2015, que tiene por objeto la interpretación del artículo 2, apartado 2, letra a) de la Directiva ya analizada. Además, se abordan los considerandos 1⁷³, 4⁷⁴ y 23⁷⁵ de la misma, así como los artículos 1, 2.1, 3.1 y 4.1⁷⁶. Al ser la primera dada en relación con este hecho, será la que analizaremos más detenidamente para después hacer a ella referencia en los siguientes subepígrafes.

60. El litigio surge entre la Sra. Achbita (y el Centro para la Igualdad de Oportunidades y la lucha contra el Racismo)⁷⁷ y la empresa en la que trabajaba por la prohibición que esta última impone a sus trabajadores relativa al uso de signos visibles de sus convicciones políticas, filosóficas o religiosas, así como a observar cualquier rito relacionado con dichas convicciones en el lugar de trabajo⁷⁸. La libertad religiosa y la no discriminación en el empleo por razones de este tipo van a ser el eje sobre las que gire esta decisión.

61. La pretensión de la recurrente, de confesión musulmana, era poder vestir el pañuelo islámico durante su jornada de trabajo como recepcionista en GS4. En ésta, existía una norma no escrita por la que los trabajadores no podían llevar signos visibles que manifestaran sus convicciones, en el caso que aquí nos interesa, religiosas. Durante los tres primeros años de contrato (que tenía carácter indefinido) la Sra. Achbita no había portado el pañuelo, pero a partir de abril de 2006, comunicó su intención de llevarlo durante su jornada laboral, a lo que la empresa se negó. Tras un período de baja por enfermedad, el 12 de mayo del año citado, informa al empleador de su reincorporación y de que ésta se hará efectiva llevando el velo, lo que hace el 15 del mismo mes. Catorce días más tarde, el Comité de empresa de GS4 modifica el reglamento interno incluyendo el siguiente texto (reflejo de la norma no escrita a la que hemos hecho referencia)⁷⁹: “Se prohíbe a los trabajadores llevar signos visibles de sus convicciones políticas, filosóficas o religiosas u observar cualquier rito derivado de éstas en el lugar de trabajo”.

C-157/15 y C-188/15”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 57 (2017), pp. 577-613; J. CRUZ DÍAZ, “Pañuelo Islámico y discriminación en la UE: comentarios a las sentencias del TJUE de 14 de marzo de 2017, asuntos Achbita/G4S y Bougnaoul/Micropole”, en *Crónica Jurídica Hispalense: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla*, 15 (2017); J. GARCÍA MURCIA – I. A. RODRÍGUEZ CARDO, “Signos religiosos en la indumentaria de trabajo y principio de no discriminación: las primeras aportaciones del Tribunal de Justicia”, en *La Ley Unión Europea*, 49 (30 de junio de 2017), pp. 1-36; J. D. PELAYO OLMEDO, “La prohibición del uso de prendas y símbolos religiosos en el ámbito laboral. Aclaraciones del TJUE sobre la aplicación del principio de igualdad y no discriminación en el caso Samira Achbita c. G4S Secure Solutions NV”, en *Revista General de Derecho Europeo*, 43 (2017), pp. 1-26; S. SOLDEVILLA FRAGOSO, “Libertad religiosa y velo islámico en el empleo: STJUE de 14 de marzo de 2017, asunto C-157/2017 Samira Achbita”, en *Actualidad Administrativa*, 7-8 (2017).

⁷³ “De conformidad con el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, la Unión Europea se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a todos los Estados miembros y respeta los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, como principios generales del Derecho comunitario”.

⁷⁴ “El derecho de toda persona a la igualdad ante la ley y a estar protegida contra la discriminación constituye un derecho universal reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, los Pactos de las Naciones Unidas de Derechos Civiles y Políticos y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de los que son partes todos los Estados miembros. El Convenio nº 111 de la Organización Internacional del Trabajo prohíbe la discriminación en el ámbito del empleo y la ocupación”.

⁷⁵ “En muy contadas circunstancias, una diferencia de trato puede estar justificada cuando una característica vinculada a la religión o convicciones, a una discapacidad, a la edad o a la orientación sexual constituya un requisito profesional esencial y determinante, cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado. Dichas circunstancias deberán figurar en la información que facilitarán los Estados miembros a la Comisión”.

⁷⁶ En el proceso también intervinieron el Gobierno belga, el Gobierno francés, el Gobierno del Reino Unido y la Comisión Europea.

⁷⁷ Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding.

⁷⁸ Se ha de partir de la idea ya expresada por la Abogada General en sus Conclusiones en relación con este caso: la laicidad del Estado en cuestión no afecta a la trabajadora en este caso ya que no nos encontramos ante un funcionario público.

⁷⁹ Que entra en vigor el 13 de junio de 2006.

62. Ante la persistencia en su idea de portar el hiyab, la Sra. Achbita es despedida el 12 de junio de 2006⁸⁰. Todas las demandas que interpone, por despido improcedente, son desestimadas por los Tribunales belgas alegándose, concretamente por parte del Tribunal Laboral Superior de Amberes, que la prohibición no suponía una discriminación directa, tampoco podía tacharse de indirecta y, en ningún caso, suponía una violación de la libertad individual o de religión.

63. Como ya apuntamos, la discriminación directa se produce en aquellos supuestos en los que la persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga. Los tribunales nacionales mantienen la inexistencia de la misma puesto que afirman que la norma afecta a todo trabajador, independientemente de la confesión a la que pertenece, teniendo alcance general, por lo que el despido no se produce por profesar la fe musulmana sino por su intención de hacerla visible durante las horas de trabajo⁸¹. Sin embargo, la recurrente entiende que no se aplican correctamente los criterios relativos a este tipo de discriminación, en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva.

64. A la hora de decidir sobre el asunto, el Tribunal de Casación Belga es el que decide suspender el procedimiento y plantear una cuestión prejudicial solicitando se dilucide si el precepto apenas mencionado debe interpretarse en el sentido de que la prohibición de llevar un pañuelo en el lugar de trabajo por convicciones religiosas, derivada de una norma interna de una empresa privada, constituye o no una discriminación directa, teniéndose en cuenta que la norma prohíbe a todos los trabajadores portar signos externos que manifiesten sus convicciones.

El TJUE, partiendo de la definición de igualdad de trato⁸², en la que se hace referencia expresa a la discriminación directa e indirecta, analiza el concepto de religión para, posteriormente, determinar si la normativa objeto de la cuestión, puede suponer un caso de discriminación por este motivo.

65. En cuanto a dicho concepto, la sentencia toma como punto de partida la ausencia de definición de religión en la propia Directiva; sin embargo, no hay que olvidar que en el considerando 1 se remite al Convenio Europeo de Derechos Humanos (en este caso concreto habríamos de traer a colación el art. 9) e, igualmente, a las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales de la Unión, por lo que no se ha de obviar el artículo 10 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Al presentar ambos textos un concepto amplio de religión, en el que se incluye la libertad de las personas de manifestarla, se entiende que es ésta la acepción cubierta por la Directiva, esto es, una perspectiva que protege tanto el *forum internum* como el *externum*, aunque eso no implica que todo comportamiento o actuación, de carácter religioso, se encuentra amparado por el ordenamiento jurídico⁸³.

Sentada esta base, correspondía ahora determinar si la norma interna ocasionaba una diferencia de trato que constituía una discriminación, ya fuese directa (objeto de la cuestión prejudicial en sí), o indirecta (elemento que aborda el TJUE para facilitar al Tribunal nacional la solución del caso).

66. En cuanto a la posibilidad de existencia del primer tipo de discriminación en la normativa de GS4, se recuerda que en ella no se hace referencia expresa al símbolo religioso de ninguna confesión concreta y que aquélla se produce cuando la persona es tratada de forma menos favorable que otra en situación análoga. En la norma controvertida en el litigio no se aprecia por varios motivos: 1.- Se mencionan no sólo a convicciones religiosas sino también a las políticas o filosóficas, de modo que lo perseguido por la empresa es la neutralidad. 2.- La prohibición afecta a todos los símbolos religiosos visibles no existiendo, de este modo, diferencias que se sustenten en la pertenencia a una u otra confesión religiosa. 3.- Afecta a todos los trabajadores de la empresa, a los que se les impone una neutralidad en la indumentaria.

De este modo, se puede concluir, y así lo hace el TJUE, que no existe discriminación directa.

⁸⁰ Como se puede comprobar, el despido es anterior a la entrada en vigor de la modificación del Reglamento.

⁸¹ Según el Tribunal Laboral Superior de Amberes “Ningún hecho permite suponer que GS4 haya adoptado una postura más conciliadora con cualquier otro asalariado en situación análoga, en particular con algún trabajador con otras convicciones religiosas o filosóficas que se hubiese negado repetidamente a respetar esa prohibición”.

⁸² Artículo 1 de la Directiva.

⁸³ Punto 37 de las Conclusiones de la Abogado General en relación con el caso que analizamos.

67. A pesar de ello, aunque en la cuestión prejudicial el órgano jurisdiccional remitente se haya referido exclusivamente a determinadas disposiciones del Derecho comunitario, el TJUE se permite proporcionar algunos criterios de interpretación para que le sean de ayuda al tribunal de origen en la solución del caso. Así, hace referencia a la posibilidad de que se aprecie otro tipo de discriminación, conforme al artículo 2, apartado 2, letra b), la indirecta. El Tribunal toma en consideración, además de la Directiva mencionada, la 2000/43 del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.

Como ya adelantamos, existirá discriminación indirecta, conforme a los artículos 2.2.b) de ambas Directivas, cuando una disposición, criterio o práctica que, en principio, son aparentemente neutros, pueda ocasionar una desventaja particular a determinadas personas respecto a otras (desde distintas perspectivas)⁸⁴. En ambas normas se determina que existirán salvedades en las que produciéndose esa desventaja no se aprecie y serán⁸⁵:

- 1.º Finalidad legítima.
- 2.º Justificación objetiva.
- 3.º Medios adecuados y necesarios.

68. Algunos de los fines legítimos quedan recogidos en la propia Directiva, concretamente, en el artículo 4.1 y en el 2.5. En el primero de ellos se especifica que la diferencia de trato estará justificada cuando “debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado”. En el segundo se hace referencia a la justificación basada en la protección de derechos y libertades de los ciudadanos⁸⁶.

69. En relación con el requisito profesional esencial y determinante⁸⁷ que justificaría la existencia de una diferencia de trato⁸⁸, se ha de establecer si una empresa puede imponer a sus trabajadoras, como requisito profesional (sin adjetivo alguno que lo acompañe), determinados aspectos de su indumentaria si guardan relación con motivos religiosos. Esta exigencia dependerá de la determinada naturaleza de la actividad profesional o del contexto en el que se lleve a cabo. Es posible que la actividad de una recepcionista se desempeñe de igual forma tanto si se lleva velo como si no, pero también se ha de tener en cuenta el ámbito en el que se desarrolla la actividad. El empresario puede imponer unas normas de indumentaria (ya sea llevar uniforme o prescindir del velo –símbolos visibles-) ya que tal y como mantiene la Abogada General en el punto 76 de sus conclusiones “(...) puede optar por una política de estricta neutralidad religiosa y de convicciones y, con vistas a la realización de esa imagen, exigir a sus trabajadores como requisito profesional la correspondiente presencia neutral en el puesto de trabajo”.

70. Ahora bien, ese requisito profesional que comentamos debe tener, conforme al artículo 4.1 de la Directiva, otras dos características: ser esencial y determinante. Ambas deben ser analizadas conforme a criterios objetivos y razonables, teniéndose en cuenta el caso en concreto. Es aquí donde vuelve

⁸⁴ En la Directiva 2000/43/CE se fundamentará en el origen racial o étnico, mientras que en la 2000/78/CE se hace referencia a la religión o convicción, a la discapacidad, edad u orientación sexual.

⁸⁵ En el caso de Discapacidad, la Directiva 2000/78/CE determina, además, que “respecto de las personas con una discapacidad determinada, el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto en la presente Directiva, esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas de conformidad con los principios contemplados en el artículo 5 para eliminar las desventajas que supone esa disposición, ese criterio o esa práctica”.

⁸⁶ “La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de las medidas establecidas en la legislación nacional que, en una sociedad democrática, son necesarias para la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención de infracciones penales, la protección de la salud y la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos”.

⁸⁷ No se ha de olvidar que el artículo 4 no se aplica de forma automática ya que así deberá ser dispuesto por los Estados, tal y como afirma la Abogada General, Sra. Eleanor Sharpston, en las Conclusiones del Asunto C-188/55 (caso Bougnaoui).

⁸⁸ No podemos olvidar que la fijación de los requisitos profesionales no tiene por qué ser realizada por los Estados miembros, como se podía pensar por la redacción del precepto, sino que las empresas, a través de normativa, también podrán hacerlo: Sentencia TJUE C-447/09, caso Prigge y otros (13 de septiembre de 2011).

a ser imprescindible mencionar la libertad que asiste al empleador para decidir cómo se organizan y desempeñan las obligaciones laborales dentro de su empresa, independientemente del motivo, ya sea por higiene o seguridad en el trabajo⁸⁹ o bien, por la política empresarial definida por él que, si así lo desea, puede estar fundamentada en el contacto personal con los clientes⁹⁰.

71. Según el TJUE la prohibición impuesta a la Sra. Achbita puede considerarse un requisito profesional que cumple las citadas características por lo que no existiría, desde esta perspectiva, discriminación indirecta.

72. Pero no es la finalidad legítima, analizada aquí a través del requisito profesional esencial y determinante, el único elemento para que no sea apreciada la discriminación indirecta, sino que, además, será necesario que el objetivo sea legítimo y los medios proporcionados. De este modo, se habrá de atender al propio Derecho de la Unión dado que el margen de apreciación empresarial no puede exceder los límites de aquél, como parece ser el caso que nos ocupa. No obstante, en aquellos supuestos en los que se pueda elegir entre varias medidas debe usarse la menos gravosa de modo que ésta sea adecuada, necesaria y proporcionada al fin perseguido.

73. Así, a través de la definición ofrecida por las Directivas europeas, se puede comprender la dificultad a la hora de apreciar la existencia de discriminación indirecta en el ámbito laboral puesto que no sólo se ha de tener en cuenta la desventaja de la persona que considera que ha sido discriminada sino su situación en relación con otras en el marco de los supuestos objeto de discriminación⁹¹.

74. El TJUE, teniendo en cuenta lo establecido hasta el momento, afirma que la prohibición de llevar el pañuelo islámico establecida en una norma interna de una empresa privada en la que se prohíbe el uso visible de cualquier símbolo político, filosófico o religioso en el lugar de trabajo no se puede considerar una discriminación directa conforme al artículo 2, apartado 2, letra a) de la Directiva; mientras que será al juez nacional a quien le corresponda determinar si la norma de referencia puede constituir un supuesto de discriminación indirecta, tomando como guía los criterios ofrecidos por el Tribunal.

B) Sentencia TJUE, de 14 de marzo de 2017 (C-188/2015)

75. Esta sentencia⁹², emitida en la misma fecha que la comentada con anterioridad, al igual que aquélla, tiene su fundamento en una cuestión prejudicial planteada, en este caso, por el Tribunal de Casación de Francia y su objeto es el artículo 4.1 de la Directiva. Los hechos son similares, sin embargo, el precepto sobre el que se solicita interpretación es diverso ya que en el caso Achbita se dilucida si se ha producido un supuesto de discriminación directa mientras que en la sentencia Bougnaoui el eje central es la existencia (o no) de un requisito profesional esencial y determinante que justifique la diferencia de trato⁹³.

76. La cuestión litigiosa surge ente la Sra. Asma Bougnaoui (acompañada por la Asociación de Defensa de Derechos Humanos)⁹⁴ y Micropole Univers SA⁹⁵, debido al despido por la decisión de

⁸⁹ Hospitales, laboratorios, cocinas, etc.

⁹⁰ En España encontramos numerosos casos, pero podemos destacar los de unos grandes almacenes que se encuentran presentes en casi todas las ciudades españolas, en las que se impone una determinada indumentaria (que no sólo) diferenciada por sexo, a sus trabajadores.

⁹¹ Consultar, para un estudio algo más profundo sobre discriminación indirecta en el ámbito laboral, a P. BETRIÁN CERDÁN, "Discriminación indirecta y religión en el ámbito laboral", en *Derecho y Religión*, XI (2016), pp. 73-88.

⁹² Se puede consultar un comentario de esta sentencia en J. M. MARTÍ SÁNCHEZ, "Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de la Unión Europea (TJUE) de 14 de marzo de 2017, Asma Bougnaoui, Association de défense des droits de l'homme (ADDH) Y Micropole SA. (El cliente y su libertad religiosa, ante la prestación de un servicio, por operario con caracterización religiosa)", en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 44 (2017).

⁹³ Tema ya abordado en la sentencia Achbita comentada.

⁹⁴ Association de défense des droits de l'homme.

⁹⁵ También intervienen el Gobierno francés, el sueco, el de Reino Unido y la Comisión Europea.

aquella de portar el velo islámico cuando atendía a los clientes de la empresa. Todo comienza cuando al ser contratada por la empresa para realizar un período de prácticas, la Sra. Bougnaoui sólo llevaba un pañuelo en forma de bandana que sustituyó por el hiyab cuando fue contratada por tiempo indefinido como ingeniero de proyectos⁹⁶. En todas las reuniones, tanto con el responsable de selección de personal como con el director de operaciones, se le manifestó el total respeto a la libertad de expresión de las convicciones religiosas, pero se le advirtió que, debido a que tendría que relacionarse con clientes, dentro y fuera de la empresa, en determinadas ocasiones no podría acudir con dicho símbolo religioso. El problema surge cuando uno de los usuarios de Micropole se queja, tras una reunión con la Sra. Bougnaoui, por el uso del velo y la empresa le solicita que, por respeto a la neutralidad, deje de llevarlo. Ella manifiesta su negativa. Por este motivo se decide la resolución del contrato de trabajo, a pesar de que se reconoce que “tanto sus competencias profesionales como su potencial nos habían hecho albergar la esperanza de que su colaboración con nuestra empresa fuera duradera”⁹⁷.

77. Ante la demanda presentada, el Tribunal Laboral Paritario de París considera que la restricción de la libertad religiosa de la trabajadora, a la hora de llevar pañuelo, se encuentra justificada al tener que relacionarse con clientes cuyas convicciones no desean ser heridas por la empresa⁹⁸. Es especialmente llamativa la declaración del Tribunal de Apelación de la capital francesa, que afirma la inexistencia de discriminación puesto que el despido no tiene su base en las convicciones religiosas de la trabajadora (podía seguir expresándolas dentro de la empresa) sino que la restricción que se pretendía imponer estaba justificada por los intereses de la empresa e interfería en los derechos de terceros (clientes).

78. El Tribunal de Casación francés decide suspender el procedimiento y plantear, ante el TJUE, cuestión prejudicial sobre cómo debe interpretarse el artículo 4.1 de la Directiva en este supuesto, esto es, si la exigencia del cliente de una empresa que solicita que los servicios contratados no sean prestados por una trabajadora que use pañuelo islámico puede considerarse un requisito profesional esencial y determinante que, por la naturaleza de la actividad profesional o el contexto en el que se lleva a cabo, puede suponer una diferencia de trato que no tiene carácter discriminatorio.

79. Al igual que en la sentencia Achbita, partiendo del mismo concepto amplio de religión y tras analizar los artículos 1, 2.1, 3.1 y 4.1 de la Directiva, se hace referencia a los considerandos 1, 4 y 23 de ésta. Concretamente, en este último es en el que se alude al requisito profesional esencial y determinante sobre cuya interpretación se decide y se sostiene que “en muy contadas ocasiones” la diferencia de trato puede estar justificada cuando una característica relacionada, en nuestro caso, con la religión, constituye un requisito de tales dimensiones, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado.

80. La divergencia de ambos casos comienza en cuanto al tipo de discriminación al que nos enfrentamos puesto que en el caso Achbita la decisión prejudicial se planteaba en relación con la discriminación directa (aunque el TJUE también aborda el tema de la indirecta), mientras que en el que analiza ahora “la resolución de remisión no permite saber si la cuestión prejudicial planteada por el tribunal remitente reposa en la observación de una diferencia de trato basada directamente en la religión o las convicciones o en la de una diferencia de trato basada indirectamente en tales motivos”⁹⁹.

81. El TJUE, sin llegar a pronunciarse sobre la posible existencia de discriminación directa, entiende que el tribunal de origen podría apreciar discriminación indirecta si el despido se basó en el

⁹⁶ Es cierto que antes de su contratación por el período en prácticas conoció, en una feria de estudiantes, a un representante de Micropole que le advirtió que el uso del velo islámico podía suponer un problema a la hora de relacionarse con los clientes de la empresa.

⁹⁷ Carta de despido remitida a la Sra. Bougnaoui, el 22 de junio de 2009.

⁹⁸ Es cierto que si que condena a Micropole al pago de una indemnización por no efectuar el preaviso y no indicar en la carta la gravedad de la falta para omitir éste.

⁹⁹ Considerando 31 de la Sentencia.

incumplimiento de una norma interna de la empresa¹⁰⁰ que, siendo aparentemente neutra, ocasionó una desventaja particular a la asalariada, siempre y cuando no exista objetivamente una finalidad legítima (como podría ser la instauración de una política de neutralidad de la empresa para con sus clientes) y los medios sean adecuados y necesarios (art. 2.2.b, inciso i de la Directiva).

82. En ningún momento se hace referencia a la existencia de una norma interna de Micropole, es más, los responsables siempre manifestaron el total respeto a la libertad de expresión de las creencias religiosas por lo que la justificación de esa diferencia de trato para que no sea considerada discriminatoria debe basarse en otro motivo como es, tal y como plantea del tribunal de origen, la existencia de un requisito profesional esencial y determinante, siendo éste proporcionado y el objetivo legítimo.

83. Como ya estableció en el caso Achbita, sólo en contadas ocasiones una característica, vinculada a la religión, podrá constituir un requisito de tales características y siempre que se tenga en cuenta la naturaleza de la actividad profesional concreta o el contexto en el que se desarrolla. Partiendo de esta base, el Tribunal Europeo sostiene, en su Considerando 40, que “(...) el concepto de requisito profesional esencial y determinante, en el sentido de esta disposición, implica un requisito objetivamente dictado por la naturaleza de la actividad profesional de que se trate o por el contexto en que ésta se lleve a cabo. En cambio, no puede cubrir consideraciones subjetivas, como la voluntad del empresario de tener en cuenta los deseos particulares del cliente”.

84. Así, el TJUE concluye que, en este caso, y atendiendo al contexto en el que se presta la actividad o a la naturaleza de la misma, no se puede considerar requisito profesional esencial y determinante la voluntad del empresario de tener en cuenta los deseos de un cliente sobre la prestación de los servicios de aquella por una trabajadora que no lleve pañuelo islámico, por lo que es posible la existencia de discriminación indirecta.

C) Sentencias TJUE, de 15 de julio de 2021 (C-804/2018 y C-341/2019)

85. El primero de los casos abordados (C-804/18), muy similar al de la Sra. Achbita, se centra en la petición de decisión prejudicial en el contexto de un litigio entre IX y su empleador (WABE), en relación con la suspensión de IX de sus funciones a raíz de su negativa a respetar la prohibición impuesta por la empresa a sus empleados, consistente en llevar cualquier signo visible de naturaleza política, filosófica o religiosa en el lugar de trabajo cuando estén en contacto con los padres o los hijos de las guarderías que regentan en Alemania¹⁰¹. Esta empresa aplica unas Instrucciones, para el personal pedagógico (no para el resto, que no mantiene contacto con los niños y padres), según las cuales se considera “aconfesional y acoge expresamente la diversidad religiosa y cultural. Para garantizar el libre desarrollo individual de los niños en cuanto a religión, filosofía y política, los trabajadores [...] deberán observar estrictamente la obligación de neutralidad para con los padres, los niños y otras personas. [WABE] mantiene frente a estos un régimen de neutralidad política, filosófica y religiosa”. Se establece expresamente

¹⁰⁰ En la que se prohibía el uso de cualquier signo visible de convicciones políticas, filosóficas o religiosas.

¹⁰¹ La empresa citada aplica las Recomendaciones de la ciudad de Hamburgo (Alemania) para la educación y formación de niños en centros de preescolar, publicadas en marzo de 2012 por Agencia de Trabajo, Asuntos Sociales, Familia e Integración de la citada ciudad. Entre ellas se establece, en particular, que “todos los centros deben acoger, como algo cotidiano, las cuestiones éticas fundamentales y las ideas religiosas y de otro tipo, y hacerlas comprensibles. Los centros deben ser un espacio para que los niños busquen el significado de la alegría y la tristeza, la salud y la enfermedad, la justicia y la injusticia, la culpa y el fracaso, la paz y el conflicto, así como la cuestión de Dios. Ayudan a los niños a formarse sus propias impresiones y convicciones sobre estas cuestiones. La posibilidad de tratarlas con ánimo de conocer y de investigar implica el estudio de los contenidos y tradiciones de las orientaciones religiosas y culturales existentes en el grupo de niños. De este modo, se desarrollan las actitudes de reconocimiento y respeto hacia otras religiones, culturas e ideas. Esta actividad refuerza la autopercepción de los niños y su integración en una sociedad eficaz. Esto implica también que los niños vivan las fiestas religiosas arraigadas a lo largo del año y las celebren activamente. En el trato con otras religiones, los niños conocen diversas formas de reflexión, de fe y de espiritualidad”.

que “Los trabajadores no portarán en el puesto de trabajo, ante los padres, los niños u otras personas, signos visibles de sus convicciones políticas, filosóficas o religiosas”¹⁰². El incumplimiento de estas normas, por portar pañuelo islámico, dio lugar el despido de IX (en la empresa se solicitó a una trabajadora que se desprendiese de una cruz cristiana y así lo hizo para evitar la rescisión del contrato de trabajo).

86. El segundo de los supuestos, el asunto C-341/2019, se presenta en el contexto de un litigio entre la sociedad MH Müller Handels GmbH (en adelante, MH) que explota una cadena de droguerías en territorio alemán, y su empleada MJ, en relación con la legalidad de la orden conminatoria que la empresa dirigió a la trabajadora para que esta se abstuviera de llevar, en el lugar de trabajo, signos de naturaleza política, filosófica o religiosa que fueran vistosos y de gran tamaño. Esta orden dio lugar a que se le trasladase a otro puesto de trabajo, en el que se le volvió a exigir que se despojase del mismo; al no hacerlo, fue despedida.

87. Como se puede observar, aunque ambos supuestos son similares, existen diferencias bastante llamativas ya que en el primero de ellos se prohíbe portar cualquier tipo de símbolo (y la cuestión prejudicial se centra, en un primer momento en la posibilidad de discriminación directa, aunque se dilucida también la indirecta), mientras que en el segundo sólo los llamativos (posible discriminación indirecta según el tribunal de instancia si bien, también se ha de abordar la posibilidad de discriminación directa).

88. En el caso 804/2018, partiendo del amparo por el derecho de libertad religiosa al trabajo a portar símbolos o vestimentas religiosas en el puesto de trabajo, el TJUE se reitera en la idea de que una norma de esa índole no da lugar a discriminación directa si va referida, indistintamente, a cualquier manifestación y trata por igual a todos los trabajadores de la empresa, imponiéndoles, de forma general e indiferenciada, especialmente una neutralidad indumentaria que se opone al uso de tales signos; tal y como ya determinó este órgano en el caso Achbita. No se niega en la sentencia que, si un trabajador está obligado a vestir de una determinada forma por preceptos religiosos, dicha norma pueda causarle perjuicios, pero al tratar a todos por igual, no puede considerarse que la neutralidad que desea el empresario suponga la existencia de ese tipo de discriminación. Es más, en este caso concreto se puede apreciar que la exigencia de una indumentaria neutral se exige a todos los trabajadores ya que la compañía consiguió, como ya hemos apuntado, que una empleada que llevaba al cuello una cruz se la retirase.

89. Por todo ello, el Tribunal entiende que no se puede hablar de discriminación directa por motivos religiosos en este supuesto, siempre y cuando la norma se aplique de forma general e indiferenciada.

90. Al no apreciarse la existencia de discriminación directa, el Tribunal de instancia pregunta si puede tratarse de un tipo de discriminación indirecta. A este respecto hay que establecer que la diferencia de trato sólo puede quedar justificada si: 1.º existe, objetivamente, una finalidad legítima, 2.º los medios para la consecución de esta finalidad son adecuados y necesarios y 3.º se basa en un requisito profesional esencial y determinante.

1.º Respecto al primero de los requisitos, el punto 63 de la sentencia determina que “(...) puede considerarse legítima la voluntad de un empresario de seguir un régimen de neutralidad política, filosófica o religiosa en las relaciones con los clientes tanto del sector público como del sector privado. En efecto, el deseo de un empresario de ofrecer una imagen neutra ante sus clientes está vinculado a la libertad de empresa, reconocida en el artículo 16 de la Carta, y tiene, en principio, un carácter legítimo, en particular cuando el empresario solo

¹⁰² Le empresa elabora una “Hoja informativa sobre la obligación de neutralidad”, y como respuesta a la pregunta de si es posible llevar una cruz cristiana, un pañuelo islámico o una kipá judía se determina que “No, no está permitido, pues los pedagogos no deben influenciar a los niños en cuestiones religiosas. La elección consciente de una vestimenta condicionada por la religión o la filosofía es contraria a la obligación de neutralidad.”.

incluye en la persecución de esa finalidad a los trabajadores que, en principio, van a estar en contacto con sus clientes”¹⁰³. De este modo, la legitimidad queda cubierta puesto que la demandante se encuentra en contacto directo con los clientes de la empresa.

- 2.º Por otra parte, respecto a la necesidad de la adecuación de los medios para la consecución de dicha neutralidad, corresponderá al empresario su demostración. Sin embargo, se apuntan en esta sentencia algunos indicios que se pueden considerar como justificantes. Concretamente, se establece que se pueden tener en cuenta los derechos y las expectativas legítimas de los clientes o de los usuarios que, en este caso, se concretan en el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas, reconocido en el artículo 14 de la Carta, como del deseo de aquellos de que sus hijos sean supervisados por personas que no manifiesten su religión o sus convicciones cuando estén en contacto con los niños para garantizar su desarrollo individual en cuanto a religión, filosofía y política, como determinan las instrucciones de servicio adoptadas por WABE. Además, esa diferencia de trato debe ser apta para garantizar la correcta aplicación de dicho régimen de neutralidad, lo que implica que el mismo régimen sea seguido de forma congruente y sistemática, y, finalmente, se debe limitar a lo estrictamente necesario en consideración a la amplitud y la gravedad reales de las consecuencias desfavorables que el empresario pretende evitar mediante tal prohibición.
- 3.º En este caso no se plantea la prohibición de uso portar el velo pueda estar fundamentada en la existencia de un requisito profesional esencial y determinante. Nosotros lo hemos traído a colación porque pensamos que supondría una verdadera justificación para que la norma neutra, al ser aplicada, no causara una discriminación indirecta ya que el hecho de trabajar con niños puede implicar esa necesidad esencial y determinante de no llevar ningún símbolo religioso, puesto que la educación de los mismos y el derecho de los padres a educarlos conforme a sus creencias la impondrían. Sin embargo, como ya hemos apuntado, el Tribunal de instancia no pregunta sobre ello, por lo que el TJUE no se pronuncia respecto a este tema.

En cambio, en el segundo supuesto, en el C-341/2019, la cuestión prejudicial principal planteada va referida a una posible discriminación indirecta provocada por una norma interna de una empresa que prohíbe llevar signos visibles (no cualquiera) de convicciones políticas, filosóficas o religiosas en el lugar de trabajo con el objetivo de garantizar un régimen de neutralidad dentro de ella. Aunque el Tribunal, en relación con el C-804/2018, ya ha determinado la falta de discriminación directa en una norma que prohíbe cualquier símbolo, el de Instancia desea saber si el prohibir sólo los visibles, vistosos y de gran tamaño, pueden dar lugar al tipo de discriminación indirecta establecida en el artículo 2, apartado 2, letra b), inciso i).

91. El TJUE entiende que dicha prohibición se trata realmente de una discriminación directa. Afirma este órgano que “(...) Una prohibición limitada al uso de signos de convicciones políticas, filosóficas o religiosas que sean vistosos y de gran tamaño puede constituir una discriminación directa basada en la religión o las convicciones que, en cualquier caso, no puede justificarse sobre la base de esa disposición”. Por tanto, es especialmente llamativo que, de las tres sentencias analizadas, sea ésta la primera en la que se reconoce la existencia de discriminación directa.

D) Sentencia TJUE, de 13 de octubre de 2022 (C-344/2020)

92. En este supuesto, el problema suscitado se centra no en el momento en el que ya se está realizando la prestación laboral, durante la vigencia del contrato de trabajo, sino en el momento anterior, esto es, en el acceso al mismo, por lo que plantea cierta peculiaridad respecto a los anteriores, aunque como se podrá comprobar, los términos de análisis son muy similares.

¹⁰³ Coincidencia con el punto 38 del caso Achbita.

93. La demandante del litigio principal presenta una solicitud para realizar unas prácticas en la empresa SCRL, acudiendo a la entrevista de trabajo con el velo islámico. Los responsables de dicha entrevista manifestaron su impresión positiva y le preguntaron, directamente, si aceptaría las normas de neutralidad de la compañía que en su reglamento establece que sus trabajadores “se comprometerán a respetar la política de estricta neutralidad imperante en la empresa (...) velarán por no manifestar en modo alguno, ya sea verbalmente, a través de la forma de vestir o de cualquier otra forma, sus convicciones religiosas, filosóficas o políticas, del tipo que sean”. La demandante se negó a retirar el pañuelo, por lo que no se dio tránsito a su solicitud.

94. Varios meses más tarde vuelve a plantear la petición de realización de prácticas proponiendo, esta vez, sustituir el hiyab con otro tipo de tocado. A pesar de ello, SCRL le comunica que no puede ofrecerle tales prácticas, dado que en sus instalaciones no se permitía ninguna prenda que cubriera la cabeza (ni gorras, gorros, ni pañuelos). Ante esto, decide impugnar la falta de celebración de un contrato de prácticas que, en su opinión, se basa en una discriminación, directa o indirecta, relacionada con sus convicciones religiosas.

95. El órgano jurisdiccional que entiende de la demanda presenta cuestión prejudicial ante el TJUE puesto que aclara que, aunque tiene conocimiento de las sentencias que hemos analizado anteriormente, considera que la interpretación del concepto de discriminación directa realizada por el Tribunal de Justicia en la primera de ellas plantea serias dudas.

96. A este respecto, entre las cuestiones que presenta, se repiten algunas de las ya comentadas, dado que el Tribunal de origen desea saber si la norma de una empresa que prohíbe cualquier manifestación religiosa, filosófica o política puede suponer un tipo de discriminación directa para una trabajadora que desea ejercer su libertad religiosa mediante el uso visible de un signo (en este caso el pañuelo) en relación con otro trabajador que¹⁰⁴: a) no profesa ninguna religión y que, por consiguiente, no tiene necesidad de usar signos políticos, filosóficos o religiosos; b) profesa otra religión, o incluso la misma, pero cuya necesidad de manifestarla públicamente mediante el uso de un signo (con connotaciones) es menor o incluso nula; c) o bien que, partiendo de que una convicción no ha de ser necesariamente de carácter religioso y podría ser de otra índole (artística, estética, deportiva, musical), la trabajadora que desea ejercer su libertad de religión mediante el uso visible de un signo (con connotaciones) -en el caso de autos, un pañuelo- recibe un trato menos favorable que otro trabajador que tiene convicciones de índole no religiosa y que las manifiesta a través de su vestimenta; d) o que, partiendo del principio de que la vertiente negativa de la libertad de manifestar las propias convicciones religiosas implica asimismo que no se puede obligar a nadie a declarar su pertenencia a una religión o sus convicciones religiosas, la trabajadora que desea ejercer su libertad de religión mediante el uso de un pañuelo que, por sí mismo, no constituye un símbolo unívoco de esa religión, en la medida en que otra trabajadora podría decidir llevarlo por motivos estéticos, culturales o incluso de salud, y que no se diferencia necesariamente de un simple fular, recibe un trato menos favorable que otro trabajador que manifiesta verbalmente sus convicciones religiosas dado que, para la trabajadora que lleva el pañuelo, ello supone una vulneración todavía más grave de la libertad de religión, sobre la base del artículo 9.1 [del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales], habida cuenta de que, de no mediar prejuicios, la carga ideológica de un pañuelo no es evidente y solo puede conocerse, por lo general, si la persona que lo exhibe se ve obligada a dar a conocer su motivación a su empleador; f) con las mismas convicciones opta por manifestarlas a través de la barba (manifestación esta que no está expresamente prohibida por la norma interna, a diferencia de las manifestaciones a través de la vestimenta).

97. El TJUE se reitera en su doctrina entendiendo que una norma interna de una empresa que solo prohíbe llevar signos vistosos y de gran tamaño de convicciones religiosas o filosóficas puede constituir una discriminación directa, en los casos en que dicho criterio esté indisociablemente ligado a

¹⁰⁴ Haremos aquí referencia, para abreviar, únicamente a las cuestiones relacionadas con la discriminación religiosa.

una o varias religiones o convicciones determinadas (C-804/18 y C-341/19) No obstante, en el presente asunto, la cuestión planteada al Tribunal de Justicia va referida a la prohibición de cualquier tipo de símbolo para seguir la política de neutralidad de la empresa, respecto a lo cual, el Tribunal de Justicia ha declarado, en varias ocasiones; que el artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78, debe interpretarse en el sentido de dicha disposición, si atañe indistintamente a cualquier manifestación de esas convicciones y trata por igual a todos los trabajadores de la empresa, imponiéndoles, de forma general e indiferenciada, especialmente una neutralidad indumentaria que se opone al uso de tales signos, no puede suponer una discriminación directa.

98. Sin embargo, vuelve a afirmar este órgano que sí se puede entender la existencia de una discriminación indirecta en la aplicación de la norma que impide portar cualquier tipo de símbolo religioso, filosófico o político, pero que este extremo le corresponde al tribunal juzgador siempre y cuando no se pueda alegar, objetivamente, una finalidad legítima y si los medios para la consecución de esta finalidad no son adecuados y necesarios¹⁰⁵.

IV. Reflexiones finales

99. Uno de los lugares en los que transcurre la mayor parte de la vida de una persona es su puesto de trabajo. Por ello, la gestión de la diversidad religiosa en el mismo, para evitar posibles problemas a ella aparejados, constituye un desafío importante para la política de empleo actual, tal y como bien establece el Relator especial sobre la libertad de religión o de creencias.

100. Los tres derechos a tomar en consideración a este respecto son, como ya se ha apuntado, la libertad religiosa, la de empresa y la igualdad o no discriminación por motivos religiosos. Partiendo de éstos, vamos a establecer una serie de ideas, en relación con el tema objeto de estudio, que no son más que unas reflexiones (algunas de las cuales deberían desarrollarse en futuras regulaciones y, mientras tanto, ser observadas en sede jurisprudencial) acerca de cómo es posible conjugar el respeto los derechos enumerados y el uso de simbología dinámica (donde se encuentra incluido el velo islámico):

- 1.º Es comúnmente aceptado, tanto en el ámbito nacional, como en el regional o internacional, que el uso de símbolos religiosos en el trabajo ya sea en una empresa pública o privada, está amparado por el derecho fundamental de libertad religiosa. El contenido de ésta protege, entre otros muchos aspectos, la manifestación de las creencias y es aquí dónde podemos sustentar la afirmación realizada. Es el concepto amplio de religión protegido por esta libertad fundamental, esto es, tanto el fuero interno como el externo, lo que incluye la manifestación religiosa de las creencias, de acuerdo con la interpretación establecida en la Observación General núm. 22 del Comité de Derechos Humanos. Así, el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión o de creencias también ampara las manifestaciones de la diversidad religiosa en el lugar de trabajo, incluido el uso de prendas de adscripción religiosa.
- 2.º No puede ser alegado el carácter voluntario de la relación laboral para argumentar que, si un empleado siente restringida su libertad religiosa al prohibírsele el uso de simbología dinámica, no tiene más que abandonar su puesto de trabajo para poder recuperar el pleno ejercicio de la misma. Es cierto que este derecho fundamental no protege cada acto o forma de comportamiento motivado o inspirado en la religión o creencias puesto que, como cualquier derecho, por muy fundamental que sea, tiene sus límites. Ahora bien, se debe tener presente que, para poder establecer estas limitaciones, deben quedar contenidas en ley, ser necesarias en una sociedad democrática y buscar un fin legítimo. Así, los límites serán los amparados por la seguridad, la salud, la moral pública y los derechos y libertades de los

¹⁰⁵ Nos remitimos al análisis de las sentencias anteriores respecto a la neutralidad establecida por el empresario como causa objetiva que justifica la diferencia de trato.

demás, entre los que se encuentran la libertad de empresa. Sólo en relación con estos límites podrá quedar amparada la injerencia en la libertad religiosa del trabajador.

- 3.º Conforme a la libertad de empresa, apenas mencionada, el empleador puede establecer la “neutralidad” que desea mostrar a sus clientes y, conforme a ella, prohibir el uso de símbolos religiosos. En principio, esta prohibición no implica, según el criterio reiteradamente seguido por el TJUE, una discriminación directa ya que si se impide el portar simbología dinámica (ya sea filosófica, política o religiosa) a todos los trabajadores de forma general o indiferenciada, no se produce un trato menos favorable de ese empleado respecto a otro. Ahora bien, sí que se podría considerar una limitación no justificada de la libertad religiosa que produce una discriminación directa, no la prohibición general de cualquier tipo de símbolo sino sólo la de los visibles y llamativos (el velo islámico se encuentra entre éstos) puesto que no es general, sino que existe una diferencia de trato que no consideramos justificada. Esa misma norma que impone la neutralidad de la empresa impidiendo el uso de simbología religiosa sí que puede ser considerada como discriminación indirecta porque, a pesar de ser una norma aparentemente neutral, puede ocasionar una desventaja particular a personas con una determinada religión, como puede ser el caso de las personas pertenecientes al Islam ya que la mujer ha de llevar, con carácter obligatorio, cubierta la cabeza. Esto es, consideramos que la norma que impide el uso de símbolos va a afectar, de una forma más drástica, a aquellos fieles que están obligados por su religión a portar simbología dinámica. Por tanto, aunque los Tribunales, especialmente el de Justicia de la Unión Europea, no admitan la existencia de discriminación directa, desde el momento en el que es posible argumentar discriminación indirecta (siempre y cuando no se base en un requisito profesional esencial y determinante y exista legitimidad y proporcionalidad) dicha prohibición no podrá aplicarse por injerir tanto en la libertad religiosa del trabajador como en su derecho a la igualdad y no discriminación.
- 4.º En cualquier caso, lo deseable, desde la perspectiva del respeto a los derechos fundamentales, tanto del trabajador como del empresario, será el denominado “derecho de acomodo”. Debemos entenderlo como las modificaciones y adaptaciones necesarias que no supongan una carga desproporcionada para el segundo, de modo que se garantice, sobre la base de la igualdad y la no discriminación, el derecho fundamental de libertad religiosa. Es cierto que esto puede ser considerado por el empleador como un obstáculo a la “neutralidad” que de su empresa pretende mostrar a sus clientes. Sin embargo, se ha de tener en cuenta que aquella no debe suponer una exclusión de las creencias religiosas ya que si nos acercamos a ella desde una perspectiva positiva puede ser entendida como una política de inclusión justa de personas de diversas religiones, lo que implicará una manifestación libre y no discriminatoria de la diversidad religiosa entre los miembros de una compañía. Ahora bien, hasta ahora, este acomodo no ha encontrado reconocimiento legal, aunque se está aplicando, en determinados supuestos, por empresarios y tribunales en la casuística diaria.

101. Como se ha comprobado a lo largo de estas páginas, las funciones profesionales y religiosas pueden entrar en conflicto en determinados supuestos que, con carácter general, van a ser dilucidados en sede judicial. Los Estados y las empresas deben intentar aunar el respeto de los tres derechos en juego de modo que la libertad religiosa del trabajador, sin olvidar la no discriminación, sea compatible con la libertad de empresa, para poder eliminar las dificultades y brechas existentes en el respeto a los derechos de los empleados (y también de los empresarios y clientes). Es necesario crear un clima de tolerancia que contribuya al reconocimiento de la diversidad religiosa porque sólo desde el conocimiento y el respeto se pueden terminar con los prejuicios que son la base de la injerencia injustificada en los derechos de los trabajadores.

La notificación electrónica en el Espacio Judicial Europeo. Retos y problemas*

Electronic notification in the European Judicial Area. Challenges and issues

NURIA MARCHAL ESCALONA**

*Profesora Titular de Derecho internacional privado
Universidad de Granada*

ORCID ID: 0000-0002-0353-664X

Recibido: 15.06.2023 / Aceptado: 10.07.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.8077

Resumen: Las herramientas tecnológicas contribuyen a mejorar el acceso a la justicia, a la eliminación de barreras geográficas y temporales, así como a la reducción de costes procesales. Ello explica que el legislador europeo haya focalizado sus esfuerzos en los últimos tiempos en impulsar e implantar la digitalización de la notificación en los procesos judiciales transfronterizos. El objetivo del presente estudio es contribuir a la reflexión sobre los retos y desafíos que la digitalización de la notificación plantea en el espacio judicial europeo. Para ello, analizaremos en qué medida el nuevo Derecho europeo responde a las necesidades que la notificación electrónica plantea y, lo más importante, si observa o no a las más elementales exigencias de Justicia. Nos ocuparemos también de la cuestión idiomática en la notificación electrónica transfronteriza. A tales efectos, analizaremos y valoraremos la postura adoptada en este ámbito por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Palabras clave: Espacio judicial europeo, Reglamento (UE) 2020/1784, sistema informático descentralizado, notificación electrónica directa, Propuesta de Reglamento de Digitalización, Derecho a la tutela judicial, cuestiones idiomáticas.

Abstract: Technological tools contribute to improving access to justice, to the elimination of geographical and time barriers, as well as to the reduction of procedural costs. This explains why the European legislator has recently focused its efforts on promoting and implementing the digitisation of service in cross-border judicial proceedings. The aim of this study is to contribute to the reflection on the challenges that the digitisation of service poses in the European judicial area. To this end, we will analyse to what extent the new European law responds to the needs that electronic notification poses and, most importantly, whether or not it complies with the most basic requirements of justice. We will also look at the question of language in cross-border electronic notification. To this end, we will analyse and assess the position adopted by the Court of Justice of the European Union in this area.

Keywords: European judicial area, Regulation (EU) 2020/1784, decentralised system, direct electronic notification, Proposal for a Digitisation Regulation, right to legal protection, language issues.

* Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Ministerio de Ciencia e Innovación Proyectos de Transición Ecológica y Digital 2021. Referencia: TED2021-131127B-I00. Todos los enlaces han sido consultados el 15/6/2023.

** Miembro de la Unidad de Excelencia de Investigación “Sociedad Digital: Seguridad y Protección de Derechos” (SD2). Universidad de Granada.

Sumario: I. Introducción. II. Retos y desafíos presentes en la digitalización de la notificación en el espacio judicial europeo. III. La implantación de la notificación electrónica en el espacio judicial europeo. 1. La notificación electrónica entre organismos competentes: el sistema descentralizado europeo y el principio «Digital-by-Default». 2. La notificación electrónica directa al destinatario. A) Condiciones para su operatividad. B) La notificación electrónica directa y su compatibilidad con el derecho a la tutela judicial efectiva. C) La notificación electrónica a través del punto de acceso electrónico. IV. Los problemas de idioma en la notificación electrónica. 1. El régimen lingüístico de la notificación electrónica en el nuevo Derecho europeo. 2. ¿Quién debe asumir los gastos de traducción? 3. La cuestión del cómputo de los plazos. V. Conclusiones.

I. Introducción

1. Han sido numerosos los instrumentos normativos que, al amparo del artículo 81.2º del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE¹), han sido adoptados con el propósito de mejorar la eficacia de los litigios transfronterizos, a fin de avanzar en la construcción de la Unión Europea (en adelante, UE) como un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia². La digitalización de la cooperación judicial transfronteriza ha sido una prioridad asumida, desde hace más de una década, por las altas instancias europeas³ y sus agencias⁴. De hecho, con el fin de facilitar el buen funcionamiento del mercado interior en clave de eficiencia, y después de años de trabajos preparatorios, se aprobó la adopción de dos textos legislativos. Por una parte, el Reglamento (UE) 2020/1783 sobre de obtención de pruebas (en adelante, Reg. 2020/1783⁵) y, por otra, el Reglamento (UE) 2020/1784 sobre notificación y

¹ DOUE C 83, de 30 marzo 2010.

² F. GASCÓN INCHAUSTI, P. PEITEADO MARISCAL, “Introducción. El análisis del proceso civil español desde el prisma del derecho europeo: entre la utilidad y la necesidad”, en *Estándares europeos y proceso civil. Hacia un proceso civil convergente con Europa*, F. GASCÓN INCHAUSTI, P. PEITEADO MARISCAL (Dir.), Barcelona, Atelier, 2022, p. 11.

³ La Comisión Europea es uno de los principales impulsores de la digitalización de los sistemas judiciales. La primera referencia que encontramos sobre el uso de las nuevas tecnologías en la cooperación judicial internacional en materia civil la encontramos en la promoción del uso de la videoconferencia y la teleconferencia para la obtención de pruebas situadas en el extranjero (arts. 10. 4º y 17. 4º) que hace el Reglamento (CE) núm. 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil (DOUE L 174, de 27 junio 2001, en adelante, Reg. 1206/2001). Por su parte, en el Consejo Europeo de 19 y 20 de junio de 2008 se adoptó la iniciativa de establecer progresivamente un portal de justicia en red. En dicha fecha se elabora el documento “Hacia una estrategia europea en materia de e-Justicia (Justicia en línea)” en el que se decidió que: “deberían emprenderse trabajos para desarrollar, a escala europea, la utilización de tecnologías de la información y la comunicación (TIC) en el ámbito de la justicia, en particular mediante la creación de un portal europeo”. Se adoptaron, igualmente, las Conclusiones sobre digitalización para mejorar el acceso a la justicia (DOUE C 342I, de 14 octubre 2020) en las que se solicita a la Comisión seguir avanzando en la digitalización y en el uso de las tecnologías de la información. Al respecto, véase M.^a ELVIRA BENAYAS, “Digitalización de la cooperación judicial internacional en materia civil o mercantil en la Unión Europea”, *La Ley Unión Europea*, nº 101, 2022, pp.1-10, en esp. pp. 1-3. A tales efectos, en diciembre de 2020, la Comisión presentó la comunicación denominada “La digitalización de la justicia en la Unión Europea: un abanico de oportunidad” [COM (2020) 710 fina]. En ella se reconoce que queda mucho por hacer para seguir reforzando la resiliencia de los sistemas judiciales e incrementando su capacidad para trabajar en línea. Al respecto, véase B. HESS, “Cooperación judicial digital en el espacio de libertad, seguridad y justicia. La cooperación judicial en materia civil”, en *Estándares europeos y proceso civil. Hacia un proceso civil convergente con Europa*, F. GASCÓN INCHAUSTI, P. PEITEADO MARISCAL (Dir.), Barcelona, Atelier, 2022, p. 766.

⁴ Además, las previsiones sobre la digitalización de la Justicia favorecen, sin duda alguna, el logro del objetivo número 16 de la Agenda 2030 de Naciones Unidas, de promoción de sociedades justas, pacíficas e inclusivas. Disponible en: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/peace-justice/>.

⁵ Reglamento (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil («obtención de pruebas») –versión refundida– (DOUE L 145, de 2 diciembre 2021). Este Reglamento resulta de aplicación cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, de conformidad con su ordenamiento jurídico, solicite, en materia civil o mercantil la práctica de diligencias de obtención de pruebas al órgano jurisdiccional competente de otro Estado miembro, o la obtención de pruebas directamente en otro Estado miembro de la UE, salvo Dinamarca. Limita su aplicación a las solicitudes de obtención de pruebas que no estén destinadas a utilizarse en procedimientos judiciales iniciados o que se prevea incoar (art. 1. 1º). Se aplica, con carácter general, a partir del 1 de julio de 2022 (art. 35. 1º). No obstante, el art. 7 lo hará a partir del primer día del mes siguiente al periodo de tres años después de la fecha de entrada en vigor de los actos de ejecución para establecer el sistema informático descentralizado, a los que se refiere el art. 25 (art. 35. 3º). Este instrumento desplaza al Reg. 1206/2001 –art. 36– y

traslado de documentos⁶ (en adelante, Reg. 2020/1784⁷). Ambos textos apuestan de forma decidida por potenciar la digitalización de la cooperación judicial transfronteriza, a fin de agilizar trámites y economizar costes en consonancia con lo establecido en la estrategia para el Mercado Único digital⁹.

2. Es evidente que las herramientas tecnológicas contribuyen a mejorar el acceso a la justicia, a la eliminación de barreras geográficas y temporales, así como a la reducción de costes procesales y, por tanto, a una gestión más eficiente de la administración de la Justicia¹⁰. Siendo así lo anterior, bien

prevalece sobre las disposiciones contenidas en convenios o acuerdos bilaterales o multilaterales celebrados por los Estados miembros que tengan el mismo ámbito de aplicación que el presente Reglamento. Sin embargo, no excluye la celebración o el mantenimiento por los Estados miembros de convenios o acuerdos para facilitar en mayor medida la cooperación en el ámbito de la obtención de pruebas, siempre que dichos convenios o acuerdos sean compatibles con el presente Reglamento (art. 29).

⁶ En los orígenes de este instrumento normativo está el Reglamento (CE) núm. 1348/2000 de 29 de mayo de 2000, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil –DOUE L 160, de 30 junio 2000, en adelante Reg. 1348/2000–. Para un análisis de este, véase N. MARCHAL ESCALONA, *El nuevo régimen de la notificación en el espacio judicial europeo*, Granada, Comares, 2002. Este Reglamento contemplaba un procedimiento de notificación que se inspiraba en el Convenio relativo a la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial, hecho en La Haya el 15 de noviembre de 1965 (BOE 203, de 25 agosto 1987, en adelante CLH 1965), del que se apartaba en aspectos puntuales. Este Reglamento fue derogado poco tiempo después por el Reglamento (UE) núm. 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil («notificación y traslado de documentos») y por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1348/2000 del Consejo de 13 de noviembre 2007 –DOUE L 324, de 10 diciembre 2007, en adelante Reg. 1393/2007–. Sobre el mismo, véase N. MARCHAL ESCALONA, “El Reglamento 1393/2007: ¿una solución o más problemas?”, *AEDIPr.*, 2008, pp. 1241-1270. Para un análisis histórico, véase S. PRATS JANÉ, *La cooperación jurídica en el ámbito civil y mercantil en España: notificaciones y obtención y prácticas de pruebas*, Barcelona, Bosch Editor, 2022, pp. 48-49.

⁷ Reglamento (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativo a la notificación y traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil («notificación y traslado de documentos») –versión refundida– (DOUE L 145, de 2 diciembre 2021). Este Reglamento vincula a todos los Estados miembros de la Unión Europea incluyendo a Dinamarca, en la medida en que dicho país notificó a la Comisión su decisión de aplicar el contenido del Reglamento 2020/1784 (disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2021:019:FULL&from=EN>)–. Sobre el mismo, véase F. FELIP ALBA CLADERA, “Algunas cuestiones sobre la refundición del Reglamento europeo relativo a la notificación y al traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil”, *Revista General de Derecho Procesal*, 2021, pp. 24-25. En particular, este Reglamento se aplica a la notificación o traslado de documentos en el ámbito jurídico-privado, excluyendo los asuntos fiscales, aduaneros o administrativos, así como a la responsabilidad de un Estado miembro por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad (*acta iure imperii*). No obstante, debe recordarse que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) ha considerado que las notificaciones de demandas interpuestas por particulares tenedores de deuda pública contra un Estado están incluidas en su ámbito de aplicación [STJUE 11 junio 2015, Ass. C-226/13, C 245/13, C 247/13 y C 578/13 (ECLI:EU:C:2015:383)]. Esta interpretación amplia obliga, por tanto, a analizar el alcance de la aplicación de este Reglamento a supuestos en los que el Estado extranjero demandado ante un tribunal español sea un Estado miembro de la Unión Europea (M. GÓMEZ JENE, “La notificación judicial a un estado extranjero”, *CDT*, Vol. 13, 2021, núm. 2, pp. 739-744).

⁸ Este Reglamento nace para solventar los principales escollos que dificultaban las comunicaciones transfronterizas, y que fueron evidenciados en al menos cuatro estudios de campo de gran calado en Europa, a saber: el Informe de Impacto de la Comisión Europea (*Commission Staff Working Document: impact assessment Accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EC) No 1393/2007 of the European Parliament and of the Council on the service in the Member States of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters (service of documents)*) [COM (2018) 379 final], de 31 de mayo de 2018 – disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=SWD:2018:287:FIN.10>–; el Informe Final del Estudio comparado sobre los sistemas de notificación, realizado por el DMI y las Universidades de Florencia y Uppsala en octubre de 2016 [(JUST2014/JCOO/PR/CIVI/0049) –disponible en: <https://www.mpravde.gov.rs/files/Analiza%20Evropske%20Komisije%20u%20vezi%20sa%20dostavljanjem%20dokumenata.pdf>–]; el Estudio de apoyo al Informe de Impacto, preparado por Deloitte en Junio de 2018 [*European Commission, Directorate-General for Justice and Consumers*, “Study to support the preparation of an evaluation and impact assessment for the modernization of the judicial cooperation in civil and commercial matters: service of document”, Publications Office, 2018 –disponible en: <https://data.europa.eu/doi/10.2838/444480>–], así como el Informe Luxemburgo, de junio de 2017 [*An evaluation study of national procedural laws and practices in terms of their impact on the free circulation of judgments and on the equivalence and effectiveness of the procedural protection of consumers under EU consumer law Report prepared by a Consortium of European universities led by the MPI Luxembourg for Procedural Law as commissioned by the European Commission (JUST/2014/RCON/PR/CIVI/0082)* – disponible en: <https://ec.europa.eu/newsroom/just/redirection/document/49503>–].

⁹ COM (2015) 192 final de 6 de mayo de 2015, p. 16.

¹⁰ G. FIERBINTEANU, V. NEMES, “Digital tools for judicial cooperation across the EU– the benefits of digital technologies in judicial proceedings”, *Lex et Scientia*, t. XXXIX, nº 1, 2022, pp. 1-9 en esp. p. 1. Algunos autores han llegado a hablar de la

se comprende que una de las novedades más significativas del Reg. 2020/1784 haya sido erigir en regla prioritaria la transmisión electrónica de documentos judiciales entre autoridades nacionales a través de un sistema informático descentralizado (arts. 5, 8 y 10 Reg. 2020/1784). Sin embargo, las previsiones sobre digitalización no terminan con la regulación de dicho sistema. Existen otras concesiones a la digitalización que, desde el 1 de julio de 2022, están operativas. La nueva normativa permite a los Estados miembros remitir directamente la notificación al destinatario a su dirección por vía electrónica (*ex art. 19 Reg. 2020/1784*).

3. El legislador europeo da, así, un paso decisivo hacia la digitalización de la Justicia entre los Estados miembros. Un objetivo que pretende apuntalar con la Propuesta de Reglamento presentada por la Comisión Europea sobre la digitalización de la cooperación judicial y del acceso a la justicia en los asuntos transfronterizos civiles, mercantiles y penales, y por el que se modifican determinados actos legislativos en el ámbito de la cooperación judicial (en adelante, Propuesta de Reglamento de Digitalización¹¹). Esta Propuesta legislativa tiene como objetivo principal asegurar la disponibilidad y el uso de medios de comunicación electrónicos en asuntos transfronterizos entre las autoridades competentes de los Estados miembros y permitir el uso de medios de comunicación electrónicos entre personas físicas y jurídicas, y órganos jurisdiccionales y autoridades competentes. El resultado esperado es una comunicación más rápida, barata, segura y fiable entre las autoridades y entre estas y los ciudadanos¹².

Un propósito que abarca a la cooperación judicial con repercusión transfronteriza en su conjunto (civil y penal), excepto en los asuntos cubiertos por la normativa sobre notificación y traslado de documentos, materia que queda extramuros de su ámbito de aplicación¹³. Esto es, la Propuesta de Reglamento de Digitalización no afectará a la aplicación del Reg. 2020/1784. De hecho, el art. 22 de esta iniciativa legislativa propone modificaciones de calado en el Reg. 2020/1784 que, de prosperar, supondría un cambio considerable en el régimen legal de las notificaciones electrónicas en el espacio judicial europeo. Este artículo introduce un nuevo precepto en el Reglamento 2020/1784, el art. 19 bis, en el que se contempla la notificación directa a través de un punto de acceso electrónico. Esto es, una nueva modalidad de notificación electrónica, a cuyo análisis prestaremos especial atención.

4. Es cierto que la implantación de los medios electrónicos redundará en una mejor cooperación y en un mejor acceso a la justicia. Sin embargo, su empleo plantea una serie de retos y desafíos. Hay que procurar que los beneficios que reporta el empleo de las tecnologías no lastren derechos y garantías. Se requieren de herramientas que aseguren, por una parte, la interoperabilidad y la seguridad en las comuni-

llegada de cuarta revolución industrial en la administración de Justicia. Al respecto, véase S. BARONA VILLAR, “Maximización de la eficiencia y búsqueda de la celeridad en el arbitraje: Entre el mito, la sublimación y la cuarta revolución industrial (4.0)”, *Revista de arbitraje Comercial e Inversiones*, vol. XI, nº 1, 2018, pp. 17-53).

¹¹ COM/2021/759 final. Se ha previsto que dicho Reglamento sea acompañado de una Directiva que complete la armonización del conjunto de instrumentos de cooperación judicial que tienen que ver con la digitalización, a saber: la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican la Directiva 2002/8/CE del Consejo, las Decisiones Marco 2002/465/JAI, 2002/584/JAI, 2003/577/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI, 2008/947/JAI, 2009/829/JAI y 2009/948/JAI del Consejo, y la Directiva 2014/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que respecta a la digitalización de la cooperación judicial [COM (2021) 760 final. 2021/0395 (COD)].

¹² Tal iniciativa incluye una serie de mejoras para los procedimientos transfronterizos, a saber: a) Establece un punto de acceso electrónico europeo, ubicado en el Portal Europeo de e-Justicia, a través del cual las personas pueden presentar reclamaciones, enviar, recibir y almacenar información pertinente y comunicarse con las autoridades competentes; b) Acepta comunicaciones y documentos electrónicos de personas físicas y jurídicas en procedimientos judiciales; c) Reconoce los documentos con firmas electrónicas, sellos o sellos de tiempo; d) Permite que las partes y otras personas relevantes en audiencias civiles, comerciales y penales participen por medio de videoconferencia u otra tecnología de comunicación a distancia y e) promueve el pago de tasas a través de medios electrónicos. Además, pretende establecer un sistema descentralizado para facilitar la comunicación electrónica. Al respecto, véase N. MARCHAL ESCALONA, “Hacia la digitalización de la cooperación judicial en los asuntos transfronterizos civiles, mercantiles y penales en la UE”. Disponible en: <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-internacional/internacional/hacia-la-digitalizacion-de-la-cooperacion-judicial-en-los-asuntos-transfronterizos-civiles-mercantiles-y-penales-en-la-ue-2022-02-07/>.

¹³ M. AGUILERA MORALES, “La cooperación judicial civil en la Unión Europea: el llamado principio Digital-y default”, en *Retos normativos del mercado único digital europeo*, L.M. MARTÍNEZ VELENCOSO, J. PLAZA PENADÉS, (Dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 25-49 en esp. p. 44.

caciones electrónicas transfronterizas y, por otra, proporcionen los más altos niveles de ciberseguridad y protejan los datos personales que son transmitidos¹⁴. La notificación electrónica ha de garantizar un nivel de seguridad apropiado, a efectos de acreditar la remisión e integridad del contenido de la notificación, así como su recepción. Debe, además, evitar situaciones discriminatorias que ocasionan las brechas digitales con motivo de la utilización de las nuevas tecnologías, así como también cualquier restricción al derecho a una tutela judicial efectiva. No hay que olvidar que garantizar el conocimiento de las notificaciones judiciales integra el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva¹⁵. No hay que olvidar que garantizar el conocimiento de las notificaciones judiciales integra el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva (arts. 6.1º del Convenio Europeo de Derechos Humanos –en adelante, CEDH¹⁶– y 47 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales –en adelante, CEDF¹⁷–)¹⁸. Una exigencia que compromete no solo a los encargados de practicar la notificación (órganos judiciales o sujetos a los que las leyes les encomiendan estas tareas —como ocurre en nuestro país con los Letrados de la Administración de Justicia—), sino también al propio legislador que ha de regular esta materia¹⁹. A tal fin, es necesario que los desarrollos normativos dirigidos a implantar, o diseñar el uso de, herramientas tecnológicas en el ámbito de la administración de Justicia sean conformes y compatibles con el derecho a la tutela judicial efectiva.

5. Las páginas que siguen versan justamente sobre la implantación de la notificación electrónica en la UE, objetivo principal —aunque no el único— del Reg. 2020/1784²⁰. Se trata de determinar en qué medida el Reglamento europeo cumple con los retos y desafíos que plantea el uso de las nuevas tecnologías en el espacio judicial europeo. Analizaremos si dicho Reglamento respeta plena y debidamente los derechos fundamentales de las personas, en particular, el de la tutela judicial efectiva y protección de datos personales; minimiza la denominada brecha digital y garantiza la remisión y la recepción de la notificación, así como la identidad de las partes y la integridad de su contenido.

¹⁴ Como así establecen las Directrices para la Resolución de litigios en línea en los procedimientos judiciales civiles y administrativos aprobadas el 16 de junio de 2021 por el Comité de Ministros del Consejo de Europa (disponible en: <https://rm.coe.int/publication-guidelines-and-explanatory-memorandum-odr-mechanisms-in-c/1680a4214e>).

¹⁵ De hecho, la visión de la UE sobre la transformación digital sitúa a las personas en el centro del proceso, como así se establece en el art. 1 de la Declaración sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital (DOUE C 23, de 23 enero 2023). Empodera a los ciudadanos e incentiva a las empresas innovadoras. Para una descripción de los planes y medidas que se están poniendo en marcha, en España y en la UE, para combatir la brecha digital puede, véase J. ALFARO BERENGUER, “Políticas de Impulso de los derechos digitales (comentario al artículo 97 LOPDDD)”, en *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales*, A. TRONCOSO REIGDA (Dir.), Tomo II, Pamplona, Thomson Reuters. Aranzadi, 2021, pp. 4369-4428, L. REBOLLO DELGADO, P. ZAPATERO MARTÍN, *Derechos digitales*, Madrid, Dyckinson, 2019, pp. 205-223.

¹⁶ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente (BOE 243, de 10 octubre 1979).

¹⁷ DOUE C 364, de 18 diciembre 2000.

¹⁸ No hay que olvidar que en todo proceso civil hay que garantizar, según el Tribunal Europeo de Derechos humanos (en adelante, TEDH), que: se haya “*brindado una oportunidad razonable para tener conocimiento y poder comentar sobre las observaciones hechas por la otra parte y las pruebas por ella introducidas y presentar su caso en condiciones que no lo coloquen en una sustancial posición de desventaja frente a su oponente*” (As. *Gankin y otros c. Rusia*, de 31 de mayo de 2016, núm. 2430/06, 1454/08, 11670/10 y 12938/12. Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/spa#%7B%22fulltext%22:%5B%222430%2F06%22%2C%221454%2F08%2C%2211670%2F10%2C%2212938%2F12%22%5D%2C%22itemid%22:%5B%222001-163340%22%5D%7D>).

¹⁹ M.ª. VILLAMARÍN LÓPEZ, “Influencia de los estándares europeos en el régimen procesal español de notificaciones”, en *Estándares europeos y proceso civil. Hacia un proceso civil convergente con Europa*, F. GASCÓN INCHAUSTI, P. PEITEADO MARISCAL (Dir.), Barcelona, Atelier, 2022, pp. 194-195.

²⁰ Este Reglamento prevalece sobre las disposiciones contenidas en convenios o acuerdos bilaterales o multilaterales celebrados por los Estados miembros, en particular el Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965. Si bien es cierto que, no excluye la celebración o el mantenimiento por los Estados miembros de convenios o acuerdos dirigidos a acelerar o simplificar la transmisión de los documentos, siempre que dichos convenios o acuerdos sean compatibles con él (art. 29). Al respecto, véase N. MARCHAL ESCALONA, “La nueva normativa europea relativa a la notificación y traslado de documentos y obtención de pruebas en el extranjero: los Reglamentos (UE) 2020/1783 y 2020/1784 de 25 de noviembre de 2020”, *REEI*, 2021, n.º. 41, pp. 10-19, en esp. p. 11.

6. Con todo, la digitalización de la notificación transfronteriza en la UE no supone solo afrontar nuevos retos y desafíos. Esta debe hacer frente también a los problemas que tradicionalmente afectan y han afectado a la notificación transfronteriza, como así sucede con la cuestión del idioma (arts. 9 y 12 del Reg. 2020/1784). A tal fin, interesa recordar que el TJUE se ha ocupado de resolver ciertos interrogantes –aunque algunos no han sido zanjados de forma definitiva²¹– que se han planteado sobre esta cuestión, como así sucede con la posibilidad de subsanar la omisión de la de traducción²², o bien con el alcance de dicha obligación²³. Quedan, no obstante, otras muchas cuestiones sin resolver. De hecho, el TJUE ha tenido la oportunidad en el caso *SR v EW*, resuelto el 2 de junio de 2022 (As. C-196/21²⁴), de determinar quién ostenta la cualidad de “requirente” (*ex art. 5.2º del Reg. 1393/2007* –actual art. 9.2º Reg. 2020/1784²⁵–) y, por tanto, quién debe asumir los gastos de traducción. De la misma manera, se ha pronunciado en el caso *LKW WALTER*, el 7 de julio de 2022 (As. C7/21²⁶), sobre cuándo debe comenzar a computarse el plazo del que dispone el destinatario para ejercitar el derecho que tiene a rechazar el documento por cuestiones idiomáticas (*ex art. 8 Reg. 1393/2007* –actual art. 12 Reg. 2020/1784–).

7. El objetivo último de este estudio es analizar cómo el Reg. 2020/1784 regula la cuestión idiomática en la notificación –en cuya construcción y cimentación es sabido que ha contribuido de forma decisiva el TJUE–, para, en última instancia, examinar su impacto en la notificación digitalizada. Antes, no obstante, nos ocuparemos de evidenciar las novedades que es esta materia incorpora el Reglamento.

II. Retos y desafíos presentes en la digitalización de la notificación en el espacio judicial europeo

8. No cabe duda de que el uso del papel representa un obstáculo para una efectiva y eficiente cooperación en el espacio judicial europeo. La digitalización de la notificación resulta necesaria, a fin de dotar de rapidez, fiabilidad, trazabilidad y a un menor coste los procesos transfronterizos²⁷. Como hemos apuntado, el Reg. 2020/1784 tiene como objetivo fundamental acelerar la notificación de documentos judiciales aprovechando al máximo las herramientas digitales. A tales efectos, ha adaptado el sistema descentralizado de transmisión, que se contemplaba en los arts. 4 a 10 del Reg. 1393/2007, a los avances que ofrece la utilización de la tecnología de la información. Dicho sistema es de uso obligado y preferente –cuando sea operativo– a los otros mecanismos de transmisión previstos en el Reglamento. De hecho, a estos “otros medios” solo se podrá recurrir en circunstancias excepcionales, y, en tales casos, deberá emplearse la vía más rápida y adecuada (considerando 15 Reg. 2020/1784). Resulta evidente, si tenemos en cuenta las “otras” vías de transmisión que el Reglamento regula (consular y diplomática, postal, de persona privada a autoridad competente), que la notificación electrónica directa al destinatario (*ex art. 19 Reg. 2020/1784*) constituye la vía de notificación más ventajosa y conveniente a emplear cuando la notificación no pueda realizarse a través del sistema descentralizado.

9. Una de las claves para el éxito de la justicia digital es la consecución de una efectiva y eficaz interoperabilidad de las comunicaciones entre autoridades judiciales²⁸. Se precisa, por tanto, de una in-

²¹ Como así sucede con el grado de conocimiento de la lengua que se exige, así como también sobre qué documentos tienen que traducirse [L.F. CARRILLO POZO, “La defensa de los derechos lingüísticos en el reglamento europeo sobre notificaciones. (A propósito de la sentencia del TJ de 16 de septiembre de 2015)”, *Justicia*, 2016, n.º. 1, pp. 400-4037 en esp. pp. 423-431].

²² STJUE de 8 de noviembre de 2005, As. C-443/03. Para un comentario sobre la misma, véase N. MARCHAL ESCALONA, “Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas Sentencia del TJCE (Gran Sala) de 8 de noviembre 2005 (Asunto C- 443/03)”, *REDI*, 2005, vol. LVII, pp. 968-976.

²³ Sent. de 8 de mayo de 2008, As. C-14/07 (ECLI:EU:C:2008:264).

²⁴ ECLI:EU:C:2022:427.

²⁵ A tenor de este: “*El requirente asumirá los posibles gastos de traducción previa a la transmisión del documento, sin perjuicio de una posible decisión posterior, en su caso, del órgano jurisdiccional o la autoridad competente sobre la responsabilidad de dichos gastos*”.

²⁶ ECLI:EU:C:2022:527.

²⁷ J.R. DE BLAS JAVALOYAS, C.M.ª. GARCÍA MIRETE, “El futuro de la cooperación judicial civil en la Unión Europea. Una perspectiva”. Disponible en: <https://apm3-9.studi-web.com/coop.pdf>.

²⁸ La interoperabilidad de las comunicaciones constituye uno de los objetivos principales que debe buscar la Adminis-

fraestructura de última generación que instaure un canal para el traslado seguro de notificaciones entre las autoridades judiciales nacionales de los distintos Estados miembro. Ciertamente, en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, titulada “La digitalización de la justicia en la UE. Un abanico de oportunidades”, de 2 de diciembre de 2020²⁹, se resalta la importancia que tiene el que las herramientas informáticas, tanto las nuevas como las existentes, sean interoperables.

10. Es evidente que la implantación de la notificación electrónica en el espacio judicial europeo queda a expensas la interoperabilidad de las comunicaciones, lo que implica la existencia de una tecnología segura. Resulta necesario garantizar la autenticidad de la comunicación y la integridad de su contenido, así como la constancia fehaciente de su emisión y recepción. Por esta razón resulta vital que los órganos judiciales al enviar sus solicitudes de asistencia puedan hacer uso de sistemas de autenticación seguros. Además, no hay que olvidar que lo que se encuentra en juego no es solo la eficiencia del sistema judicial, sino también, y, principalmente, la observancia del derecho a la tutela judicial efectiva.

Expresado, en otros términos, la notificación electrónica debe ofrecer, en primer lugar, certeza acerca de la identidad de los intervinientes en la comunicación, esto es, debe asegurar que quienes dicen haber enviado y recibido el mensaje son, efectiva y respectivamente, quienes dicen ser. En segundo lugar, debe proteger la integridad del mensaje de manera que una persona distinta a su legítimo destinatario no pueda acceder a su contenido, ni, mucho menos, manipularlo. Y, en tercer y último lugar, debe acreditar de forma fehaciente la emisión y la recepción, así como el acceso al contenido, con reflejo exacto de la fecha y hora que tienen lugar. Este conocimiento fehaciente será el que nos permita conocer con exactitud cuándo se tiene por válidamente efectuada una notificación y, por tanto, cuándo empieza a desplegar sus efectos en la esfera procesal, a fin de concretar si se han observado o no los derechos de defensa del demandado.

De la misma manera, la implantación de este sistema hace necesario un marco jurídico que proteja los datos personales transmitidos. Tal protección entra en el ámbito de aplicación del marco normativo europeo en este contexto, esto es, al Reglamento (UE) núm. 2016/679³⁰ y al Reglamento (UE)

tración de Justicia. De hecho, existen diferentes iniciativas en esta dirección tanto en el ámbito europeo (F. BUENO DE MATA, “Interoperabilidad de sistemas de gestión procesal y debido proceso: experiencias a nivel nacional y europeo para alcanzar una verdadera digitalización de la justicia”, en *Digitalización de la Justicia: Prevención, Investigación y enjuiciamiento*, M. LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, S. CALAZA LÓPEZ (Dir.), Pamplona, Thomson Reuters. Aranzadi, 2022, pp. 151-178, en esp. p. 167-173), como en el iberoamericano e, incluso, a nivel estatal. En el ámbito iberoamericano cabe señalar la operatividad de la Plataforma Iber@ para la transmisión de solicitudes de cooperación jurídica internacional entre Autoridades Centrales. Dicha plataforma se aprobó con el Tratado de Medellín en la XXI Asamblea Plenaria de la Conferencia de ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (OM-JIB) celebrada en la Ciudad de Medellín (Colombia), los días 24 y 25 de julio de 2019, y ha sido elaborado con la participación de España, a través del Ministerio de Justicia, sobre la base de la Red Iberoamérica de Cooperación Jurídica Internacional en materia penal y civil (IberRED). Sobre la misma, véase L. FONTESTAD PORTALÉS, “Evolución y avances en materia de cooperación judicial internacional a través de las transmisiones electrónicas”, en *Digitalización de la Justicia: Prevención, Investigación y enjuiciamiento*, M. LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, S. CALAZA LÓPEZ (Dir.), Pamplona, Thomson Reuters. Aranzadi, 2022, pp. 239-267, en esp. pp. 261-265. Con la firma del Tratado de Medellín, el 25 de julio de 2019, ocho países del espacio iberoamericano (Argentina, Brasil, Chile, Colombia, España, Paraguay, Portugal y Uruguay, a los que se incorporó Andorra y previsiblemente lo harán varios más antes de que acabe el año), se comprometieron a dar un paso más hacia ese nuevo paradigma de cooperación jurídica internacional más eficaz, más segura y resiliente. Sus disposiciones no incluyen normas sobre cooperación jurídica internacional, sino que se centran en cuestiones consideradas “formales” –transferencia y protección de datos, comunicación en tiempo real, validez de la información, seguridad, autenticación, etc.– permitiendo un avance simultáneo en todas las materias de la cooperación jurídica internacional, sobre la base íntegra de los tratados internacionales vigentes hasta la fecha. Por su parte, en la normativa nacional en Proyecto, el art. 55 Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Digital del Servicio Público de Justicia (*Boletín Oficial de las Cortes Generales*, núm. 116-1, de 12 de septiembre de 2022, disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-116-1.PDF) dispone que el Ministerio de Justicia establecerá un servicio o aplicación común como nodo para las comunicaciones electrónicas transfronterizas relativas a actuaciones de cooperación jurídica internacional. En dicho precepto se reconoce que este deberá cumplir los requisitos de interoperabilidad que se hayan convenido. Y estipula, además, que las Comunidades autónomas con competencia en medios personales y materiales de la Administración de Justicia asegurarán la interoperabilidad de los sistemas que establezcan.

²⁹ [COM (2020) 710 FINAL].

³⁰ Reglamento (UE) núm. 2016/679 del Parlamento y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga

núm. 2018/1725³¹ y, en tanto no se apruebe el Reglamento *e-Privacy*³², a la Directiva 2002/58/CE³³, lo que dependerá de la entidad, de la UE o nacional gestione el sistema y sobre qué autoridades recaiga la gestión del tratamiento de datos personales³⁴.

A continuación, analizaremos si la implantación de la notificación electrónica en el espacio judicial europeo responde a estas necesidades y, fundamentalmente, si resulta compatible o no con el derecho a un proceso debido.

III. La implantación de la notificación electrónica en el espacio judicial europeo

1. La notificación electrónica entre organismos competentes: el sistema descentralizado europeo y el principio «*Digital-by-Default*»

11. La digitalización de la notificación en el espacio judicial europeo constituye, como hemos tenido la oportunidad de señalar, uno de los aspectos más novedosos y esenciales del Reg. 2020/1784. A tales efectos, implanta el llamado sistema informático descentralizado, al que define como “*una red de sistemas nacionales y puntos de acceso interoperable, que opera bajo la responsabilidad y la gestión individuales de cada Estado miembro y permite un intercambio transfronterizo de información seguro y fiable entre los sistemas informáticos nacionales* (art. 2)”.

Este sistema de notificación se enmarca en el conocido procedimiento de transmisión directa de documentos entre autoridades nacionales; procedimiento que se mantiene en lo sustancial, empezando por las autoridades competentes para transmitir y recibir la notificación³⁵ y siguiendo con un procedimiento que cuenta con una tramitación trifásica³⁶.

la Directiva 95/46/CE (en adelante, Reglamento general de protección de datos) –DOUE L119, de 4 mayo 2016–.

³¹ Reglamento (UE) núm. 2018/1725 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2018, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y a la libre circulación de esos datos, y por el que se derogan el Reglamento (CE) núm. 45/2001 y la Decisión núm. 1247/2002/CE (DOUE L 295, de 21 noviembre 2018).

³² Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el respeto de la vida privada y la protección de los datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas y por el que se deroga la Directiva 2002/58/CE (en adelante, Reglamento sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas) [COM/2017/010 final - 2017/03 (COD)].

³³ Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de julio de 2002 relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (en adelante, Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas) – DOUE L 201, de 31 julio 2002–.

³⁴ L. FONTESTAD PORTALÉS, “Evolución y avances...”, *loc. cit.*, en *op. cit.*, p. 245.

³⁵ A tales efectos, y según lo dispuesto en el art. 3 del Reglamento, cada Estado miembro designará a los funcionarios públicos, autoridades u otras personas competentes para transmitir los documentos judiciales o extrajudiciales que deban ser notificados o trasladados en otro Estado miembro («organismos transmisores»), así como a los funcionarios públicos, autoridades u otras personas competentes para recibir los documentos judiciales o extrajudiciales que procedan de otro Estado miembro («organismos receptores»). Los Estados miembros podrán designar organismos transmisores o receptores distintos, o designar uno o más organismos encargados de ambas funciones. Los Estados miembros federales, los Estados miembros en los que rijan varios ordenamientos jurídicos y los Estados miembros que cuenten con entidades territoriales autónomas podrán designar más de uno de tales organismos. La designación tendrá efecto durante un período de cinco años y podrá renovarse por períodos de cinco años. Además, según lo establecido en el art. 4 del Reglamento, cada Estado miembro designará un órgano central encargado expedir, en casos excepcionales, una solicitud de notificación o traslado al organismo receptor competente previa solicitud del organismo transmisor.

³⁶ M. AGUILAR MORENO, “El Reglamento (UE) 2020/1784 sobre notificación y traslado transfronterizo de documentos: Novedades e implicaciones internas”, en *Digitalización de la Justicia: Prevención, Investigación y enjuiciamiento*, M. LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, S. CALAZA LÓPEZ (Dirs.), Pamplona, Thomson Reuters. Aranzadi, 2022, pp. 57-89, en esp. p. 66. Las solicitudes de notificación se transmitirán a través del sistema informático descentralizado directamente – y lo antes posible y entre los organismos de transmisión y los organismos de recepción (art. 8) designados por cada Estado (art. 3) a través del formulario A. Una vez recibido el documento, el organismo receptor enviará automáticamente al organismo transmisor un acuse de recibo a través del sistema informático descentralizado utilizando el formulario D tan pronto como sea posible y, en cualquier caso, en un plazo de siete días a partir de su recepción (art. 14). Si la solicitud de notificación o traslado estuviera manifiestamente fuera del ámbito de aplicación del presente Reglamento, o si el incumplimiento de las condiciones formales exigidas hiciera imposible la notificación o el traslado, se devolverán al organismo transmisor la solicitud y los documentos transmitidos en cuanto se reciban, sin demora, junto con una comunicación de devolución por medio del formulario F. Se limita así los supuestos –excep-

12. Con la implantación de este sistema lo que pretende el legislador europeo es alcanzar la interoperabilidad de los sistemas informáticos nacionales, de modo que las autoridades competentes puedan comunicarse y transmitirse recíprocamente documentos en el seno de los procesos civiles transfronterizos, a tal fin evoca al sistema e-Codex (*e-Justice Communication via On-line DataExchange*³⁷). Es cierto que el Reglamento no exige el uso del sistema e-Codex, sino simplemente alude a “*un sistema informático descentralizado basado en una solución interoperable como e-CODEX*”, lo que no impide la utilización de otra solución técnica que en el futuro pudiera estar operativa.

El sistema e-CODEX constituye la piedra angular de la cooperación digital de la UE en materia civil y penal³⁸. Es un programa informático de código abierto cuyo funcionamiento descansa en un programa pasarela, que garantiza la comunicación segura entre los llamados puntos de acceso nacionales, y en un programa conector, que da soporte a los intercambios de mensajes entre aquellos puntos permitiendo verificar la identidad de los usuarios³⁹. Esto significa que su implantación obligará a los sistemas de gestión procesal de los Estados miembros a adaptarse a esta tecnología, para su conexión a un punto de acceso, esto es, a un software instalado en una infraestructura de hardware capaz de transmitir y recibir información hacia y desde otros puntos de acceso e-CODEX de manera fiable.

13. Este sistema está actualmente gestionado por varios Estados miembros y otras organizaciones. No obstante, la Comisión pretende reforzar el sistema e-Codex integrándolo en la responsabilidad técnica de la Agencia de la Unión Europea para la Gestión Operativa de Sistemas Informáticos de Gran Magnitud en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (en adelante, Agencia eu-LISA) – creada por Reglamento (UE) núm. 1077/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011⁴⁰–; Agencia que está especializada en la gestión de sistemas informáticos y posee los conocimientos técnicos necesarios para asegurar el funcionamiento del sistema e-CODEX⁴¹. Sus funciones están contempladas en el Reglamento (UE) 2022/850 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2022 relativo a un sistema informatizado para el intercambio electrónico transfronterizo de datos en el ámbito

cionales– en los que puede denegarse la práctica de una notificación al no incluir, como sus precedentes una cláusula de orden público. Si un organismo receptor recibe un documento para cuya notificación carece de competencia, deberá expedirlo, junto con la solicitud y sin demora, al organismo receptor competente. El organismo receptor procederá a efectuar o a hacer que se efectúe la notificación o el traslado del documento, bien de conformidad con el Derecho del Estado miembro requerido o bien según el modo particular solicitado por el organismo transmisor, siempre que este no sea incompatible con el Derecho de ese Estado miembro. Este debe realizar todas las diligencias necesarias para efectuar la notificación o el traslado del documento tan pronto como sea posible y, en cualquier caso, en el plazo de un mes a partir de su recepción (art. 11). El Reglamento, al igual que su predecesor, proporciona un sistema por el que el Derecho del Estado miembro requerido determina la fecha de notificación o traslado, salvo que el documento deba notificarse o trasladarse dentro de un plazo determinado, en cuyo caso, la fecha será la fijada por el derecho del Estado requirente (art. 13). Al respecto, véase N. MARCHAL ESCALONA, “El nuevo marco europeo sobre notificación y obtención de pruebas en el extranjero: hacia un espacio judicial europeo digitalizado”, *REDI*, Vol. 74, núm. 1, 2022, pp. 155-179.

³⁷ El proyecto e-CODEX (disponible en: <https://www.e-codex.eu/projects>) se puso en marcha en el marco del Plan de acción plurianual 2009-2013 relativo a la Justicia en Red Europea (*DOUE C 75*, de 31 marzo 2009) y ha continuado con el Plan de Acción 2019-2023 (disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019XG0313\(02\)&from=FRp.1](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019XG0313(02)&from=FRp.1)) para fomentar la digitalización de los procesos judiciales transfronterizos y facilitar la comunicación entre las autoridades judiciales de los Estados miembros. Fue desarrollado entre 2010 y 2016 por veintidós Estados miembros, con la participación de terceros países, territorios y organizaciones, con un coste total de desarrollo de 24 millones de euros, de los que el 50% fue subvencionado por la UE y el otro 50% por los países participantes. Sobre su funcionamiento, véase G. LUPO, J. BAILEY, “Designing and Implementing e-Justice Systems: Some Lessons Learned from EU and Canadian Examples,” *Laws*, 2014, pp. 353–387.

³⁸ De hecho, este sistema resulta relevante en el ámbito civil tanto para la tramitación de los procesos monitorios europeos como los litigios de escasa cuantía (F. BUENO DE MATA, “La desmaterialización...”, *loc.cit. en op.cit.*, pp. 9-18; A. MERCHAN MURILLO, “e-CODEX”: Soluciones de e-Justicia interoperable en la Unión Europea”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas tecnologías*, núm.46, 2018).

³⁹ Sobre el mismo, véase M. AGUILAR MORENO, “El Reglamento (UE)...”, *loc.cit. en op.cit.*, p. 68.

⁴⁰ *DOUE L 285*, de 1 noviembre 2011.

⁴¹ Esta Agencia se hará cargo del sistema entre el 1 de julio de 2023 y el 31 de diciembre de 2023, a tal fin se deberá asignar personal suficiente y crear un entorno técnico para desempeñar las funciones que se le van a encomendar. Además, la estructura de esta Agencia permitiría a los Estados miembros involucrarse en la gestión del sistema participando en el Consejo de Administración, el Consejo de Gestión del Programa y el grupo consultivo de la Agencia.

de la cooperación judicial en materia civil y penal (sistema e-CODEX), y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1726⁴² (art. 7⁴³).

14. Nos encontramos ante un sistema que permitirá la interconectividad e interoperabilidad de los sistemas informáticos nacionales, lo que implicará que se podrán enviar y recibir con el más alto nivel de seguridad los documentos que se notifican, y garantizará la fiabilidad en su transmisión. A tales efectos, el sistema informático que se implante –sea el e-CODEX o cualquier otro– quedará sujeto al marco jurídico general del Reglamento (UE) núm. 910/2014 –en adelante, Reglamento e-IDAS⁴⁴– ex art. 5.2º Reg. 2020/1784. La aplicación de este Reglamento supone que los documentos que requieran de un sello o firma manuscrita pueden ser sustituidos por un sello o una firma cualificada, y, en consecuencia, que se presuman íntegros los documentos enviados y recibidos a través de él, exactos los datos relativos a la identidad del transmisor y del receptor, así como los de la fecha y hora del envío y de la recepción.

A la luz de lo analizado, puede afirmarse que el sistema descentralizado informático resulta, *a priori*, compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva, además, de proteger los datos personales que sean transmitidos a través del mismo, puesto que el Reg. 2020/1784 obliga a que toda la información transmitida sea utilizada por el organismo receptor solo para los fines para los que se transmitió, no pueda ser almacenada y los datos personales que no sean pertinentes para la tramitación de un determinado asunto sean eliminados inmediatamente (art. 31). A mayor abundamiento, y para reforzar la

⁴² DOUE C 150, de 1 junio 2022.

⁴³ La Agencia eu-LISA será responsable de los componentes del sistema e-CODEX a que se refiere el art. 5 y, en particular, de las siguientes funciones: “a) desarrollo, mantenimiento, corrección de errores y actualización, incluidas las de seguridad, de productos de soporte lógico (software) y otros recursos, y su distribución a las entidades que explotan puntos de acceso e-CODEX autorizados; b) preparación, mantenimiento y actualización de la documentación relativa a los componentes del sistema e-CODEX, sus productos de soporte lógico (software) de apoyo y otros recursos, y distribución de dicha documentación a las entidades que explotan puntos de acceso e-CODEX autorizados; c) desarrollo, mantenimiento y actualización de un archivo de configuración que contenga una lista exhaustiva de los puntos de acceso e-CODEX autorizados, incluidas las especificaciones de procesamiento digital que esté autorizado a aplicar cada uno de esos puntos de acceso, y su distribución a las entidades que explotan puntos de acceso e-CODEX autorizados; d) realización de cambios técnicos y adición de nuevas características, publicadas como nuevas versiones de soporte lógico (software), al sistema e-CODEX con el fin de responder a los nuevos requisitos, como los derivados de los actos de ejecución a que se refiere el art. 6.2º, o cuando lo solicite el grupo consultivo e-CODEX; e) apoyo y coordinación de las actividades de pruebas, incluida la conectividad, en las que participen los puntos de acceso e-CODEX autorizados; f) prestación de asistencia técnica a los corresponsales e-CODEX en relación con el sistema e-CODEX; g) desarrollo, implantación, mantenimiento y actualización de las especificaciones de procesamiento digital y su distribución a las entidades que explotan puntos de acceso e-CODEX autorizados; h) publicación en el sitio web de la Agencia eu-LISA de una lista de los puntos de acceso e-CODEX autorizados, que se le hayan notificado, y de las especificaciones de procesamiento digital que cada uno de esos puntos de acceso aplique; i) respuesta a las solicitudes de asesoramiento técnico y apoyo de los servicios de la Comisión en el contexto de la preparación de los actos de ejecución a que se refiere el art. 6.2º; j) evaluación de la necesidad de nuevas especificaciones de procesamiento digital, por ejemplo, organizando y facilitando la organización de talleres con los corresponsales e-CODEX, y evaluación y preparación de dichas normas; k) desarrollo, mantenimiento y actualización del léxico de referencia de la UE para la justicia digital en el que se basan las especificaciones de procesamiento digital; l) desarrollo y distribución de normas operativas de seguridad, con arreglo a lo dispuesto en el art. 11 y m) prestación de formación, que incluya a todos los interesados pertinentes, sobre el uso técnico del sistema e-CODEX de conformidad con el Reglamento (UE) 2018/1726, incluido el suministro de materiales de formación en línea”. De hecho, es en la Decisión de Ejecución (UE) 2023/117 de la Comisión, de 13 de enero de 2023, sobre los requisitos de nivel de servicio para las actividades que debe llevar a cabo la Agencia eu-LISA en relación con el sistema e-CODEX (DOUE L 15, de 17 enero 2023) donde se contempla los requisitos de nivel de servicio para las actividades que debe llevar a cabo la Agencia eu-LISA a que se refiere el art. 7 del Reglamento (UE) 2022/850 y otras especificaciones técnicas necesarias para dichas actividades.

⁴⁴ Reglamento (UE) núm. 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014 relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la directiva 1999/93/CE (DOUE L 257, 28 agosto 2014). Esta norma tiene por objeto general garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior aspirando al mismo tiempo a un nivel de seguridad adecuado de los medios de identificación electrónica y los servicios de confianza. Para saber cuáles son los sistemas de identificación electrónica notificados con arreglo al art. 9. 1º del Reglamento e-IDAS, véase DOUE L 104, 19 abril 2023. Este Reglamento define las condiciones para que los sistemas de notificaciones electrónicas sean legalmente válidos en los países de la Unión Europea. Entre los objetivos de este Reglamento está reforzar la confianza en las transacciones electrónicas dentro del marco de la Unión Europea, proporcionando las herramientas jurídicas necesarias para crear un clima de seguridad entre ciudadanos, empresas y la Administración Pública. Sobre el mismo véase A. MERCHÁN MURILLO, “La cooperación judicial internacional digital”, *Informática y Derecho: Revista Iberoamericana de Derecho Informático* (segunda época), núm. 10, 2021, pp. 25-40.

eficacia de este sistema, el legislador europeo reconoce la imposibilidad de denegar efectos jurídicos o inadmitirlos como pruebas los documentos que sean transmitidos vía electrónica (considerando 16 y art. 6 Reg. 2020/1784).

15. Es evidente el avance que supone establecer este sistema de conectividad entre los diferentes Estados miembros de la UE al permitir la transmisión de la notificación de documentos en un entorno confiable y seguro. Sin embargo, su éxito requiere tanto de la operatividad y del buen funcionamiento del sistema, de cuya creación, mantenimiento y desarrollo se debe ocupar la Comisión (arts. 25 y 27 Reg. 2020/1784), como de su implantación a nivel estatal. Es decir, cada Estado tendrá que instaurar la tecnología necesaria que permita su empleo, de forma que a través de esta sea posible enviar y recibir documentos de otros Estados miembros. Para ello, los Estados miembros deberán correr con los gastos que su instalación, funcionamiento y mantenimiento suponga, para lo que podrán solicitar las subvenciones correspondientes en el marco de los programas de financiación de la UE (art. 38 Reg. 2020/1784). De hecho, esta podría ser una buena oportunidad para introducir el sistema e-Codex a nivel nacional y acogerlo como plataforma única para salvar las dificultades de interoperabilidad que plantean las diversas plataformas que existen en España (Lexnet, Avantius, Justicia.cat, Justicia.zip). De esta forma, sin apenas esfuerzo adicional, se eliminarían trabas innecesarias en una tarea que ya de por sí es complicada⁴⁵.

No obstante, se trata de un sistema que, en la actualidad, no está operativo. Está por implantar. Ello explica que las disposiciones que regulan el funcionamiento de esta vía de notificación (arts. 5, 8 y 10 Reg. 2020/1784) no estén aún en vigor. Esta tendrá lugar, según lo establecido en el art. 37. 2º del Reglamento, a partir del primer día del mes siguiente al período de tres años después de la entrada en vigor del Reglamento de Ejecución (UE) núm. 2022/423 de la Comisión, de 14 de marzo de 2022, por el que se establecen las especificaciones técnicas, las medidas y otros requisitos para la implementación del sistema informático descentralizado a que se refiere el Reglamento (UE) núm. 2020/1784⁴⁶. Pues bien, si tenemos en cuenta que esta norma entró en vigor 20 días después de su publicación (art. 2), esto es, el 15 marzo de 2022, los arts. 5, 8 y 10 del Reg. 2020/1784 serán de aplicación efectiva a partir del 1 de mayo de 2025. Por ello, el régimen legal de las notificaciones en el espacio judicial europeo está, actualmente, jurídicamente fraccionado. Por una parte, está formado por los arts. 4, 6 y 7 del Reg. 1393/2007, que regulan cómo funciona el sistema descentralizado de notificación, y que todavía están en vigor. Y, por otra, por el resto del articulado del Reg. 2020/1784 que, desde 1 de julio de 2022, está operativo.

16. Ahora bien, cuando este sistema resulte de aplicación, es decir, a partir del 1 de mayo de 2025, este será obligatorio y de uso preferente al resto de las vías de transmisión que el Reglamento regula. Esto es, el Reg. 2020/1784 no solo implanta el empleo de medios electrónicos para la notificación de actos judiciales en la UE, sino que, además, sitúa a tales medios, es decir, al sistema informático descentralizado en una posición central y prioritaria («*Digital-by-default*»). Solo cuando la transmisión a través del sistema informático descentralizado resulte imposible⁴⁷, está podrá realizarse por aquellas otras vías que permitan una transmisión lo más rápida posible y de forma segura (considerando 15), como así sucede con la vía postal (art. 18) o la notificación electrónica directa al destinatario (art. 19).

La consagración de este principio supone relegar a un segundo plano el resto de los medios de transmisión de documentos previstos en el Reglamento. Establece un orden jerárquico de aplicación entre el sistema informático descentralizado y los “otros medios de notificación” previstos en el mismo. Es decir, mantiene lo opuesto a lo sostenido, hasta ahora, por el TJUE en la Sent. dictada el 9 de febrero de 2006⁴⁸.

⁴⁵ Como así propone M. AGUILERA MORALES, “El Reglamento...”, *loc.cit. en op.cit.*, p. 20.

⁴⁶ DOUE L 87, de 15 marzo 2022.

⁴⁷ Ello ocurrirá, según el considerando 15 Reg. 2020/1784, cuando la transmisión a través del sistema informático descentralizado esté imposibilitada debido a una interrupción del sistema. Asimismo, admite que podría recurrirse a otras vías de comunicación más adecuadas en circunstancias excepcionales, que podrían incluir situaciones en que la conversión a formato electrónico de un gran volumen de documentos supusiera una carga administrativa desproporcionada para el organismo transmisor, o en que se requiriera el documento original en soporte papel para valorar su autenticidad.

⁴⁸ As. C-473: “*Plumex*” (ECLI:EU:C:2005:698). En un sentido contrario, véase M. AGUILERA MORALES, “La cooperación judicial civil...”, *loc.cit. en op.cit.*, p. 35.

2. La notificación electrónica directa al destinatario

17. Como se ha apuntado, las previsiones sobre digitalización no acaban en la regulación del sistema informático descentralizado. El Reg. 2020/1784 posibilita también que la notificación tenga lugar a través de medios electrónicos directamente a la dirección del destinatario⁴⁹. Esta novedosa forma de notificación, que es operativa desde el 1 de julio de 2022, constituye el máximo exponente de agilidad y celeridad para la transmisión de notificaciones transfronterizas. A su favor hay que decir que se trata de una vía de transmisión que concita la inmediatez que proporciona el medio electrónico con el carácter directo que se predica de la misma, toda vez que los protagonistas de la notificación lo son tanto el órgano judicial que remite la notificación a otro Estado miembro como el destinatario que la recibe⁵⁰. Además, se trata de un medio de notificación de sobra conocido en los sistemas procesales de diferentes Estados miembros la UE (*ad. ex.* España⁵¹, Francia⁵², Bélgica⁵³, Estonia⁵⁴, Hungría⁵⁵, Italia⁵⁶, Suecia⁵⁷ y Alemania⁵⁸)⁵⁹.

Nos encontramos, claramente, ante una novedad que debe valorarse de forma positiva, puesto que la eficiencia y la celeridad que requieren los procedimientos judiciales transfronterizos exigen canales directos, ágiles y seguros para notificar documentos a personas domiciliadas en otro Estado. Resulta, por tanto, una vía de notificación cuya utilización es aconsejable, aunque su funcionalidad, tal y como hemos expuesto, quedará relegada a un segundo plano, cuando el sistema descentralizado resulte de aplicación. No obstante, sorprende que el legislador europeo no hay adoptado ninguna cautela, a fin de evitar la brecha digital o discriminación tecnológica, como sí lo hace, por su parte, la Propuesta de Reglamento de Digitalización. En esta Propuesta el legislador europeo deja a la discreción de las personas afectadas la elección entre la comunicación electrónica, tal como se contempla en el mismo, y otros medios de comunicación (considerando 19). Una previsión que es especialmente importante para atender las circunstancias específicas de los grupos desfavorecidos y las personas en situación de vulnerabilidad, como los menores o las personas de edad avanzada, que pueden carecer de las competencias digitales o los medios técnicos necesarios para acceder a los servicios digitales.

⁴⁹ Las Reglas Modelo de Unidroit para el Proceso Civil hacen referencia también a este tipo de notificaciones. En particular, la Regla 74. 1º c) se refiere a: “*la notificación por otros medios electrónicos, si el destinatario previamente y de forma explícita ha consentido en el uso de estos métodos o si está sujeto a la obligación legal de registrar una dirección de correo electrónico para la finalidad de notificarle (...)*”.

⁵⁰ M. AGUILERA MORALES, “El Reglamento...”, *loc.cit. en op.cit.*, pp. 74-75.

⁵¹ Tanto los arts. 152.2º, 162 y 273º de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil (BOE 7 de 1 enero 2000) como el art. 23 Real Decreto 1065/2015, de 27 de noviembre, sobre comunicaciones electrónicas en la Administración de Justicia en el ámbito territorial del Ministerio de Justicia y por el que se regula el sistema LexNET (BOE 287, de 1 diciembre 2015) admiten la notificación de documentos judiciales vía electrónica. También se admite en el Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia.

⁵² Art. 653 del *Code de procédure civile*. Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGISCTA000006135900/>.

⁵³ Art. 332 del *Code judiciaire*. Disponible en: https://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg_2.pl?language=fr&nm=1967101052&la=

⁵⁴ Art. 311 del Código de Procedimiento Civil. Disponible en: <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/513122013001/consolide>.

⁵⁵ En Hungría, desde 2018, los notarios, gobiernos municipales y otros operadores económicos, cuando actúan en nombre de sus clientes y como sus representantes legales, están obligados a comunicarse con los tribunales a través de medios electrónicos en algunos tipos de procedimientos. Véase la Sección 9 (1) de la Ley 222 de 2015 del Reglamento General de la Administración Electrónica y Servicios Fiduciarios (*E-Administration Act*). Disponible en: <https://njt.hu/jogszabaly/en/2015-222-00-00>.

⁵⁶ La utilización del correo electrónico certificado fue regulada en el *Decreto del presidente della Repubblica* de 11 febbraio 2005 n. 68. Sobre su utilización en el ámbito judicial, véase M. REALE, “La posta elettronica certificata e le sue applicazioni nel mondo della giustizia comunicazioni e notifiche telematiche di cancelleria”. Disponible en: https://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/relazione_Maurizio_Reale.pdf.

⁵⁷ *Regeringens Proposition 2019/20:189Digital kommunikation i domstolsprocesser*. Disponible en: <https://perma.cc/39HF-U5JQ>.

⁵⁸ Los abogados están obligados a recibir comunicaciones electrónicas desde el 1 de enero de 2018. Disponible en: <https://www.brak.de/fuer-anwaelte/bea-das-besondere-elektronische-anwaltspostfach/>.

⁵⁹ Para un análisis comparativo de los métodos electrónicos de notificación en la mayor parte de los Estados miembros, véase F. GASCÓN INCHAUSTI, “Electronic service of documents. National and international aspects,” en *Electronic Technology and Civil Procedure: new paths to justice form around the world*, M. KENGYEL, Z. NEMESSANYI (Eds.), Dordrecht-Heidelberg-New York-London, Springer, 2012, pp. 137-180.

18. Con todo, el empleo de esta vía está condicionada al cumplimiento de una serie de condiciones que han sido establecidas en el art. 19 Reg. 2020/1784, a cuyo análisis nos dedicaremos a continuación. Además, examinaremos la compatibilidad de esta forma de notificación con el derecho a la tutela judicial efectiva, lo que, como tendremos ocasión de comprobar, puede ponerse en tela de juicio⁶⁰.

A) Condiciones para su operatividad

19. El legislador europeo supedita el empleo de esta vía de comunicación al cumplimiento de una serie de requisitos, a saber: a) que se trate de un medio electrónico que, conforme al Derecho del Estado del foro, esté disponible para la notificación de documentos a nivel nacional, y que sea operativo a nivel internacional, según las declaraciones realizadas por los distintos Gobiernos (disponibilidad y permisibilidad); b) que sea remitida a la dirección del destinatario del documento (dirección conocida), c) que el destinatario haya prestado su consentimiento expreso (consentimiento previo del destinatario) y d) se observen, además, ciertas garantías en la transmisión del documento, en particular, de autenticación, confidencialidad y seguridad, a fin de asegurar la integridad de la transmisión y la recepción del documento notificado (garantías de autenticación).

20. a' Disponibilidad y permisibilidad de medios electrónicos: El primero de los requisitos a los que el art. 19 Reg. 2020/1784 condiciona el empleo de esta vía de notificación es que se trate de un medio electrónico que esté disponible a nivel nacional. Es decir, que sea un medio de notificación admitido y operativo en el Estado del foro. Cabe plantearse, por tanto, si el Reg. 2020/1784 admite el empleo de cualquier medio electrónico, como así sucede con el e-mail, el SMS⁶¹, el teléfono⁶², fax o a través, incluso, de las redes sociales, dado su uso generalizado en la vida ordinaria.

Es cierto que, *a priori*, el tenor literal del art. 19 Reg. 2020/1784 no prohíbe la utilización de ningún medio electrónico. Lo único que exige es que sea admitido en el Estado del foro (disponibilidad). Dicho de otro modo, cabe pensar que a través de esta vía de notificación el legislador europeo está habilitando no solo la notificación a través del correo electrónico del destinatario, sino también a través de cualquier otro cauce electrónico, siempre que sea operativo en el Estado del foro⁶³. Y es que, pese a los esfuerzos y avances realizados por la UE en esta materia, la regulación de la notificación interna sigue siendo competencia de cada legislador nacional. En última instancia, es la normativa procesal de los diferentes Estados miembros la que determina qué medios electrónicos pueden emplearse en el espacio judicial europeo. Así pues, si consultamos las diferentes declaraciones realizadas por los distintos Estados miembros sobre la utilización de esta vía de notificación sobre su territorio, aunque no todos la han hecho⁶⁴, se evidencia que aquellos Estados que admiten la viabilidad de esta vía en su territorio –que no

⁶⁰ Véase M. DE ASÍS PULIDO, “La incidencia de las nuevas tecnologías en el derecho al debido proceso”, *Ius et Scientia*, Vol. 6, núm. 2, 2020, pp. 186-199, en esp. p. 189; R. CERNADA BADÍA, *La notificación judicial electrónica: garantía del derecho a la tutela judicial efectiva y retos que plantea a la administración de la Justicia en España*, Tesis doctoral, Valencia, 2016. Disponible en: <https://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/57638/TESIS%20DOCTORAL%20ROSA%20CERNADA%20BA-DIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

⁶¹ De hecho, este medio de notificación está siendo utilizado en la actualidad por los *Internet Courts* creados en China en 2017 y 2018 en las ciudades de Hangzhou, Beijing y Guangzhou. Al respecto, véase F. XUHUI, “Recent Development of Internet Courts in China”, *International Journal on Online Dispute Resolution*, Vol. 5, 1-2, 2018, pp. 49-55.

⁶² Como así sucede, por ejemplo, en Dinamarca. Al respecto, véase *Study on the service of documents. Final Report*, cit., p. 48.

⁶³ El actual texto no parece limitar la utilización de cualquier medio electrónico, a diferencia de lo que ocurría en la Propuesta de Reglamento. El art. 5 bis de esta Propuesta establecía que: “*Se podrá notificar o trasladar documentos judiciales directamente a las personas domiciliadas en otro Estado miembro mediante medios electrónicos a cuentas de usuario a las que pueda acceder el destinatario*”.

⁶⁴ Así sucede, por ejemplo, en Alemania (disponible en: https://e-justice.europa.eu/38580/ES/serving_documents_recast?germany&member=1), Chipre (disponible en: https://e-justice.europa.eu/38580/ES/serving_documents_recast?cyprus&member=1#a158), Lituania (disponible en: https://ejustice.europa.eu/38580/ES/serving_documents_recast?lithuania&member=1#a58), Países Bajos (disponible en: https://e-justice.europa.eu/38580/ES/serving_documents_recast?netherlands&clang=nl),

son todos⁶⁵— solo contemplan el uso del correo electrónico (permisibilidad). Como curiosidad hay que señalar que hay Estados que no admiten, en principio, la notificación o el traslado de un documento por correo electrónico en su territorio, pero que, sin embargo, sí lo aprueban a nivel transfronterizo, siempre que se observen una serie de condiciones, como así ocurre, por ejemplo, en Bélgica⁶⁶ y en Francia⁶⁷. Por el contrario, en otros Estados miembros, como así sucede en Eslovaquia, se admite la utilización del correo electrónico para la notificación de documentos judiciales, salvo de aquellos cuya entrega debe efectuarse en persona⁶⁸; mientras que, en otros, como así ocurre en Croacia, esta vía se admite como alternativa a los medios habituales de notificación⁶⁹. Mención especial merece la declaración realizada por el Gobierno español, puesto que sorprendentemente rechaza la operatividad de esta vía en nuestro territorio, si bien

Irlanda (disponible en: https://e-justice.europa.eu/38580/EN/serving_documents_recast?ireland&member=1#a_158) y Rumania (disponible en: https://e-justice.europa.eu/38580/EN/serving_documents_recast?romania&member=1).

⁶⁵ De hecho, ni Polonia (disponible en: https://e-justice.europa.eu/38580/ES/serving_documents_recast?POLAND&member=1#a_158), Suecia (disponible en: https://e-justice.europa.eu/38580/ES/serving_documents_recast?SWEDEN&member=1), Letonia (disponible en: https://e-justice.europa.eu/38580/ES/serving_documents_recast?LATVIA&member=1), Portugal (disponible en: https://e-justice.europa.eu/38580/ES/serving_documents_recast?PORTUGAL&member=1), Finlandia (disponible en: https://e-justice.europa.eu/38580/ES/serving_documents_recast?FINLAND&member=1), Luxemburgo (disponible en: https://e-justice.europa.eu/38580/ES/serving_documents_recast?LUXEMBOURG&member=1) y Malta (disponible en: <https://e-justice.europa.eu/contentPresentation.do?clang=mt&idCountry=MT&idTaxonomy=38580>) lo admiten.

⁶⁶ En concreto, señala que: debe poder identificarse de manera fiable a las partes de las comunicaciones electrónicas; garantizar la integridad de los documentos transmitidos, así como la seguridad y la confidencialidad de los intercambios, conservar las transmisiones realizadas, determinar con certeza la fecha de envío del documento y revestir de seguridad el consentimiento del destinatario a la notificación o el traslado electrónicos. Disponible en: https://e-justice.europa.eu/38580/ES/serving_documents_recast?BELGIUM&member=1).

⁶⁷ Establece que: “El medio utilizado debe garantizar la correcta identificación de las partes en la comunicación electrónica, la integridad de los documentos transmitidos, la seguridad y la confidencialidad de los intercambios y la conservación de los envíos efectuados y permitir determinar con certeza la fecha de envío y la fecha de puesta a disposición o de recepción por el destinatario. Para ser válidos, la notificación o el traslado deben mencionar el consentimiento del destinatario a la notificación o el traslado electrónicos, así como la fecha y la hora en que el destinatario del documento tuvo conocimiento de la notificación o el traslado”. Disponible en: https://e-justice.europa.eu/38580/ES/serving_documents_recast?FRANCE&member=1.

⁶⁸ Así, la Ley núm. 160/2015 del *Civilný sporový poriadok* (Código Civil procesal, en adelante, CSP) exige que se notifiquen o trasladen en persona los documentos siguientes: resoluciones por las que se autoriza la modificación de la demanda si las partes interesadas no estuvieron presentes en la vista en la que se propuso la modificación (art. 142.2° CSP); demandas con anexos, siempre que el órgano jurisdiccional no las haya inadmitido a trámite ni haya decidido terminar el proceso (art. 167.1° CSP); escritos de contestación, siempre que el demandado no reconozca la totalidad de las pretensiones (art. 167.3° CSP); contestaciones a la reconvencción del demandado (art.167.4° CSP); citaciones a la audiencia previa (art. 169.2° CSP); sentencias (art. 223.1° CSP); requerimientos de pago (art. 266.1° CSP); escritos de oposición a los requerimientos de pago, que se trasladan al demandante (art. 267.5° CSP); resoluciones contempladas en el art. 273 c) del CSP, que requieren a la parte demandada responder a la demanda por escrito en el plazo señalado y exponer en dicho escrito los elementos esenciales de su defensa, aportar las pruebas documentales en las que se basa y proponer la práctica de pruebas para fundamentar sus pretensiones, tal como se establece en el art. 273, letra a), del CSP. Por su parte, también Ley núm. 161/2015 *Civilný mimosporový poriadok* (Ley de jurisdicción civil voluntaria, en adelante, CMP) exige que se notifiquen o trasladen en persona los documentos siguientes: resoluciones de incoación, que se notifican o trasladan a las partes si el expediente se ha incoado de oficio (art. 27 CMP); resoluciones de incoación modificadas si las partes no estuvieron presentes en la audiencia en la que se realizó dicha modificación (art. 28 CMP); resoluciones en las que se resuelva sobre el fondo del asunto (art. 45 CMP); resoluciones en expedientes de restitución de un menor en caso de sustracción o retención no autorizada, en los que se exija a la persona inculpidora según el demandante que presente una declaración escrita al respecto (art. 131.2° CMP); notificaciones e instrucciones en expedientes sucesorios dirigidas a las personas a las que quepa presumir razonablemente que son los herederos en relación con sus derechos sucesorios y la posibilidad de repudiar la herencia, siempre que el órgano jurisdiccional no realizado la notificación e impartido las instrucciones verbalmente y estén consignadas, por tanto, en autos (art. 189. 2° CMP); notificaciones relativas a una solicitud de entrega de un bien en un procedimiento de oposición a la entrega de un bien depositado ante notario a efectos del cumplimiento de una obligación en los supuestos contemplados en el [art. 335 a) o b)], o si el depositante ha solicitado que se entregue el bien depositado a él o a otra persona distinta (art. 340 CMP); notificaciones para formular oposición en el procedimiento de confirmación de la usucapión, enviadas a la persona que, en el momento en que se inicie el expediente de jurisdicción voluntaria, aparezca en la escritura como titular del derecho de propiedad o de otros derechos reales sobre el bien objeto del expediente [art. 359 g) CMP]. Disponible en: https://e-justice.europa.eu/38580/ES/serving_documents_recast?SLOVAKIA&member=1.

⁶⁹ En este país, los documentos deben notificarse o trasladarse por correo o a través de un funcionario o agente judicial autorizado, un organismo administrativo competente, un notario o directamente por parte del órgano jurisdiccional, admite que, como alternativa, se pueda hacer por correo electrónico. Disponible en: https://e-justice.europa.eu/38580/ES/serving_documents_recast?CROATIA&member=1#a_158.

es cierto que en el art. 23 del Real Decreto 1065/2015 se admite la operatividad de esta forma de notificación a nivel interno⁷⁰. Y, de hecho, su regulación mucho menos garantista que la que ofrece legislación europea, por cuanto exige que en el momento del acceso al contenido de la comunicación electrónica se genere automáticamente y de forma independiente a la voluntad del ciudadano un acuse de recibo acreditativo del día y hora de la remisión del acto de comunicación y de la recepción íntegra de su contenido y de los documentos adjuntos. Esto es, admite que se genere de forma modalidad automática de acuse de recibo, lo que puede situar al destinatario en una situación de indefensión material⁷¹.

En suma, cuando va dicho corrobora que no todo cauce electrónico es apto para la notificación y el traslado transfronterizo de documentos judiciales en el espacio judicial europeo. De hecho, el único cauce que, actualmente, es admitido por los Estados miembros es el correo electrónico, y, como hemos tenido ocasión de analizar, ni siquiera lo es en todos los Estados.

A nuestro juicio, no todo medio electrónico es apto para servir de soporte a esta vía de notificación, puesto que no todos los medios electrónicos se ajustan a las exigencias básicas que han de cumplir estas herramientas para asegurar la autenticidad de la comunicación y de su contenido, la integridad de lo enviado, y no todos son compatibles con el derecho a la tutela judicial efectiva, tal y como ha tenido oportunidad de señalar el propio Tribunal Constitucional –en adelante, TC –español (*ad. ex.* en Sents. del TC 6/2019, de 17 de enero⁷²; 97/2012, de 7 de mayo⁷³ y 94/2005, de 18 de abril⁷⁴). A la luz de lo cual, cabe señalar que no procede notificar a otro Estado miembro a través de ningún medio electrónico que no sea el correo electrónico. Por tanto, tampoco procede hacerlo a través de las redes sociales, en tanto en cuanto no mejoren los sistemas para acreditar la fehaciencia de la comunicación realizada a través de las mismas⁷⁵.

21. b' Dirección conocida del destinatario: Es evidente que para notificar un documento a través de esta vía se precisa que la dirección –entendemos que de correo electrónico– del destinatario sea conocida. La cuestión está en saber quién debe proporcionar dicha dirección, ¿debe hacerlo el demandante en el escrito de demanda? A tenor de lo dispuesto en el art. 19 Reg. 2020/1784, cabe entender que es el propio destinatario quién debe proporcionar dicho dato, puesto que la utilización de medios electrónicos a efectos de notificar o trasladar documentos en el transcurso del procedimiento judicial está condicionada a la existencia de un consentimiento previo –sea expreso o general– del destinatario. A raíz de lo cual, podemos concluir que deberá ser este quien proporcione a la autoridad competente la dirección del correo electrónico donde realizar la notificación.

22. c' Consentimiento previo del destinatario del documento: Como hemos avanzado, para que el destinatario pueda recibir la notificación por medios electrónicos se requiere de la existencia de un consentimiento previo y expreso por parte del destinatario. Ahora bien, dicho consentimiento, a tenor de lo establecido en el art. 19 Reg. 2020/1784, puede ser prestado de dos modos distintos, bien de forma general para notificar o trasladar documentos en el transcurso de los diferentes procedimientos judiciales que pueden llegar a existir [art. 19.1 a)°], en cuyo caso se exigen que los documentos se envíen y se reciban por medios electrónicos mediante servicios cualificados de entrega electrónica certificada en el sentido de lo dispuesto en el Reglamento e-IDAS, o bien puede prestarse respecto de un procedimiento en concreto sin utilizar servicios cualificados de entrega electrónica certificada en el sentido de dicho Reglamento, siempre que se reciba la prueba de la recepción del documento por parte del destinatario. A tal fin, el destinatario debe confirmar la recepción del documento firmando y enviando a vuelta de correo un acuse de recibo o enviando a vuelta de correo un correo electrónico a partir de la dirección de correo electrónico proporcionada por el destinatario para la notificación o el traslado. El acuse de

⁷⁰ BOE 287, de 1 diciembre 2015.

⁷¹ AA.VV., *Guía Justicia Digital. Guía para el diálogo sobre el diseño y uso eficiente, de calidad y ético de herramientas tecnológicas en la justicia civil*, 2022, p. 39. Disponible en: <https://hdl.handle.net/10481/76835>.

⁷² BOE 39, de 14 febrero 2019.

⁷³ BOE 134, de 5 junio 2012.

⁷⁴ BOE 120, de 20 mayo 2005.

⁷⁵ M.^aL. VILLAMARÍN LÓPEZ, “Influencia de los estándares...”, *loc.cit.*, en *op.cit.*, pp. 213-214.

recibo también puede firmarse electrónicamente (considerando 33 Reg. 2020/1784). Se da cobertura así a las diferentes prácticas existentes entre los distintos Estados miembros de la UE. No obstante, en el último supuesto, y con el fin de garantizar la seguridad de la transmisión, los Estados miembros pueden comunicar a la Comisión condiciones adicionales en las que acepten la notificación por esta vía, si es que en sus ordenamientos establecen condiciones más estrictas al respecto. Dichas condiciones pueden referirse a cuestiones como la identificación del emisor y el receptor, la integridad de los documentos enviados y la protección de la transmisión de interferencias externas (considerando 33 Reg. 2020/1784).

Aunque el propósito del legislador europeo al contemplar esta novedosa vía de notificación resulta más que loable, ello no impide que sea objeto de críticas, puesto que este no ha prestado una atención especial ni establecido cautelas específicas orientadas a informar al destinatario de las consecuencias que pueden derivarse al prestar su consentimiento. El destinatario debe de ser consciente de que al prestarlo está habilitando una forma de notificación, que puede afectar, como veremos, a su derecho a una tutela judicial efectiva. A nuestro juicio, deberían de haberse concretado las garantías que han de acompañar la prestación del consentimiento, a fin de asegurar que este fuera fruto de una decisión informada y advertida. Es más, el destinatario debería de ser advertido en un idioma comprensible para este de las consecuencias que puede reportarle prestar su consentimiento. *De lege ferenda* debería haber exigido que esta clase de consentimiento se prestara en el propio entorno de Internet, y no fuera en forma *off-line*. Lo más recomendable sería la utilización del método de aceptación denominado *click-wrap agreement* con el que se hace posible marcar una casilla especial tendente a garantizar que el interesado ha leído la información⁷⁶. De hecho, el consentimiento inicial prestado no debería de excluir la necesidad de informar al interesado en todas aquellas ocasiones en las que se recurra a esta vía de notificación.

23. d' Garantías de autenticación: Por último, la operatividad de esta vía de notificación en el espacio judicial europeo está sometida al cumplimiento de ciertas garantías o salvaguardias destinadas a la protección del destinatario. Como garantía genérica, se exige, que la comunicación sea auténtica. Dicha garantía atiende no solo a los sujetos (garantías subjetivas), sino también al contenido de lo comunicado (garantías objetivas). Las primeras se refieren a la necesidad de identificar tanto al remitente como al destinatario. La exigencia de autenticar a los participantes en el proceso de notificación constituye uno de los aspectos de mayor relevancia a la hora de garantizar la seguridad en el desarrollo de la relación electrónica entre ciudadanos y la Administración de Justicia. Las segundas afectan el acto de comunicación (constancia fehaciente de la transmisión y la recepción) y al contenido de lo comunicado (integridad). La constancia fehaciente de la recepción por parte del destinatario y de su fecha, así como de su contenido deviene esencial para la viabilidad de las comunicaciones electrónicas. Por ello, y para generar la confianza en el sistema, resulta fundamental que la digitalización de la notificación conlleve el uso de sistemas de autenticación seguros⁷⁷. A tales efectos, el art. 19. 1º a) exige que este cauce quede sujeto al marco jurídico general del Reglamento e-IDAS. La aplicación de este Reglamento presupone la integridad de los documentos enviados y recibidos a través de él, y exactos los datos relativos a la identidad del transmisor y del receptor, así como la fecha y hora del envío y de la recepción. Lo que resulta más acorde y sensible con las necesidades de la gestión de la identidad. No obstante, tal exigencia se relaja cuando el destinatario presta su consentimiento para un procedimiento específico, puesto que, en tales casos, y según lo establecido en el art. 19. 1º b) Reg. 2020/1784, se prescinde de los servicios cualificados de entrega electrónica certificada⁷⁸. En su lugar, se exige que el destinatario expida el correspondiente acuse de recibo en el que conste la fecha de la recepción efectiva de la notificación. Además, y como hemos apuntado, los Estados miembros pueden comunicar a la Comisión la necesidad de cumplir con condiciones adicionales. La mayor parte de los países que admiten esta vía de notificación, como

⁷⁶ AA.VV., *Guía Justicia Digital...*, *op.cit.*, p. 40.

⁷⁷ Véase el documento Modernización de los sistemas judiciales en la UE. Preguntas y respuestas. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/eS/qanda_20_2247.

⁷⁸ F. ALBA CLADERA, "*Algunas consideraciones sobre...*", *loc.cit.*, p. 16.

así sucede con Hungría⁷⁹, Grecia⁸⁰, Austria⁸¹, Eslovenia⁸², Bulgaria⁸³ y Dinamarca⁸⁴, no exigen el cumplimiento de ninguna otra condición. Si lo han hecho, por su parte, Chequia⁸⁵, Eslovaquia y Estonia⁸⁶.

B) La notificación electrónica directa y su compatibilidad con el derecho a la tutela judicial efectiva

24. La posibilidad de notificar al demandado directamente por vía electrónica debe ser bien recibida porque, como hemos analizado, reduce costes e imprime celeridad en los procesos transfronterizos. Sin embargo, la eficiencia no debe conseguirse de cualquier manera ni a cualquier precio. Hay que encontrar la fórmula para que los beneficios que reporta el empleo de las nuevas tecnologías no lastren los derechos y garantías del destinatario. Cabe plantearse, por tanto, si la notificación electrónica cumple con las más elementales exigencias de Justicia. No hay que olvidar que garantizar el conocimiento de las notificaciones judiciales integra el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva (arts. 6. 1º CEDH y 47 CEDF). Queda por dilucidar, pues, si esta vía de notificación resulta compatible o no con el derecho a la tutela judicial efectiva.

25. A la luz de la jurisprudencia del TEDH, es inconcuso que el empleo de la notificación electrónica en actuaciones procesales es compatible con los derechos fundamentales, según la Sent. dictada por dicho Tribunal el 16 de febrero de 2021 en el asunto *Stichting Landgoed Steenberghe y otros vs. Países Bajos* (Demanda núm. 19732/17⁸⁷). Para el TEDH, es posible establecer un sistema de publicación únicamente por medios electrónicos, siempre que este sea accesible⁸⁸ y exista un equilibrio entre los intereses en presencia⁸⁹. De hecho, el propio Tribunal en la Sent. dictada el 21 de mayo de 2015 consideró

⁷⁹ Disponible en: https://e-justice.europa.eu/38580/ES/serving_documents_recast?HUNGARY&member=1.

⁸⁰ Disponible en: https://e-justice.europa.eu/38580/ES/serving_documents_recast?GREECE&member=1.

⁸¹ Disponible en: https://e-justice.europa.eu/38580/ES/serving_documents_recast?AUSTRIA&member=1.

⁸² Disponible en: https://e-justice.europa.eu/38580/ES/serving_documents_recast?SLOVENIA&member=1.

⁸³ Disponible en: https://e-justice.europa.eu/38580/ES/serving_documents_recast?BULGARIA&clang=bg.

⁸⁴ Disponible en: <https://www.deepl.com/translator#da/es/Der%20stilles%20ikke%20yderligere%20betingelser>.

⁸⁵ Según este: “los certificados de notificación o traslado de documentos enviados por correo electrónico deben estar firmados electrónicamente con un certificado cualificado de firma electrónica o con una firma electrónica cualificada”. Disponible en: https://ejustice.europa.eu/38580/ES/serving_documents_recast?CZECH_REPUBLIC&member=

⁸⁶ Conforme a lo establecido en el Derecho estonio: “Se considera que un escrito procesal ha sido notificado o trasladado al destinatario por correo electrónico si este confirma la recepción de este. Tal confirmación debe indicar la fecha de recepción del documento y llevar la firma del destinatario o de su representante. La confirmación en formato electrónico debe llevar la firma digital del remitente o ser transmitida de otra manera segura que permita la identificación de este e indique cuándo se envió, a menos que el órgano jurisdiccional no tenga motivos para dudar de que la confirmación sin firma digital ha sido enviada por el destinatario o por su representante. La confirmación en formato electrónico se puede enviar al órgano jurisdiccional por correo electrónico si la dirección de correo electrónico del destinatario es conocida por el órgano jurisdiccional y si cabe suponer que ninguna persona no autorizada tiene acceso a la misma, y también si el órgano jurisdiccional ya ha transmitido documentos a dicha dirección de correo electrónico en el marco del mismo caso o si la parte ha proporcionado su dirección de correo electrónico al órgano jurisdiccional de forma independiente. La confirmación debe enviarse al órgano jurisdiccional sin dilación. Los órganos jurisdiccionales pueden sancionar a una parte o a su representante si incumplen esta obligación”. Disponible en: https://e-justice.europa.eu/38580/ES/serving_documents_recast?ESTONIA&member=1.

⁸⁷ Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-208278%22%5D%7D>. En este caso, los recurrentes, propietarios de un centro de estudios cercano a una pista de motocross alegaban no haberse enterado de la exposición al público de un proyecto de ampliación de este porque se había publicado únicamente por medios electrónicos, según lo establecido en una Ordenanza, por lo que no pudieron interponer el oportuno recurso y les impidió, posteriormente, acceder a la vía jurisdiccional. Presentaron el oportuno recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) alegando la vulneración del art. 6.1º del CEDH.

⁸⁸ En concreto, el TEDH se basó en el alto índice de penetración de Internet que existe en los Países Bajos y en la inexistencia de indicios de que los demandantes no tuvieran accesibilidad debido, por ejemplo, a la falta de un ordenador o de acceso a Internet o al analfabetismo informático (§ 52).

⁸⁹ Según el § 47 de esta Sentencia: “si bien no le corresponde al Tribunal determinar la forma en que deben publicarse las notificaciones del tipo de que se trata, de los principios antes mencionados se desprende que cuando se interpone un recurso contra una decisión de una autoridad administrativa que puede ser perjudicial de terceros directamente afectados, es necesario que exista un sistema que permita a esas partes tomar conocimiento de dicha decisión en el momento oportuno. Esto requiere que la decisión, o la información relevante al respecto, esté disponible de una manera predeterminada y publicitada

que se había vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de una persona por la falta de accesibilidad electrónica de esta (Demanda núm. 53723/13⁹⁰).

En suma, para valorar la compatibilidad de este mecanismo de notificación con el derecho a una tutela judicial efectiva habrá que tener en cuenta la accesibilidad y la disponibilidad de los medios electrónicos. Mayores dudas existen a la hora de valorar la conformidad de la notificación electrónica directa con dicho derecho, puesto que su práctica puede incrementar las situaciones de indefensión, especialmente en el caso de los colectivos más vulnerables afectados por la brecha digital⁹¹.

26. *A priori*, cabe afirmar que el consentimiento del destinatario (sea ofrecido de forma general o particular) que se exige para la operatividad de esta vía constituye una muy buena fuente de legitimación y, por tanto, de su compatibilidad con las más elementales exigencias de Justicia, puesto que obliga a los ciudadanos a disponer de los equipos técnicos necesarios para asignar el deber de diligencia al que compromete este tipo de notificación. Partiendo de esta premisa cabe concluir, pues, que las dos opciones previstas en el art. 19 Reg. 2020/1784 no son contrarias en sí al derecho a la tutela judicial efectiva. Sin embargo, en la práctica la segunda opción, es decir, la que exige un consentimiento concreto y particularizado, muestra mayor eficacia para excluir situaciones materiales de indefensión. Existe, pues, un mayor riesgo de que el destinatario sufra indefensión en los casos en los que el destinatario presta su consentimiento de forma general. Por una parte, porque, en tales casos, puede ser sumamente elevada la diligencia que se le exige a este, dado que le obliga, de manera encubierta y en forma perpetua, a consultar su buzón de correo electrónico con asiduidad. Y, por otra, porque no hay que olvidar los diversos fallos de funcionamiento que en la práctica ocurren con el correo electrónico, siendo frecuente los casos en los que los correos electrónicos no llegan, o lo hacen a una carpeta SPAM que no siempre es revisada por el usuario⁹².

27. A nuestro juicio, lo que resulta innegable es la incompatibilidad de esta vía con el derecho a una tutela judicial efectiva para la práctica de la notificación del primer acto de comunicación dirigido al demandado. En tales casos, la afectación del derecho a la tutela judicial efectiva es máxima, en particular, si el demandado no tiene conocimiento del inicio del proceso, dado que le impide ejercitar de forma efectiva dicho derecho. El carácter decisivo que posee el primer emplazamiento constituye un argumento de primer orden para excluir la notificación electrónica en esta clase de comunicaciones, como así sucede en el derecho español (art. 155.4º LEC⁹³)⁹⁴. De hecho, incluso en procedimientos que han sido concebidos para tener lugar por completo en línea, como el *Online Civil Money Claim* creado en Reino Unido⁹⁵, la demanda que es presentada online ante el *Online Civil Money Claim* es siempre

que sea fácilmente accesible para todos los terceros potencialmente afectados directamente. Siempre que existan suficientes salvaguardias para lograr dicha accesibilidad, en principio entra dentro del margen de apreciación del Estado optar por un sistema de publicación únicamente por medios electrónicos (...).

⁹⁰ Asunto *Zavodnik v. Eslovenia*. Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/spa#%7B%22fulltext%22:%5B%2253723/13%22%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-154537%22%5D%7D>.

⁹¹ F. ESTEBAN DE LA ROSA, “Obligaciones, derechos y garantías frente a las brechas digitales en la vertebración de la justicia en línea”, en *Nuevos retos en materia de derechos digitales en un contexto de pandemia: perspectiva multidisciplinar*, J.F. RODRÍGUEZ AYUSO (Coord.), Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2022, pp. 447-448.

⁹² En España, la Sentencia 47/2019 del Tribunal Constitucional, de 8 de abril de 2019 (*BOE* 116, 15 de mayo 2019), dispuso que: “realizar por correo electrónico la primera notificación a la empresa demandada en un procedimiento laboral iniciado por una trabajadora, dando traslado de la demanda y del señalamiento del acto de conciliación y juicio, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que la citación debió hacerse por correo certificado con acuse de recibo”.

⁹³ No obstante, en el Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia se ha introduce la posibilidad de llevar a cabo el primer emplazamiento vía electrónica, siempre que el interesado sea un sujeto obligado, bien legal o contractualmente, al uso de dichos medios en el ámbito de la Administración de Justicia. Para una valoración de la notificación electrónica en el sistema procesal español, véase M. MARTÍN GONZÁLEZ, “La definitiva tecnificación de las comunicaciones judiciales dirigidas al justiciable”, en *Digitalización de la Justicia: Prevención, Investigación y enjuiciamiento*, M. LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, S. CALAZA LÓPEZ (Dir.), Pamplona, Thomson Reuters. Aranzadi, Pamplona, 2022, pp. 446-447.

⁹⁴ N. MARCHAL ESCALONA, “El nuevo marco europeo...”, *loc.cit.*, pp. 155-179.

⁹⁵ El modelo seguido no es el de un juzgado online *per se*. Se trata más bien un proceso judicial online cuya fase inicial está centralizada, pudiendo continuar con el apoyo de los juzgados de condado (*county courts*). El juzgado online ofrece una oportunidad única para la centralización de jueces y de personal administrativo, lo que permite fomentar la especialización y

notificada al demandado por correo postal certificado⁹⁶. Por ello, consideramos que facultar, como así lo hace el Reg. 2020/1784, la transmisión del primer emplazamiento por vía electrónica puede vulnerar el derecho a la tutela judicial.

28. En conclusión, no consideramos que sea compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva transmitir el primer emplazamiento por vía electrónica⁹⁷. A nuestro modo de ver, el legislador europeo debería de haber excluido la utilización de esta vía para el primer emplazamiento, o bien haberla permitido, pero con las correspondientes cautelas. A tales efectos, podría haber previsto la operatividad de un sistema dual de notificación de este tipo de documentos, es decir, podría haberse previsto la utilización de esta vía junto a otras vías de transmisión (correo, directa, etc.), o bien haberla admitido pero solo para el envío de avisos que contuvieran la página web o el enlace donde el destinatario encontrare a su disposición la notificación y la documentación para su consulta mediante la oportuna autenticación o firma correspondiente. Esto es, podría haberse contemplado el empleo de la notificación electrónica del primer emplazamiento, pero solo como medio para el envío de avisos en los que se informara al destinatario de la puesta a su disposición de la notificación. Los avisos se caracterizan porque, por su naturaleza, no persiguen dejar constancia de su recepción por el destinatario⁹⁸. Su legitimidad no se vería afectado por la falta de recepción del aviso motivado por problemas técnicos, dado que su funcionalidad se limita a ofrecer información relativa al órgano jurisdiccional que realiza la comunicación y los datos relevantes para la identificación del asunto.

C) La notificación electrónica a través del punto de acceso electrónico europeo

29. El propósito de la Propuesta de Reglamento es digitalizar la cooperación judicial. En aras a lograr este ambicioso objetivo contempla que cualquier comunicación escrita entre las autoridades que

las economías de escala. Un juez de distrito no se verá en la necesidad de resolver todo tipo de conflictos civiles que surgen en su partido judicial, que puede cubrir todo el territorio nacional, pudiendo especializarse en temas específicos (v. gr: temas de propiedad intelectual o contratos de consumo) y emitir decisiones con menor necesidad de pruebas periciales y de manera más rápida y consistente. La propia web auxilia al demandante y al demandado a la hora de completar, respectivamente, la demanda y la contestación a la demanda. La interfaz obliga a las partes a cumplimentar diferentes casillas de una manera similar a como se plantea una reclamación online en la sección de atención al cliente de muchas empresas. La web permite a las partes pulsar sobre enlaces asociados para obtener información sobre el contenido que se debe incluir en cada casilla. Si el usuario intenta enviar una demanda incompleta, la web le impide finalizar dicha acción y alerta al usuario de las secciones o casillas cuya información quedó incompleta a fin de asegurarse de que la demanda (o la contestación a la demanda) haya sido completada. La web requiere que el reclamante describa en la demanda los remedios que pide y las pruebas documentales de que dispone en apoyo de su pretensión. Sobre su funcionamiento, véase. *Practice Direction 51R Online Civil Money Claims Pilot*. Disponible en: <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/practice-direction-51r-online-court-pilot>.

⁹⁶ P. CORTÉS, “El acceso a la justicia del consumidor inglés a través de las comunicaciones electrónicas”, en *Justicia Digital Mercado y Resolución de Litigios de Consumo. Innovación en el diseño del Acceso a la Justicia*, F. ESTEBAN DE LA ROSA (Dir.), Pamplona, Thomson Reuters. Aranzadi, 2019, pp. 89-117, en esp. p. 97.

⁹⁷ En sentido contrario y primando la notificación electrónica en todos casos, véase V. PERÉZ DAUDI, “La justicia civil ante el reto de las TIC”, en *La justicia digital en España y la Unión Europea*, J. CONDE FUENTES, G. SERRANO HOYO (Dir.), Atelier, Barcelona, 2019, pp. 95-97.

⁹⁸ Así, lo consideró el Tribunal Constitucional en la Sent. dictada el 17 de enero de 2019 (BOE núm. 39, de 14 febrero 2019). En dicho supuesto, el órgano jurisdiccional omitió la realización de un aviso y ello provocó la falta de consulta de un acto de comunicación por un graduado social. La decisión del TC desestimó la cuestión de inconstitucionalidad indicando que: “el aviso no queda configurado como un acto de comunicación, sino solo como una información que se provee acerca de la puesta a su disposición de un acto de comunicación”, por lo que la falta de práctica del aviso no impide que la notificación sea considerada plenamente válida a pesar de que el órgano jurisdiccional haya incumplido con la obligación establecida de remitir el aviso. En su voto particular el magistrado Juan Antonio Xiol Ríos mantuvo que si el sistema jurídico permite a la parte procesal identificar ante los órganos judiciales un medio electrónico, entre ellos el correo electrónico, con el objeto de ser informada o avisada de la puesta a su disposición de un acto de comunicación, y luego se señala que “la oficina judicial enviará el referido aviso”, resulta irrazonable que la falta de envío pueda quedar asociada con la validez del acto de comunicación del que no se ha tenido conocimiento debido a la falta del aviso. Un comentario de esta decisión puede verse en L. MORENO GARCÍA, “Las notificaciones procesales por medios electrónicos a la luz de la reciente doctrina Constitucional”, en *La Justicia digital en España y en la Unión Europea*, J. CONDE FUENTES, G. SERRANO HOYO (Dir.), Atelier, Barcelona, 2019, pp. 61-70.

participen en procedimientos de cooperación judicial civil se realice electrónicamente. Su aplicación, sin embargo, no obstará la del Reg. 1784/2020 (considerando 9). De hecho, esta última iniciativa legislativa viene a apuntalar el régimen jurídico de la notificación electrónica en el espacio judicial europeo. A tales efectos, el art. 22 quater de dicha Propuesta inserta un nuevo artículo, el art. 19 bis, en el Reg. 1784/2020⁹⁹. A tenor de este precepto:

“1) Se podrán notificar o trasladar documentos judiciales directamente a las personas con dirección conocida de traslado o notificación en otro Estado miembro mediante el punto de acceso electrónico europeo establecido en virtud del art. 4.1º del Reglamento sobre digitalización, siempre que el destinatario haya dado previamente su consentimiento expreso a la utilización de este medio a efectos de notificación y traslado de documentos en el transcurso del procedimiento judicial. 2) El destinatario confirmará la recepción de los documentos con un acuse de recibo en el que conste la fecha de recepción. La fecha de notificación y traslado de los documentos será la indicada en el acuse de recibo”.

30. Con el fin de reforzar la cooperación judicial y el acceso a la justicia, la legislación europea en proyecto pretende establecer un punto de acceso electrónico europeo, como parte del sistema informático descentralizado, a través del cual las personas físicas y jurídicas puedan recibir notificaciones de documentos judiciales procedentes de otros Estados miembros. Este sistema constituye el más utilizado por las administraciones de justicia con desarrollos más avanzados en el proceso de digitalización de la Justicia. Entre los países que cuenta con esta clase de infraestructura se encuentran Estonia (sistema KIS2¹⁰⁰), Países Bajos (sistema eNCC¹⁰¹) y España (Lex-Net)¹⁰².

Este precepto habilita una nueva forma de notificación electrónica a través del punto de acceso electrónico europeo. La notificación será transmitida a través de un portal accesible a las personas físicas y jurídicas o a sus representantes en la UE, conectado a un punto de acceso interoperable en el contexto del sistema informático descentralizado que se creará en el Portal Europeo de e-Justicia. Este punto de acceso electrónico europeo servirá de ventanilla única para la información y los servicios judiciales en la UE. Es evidente que dicho método de notificación no solo permitirá la acreditación de la identidad del remitente y destinatario, sino también la protección de sus datos personales.

Las ventajas que ofrece la utilización de este sistema de notificación entre Estados miembros de la UE son, por tanto, evidentes, al permitir identificar al usuario, dejar constancia de la práctica de la notificación y de su integridad. Además, constituye un método accesible de notificación, puesto que dicho portal podría serlo a través de toda clase de dispositivo lo que, sin duda alguna, contribuye a aproximar la justicia al ciudadano y a mejorar su acceso.

31. Esta nueva modalidad de notificación proyectada solo podrá ser utilizada para transmitir documentos judiciales a otro Estado miembro, siempre que el destinatario cuente con una dirección conocida y haya prestado su consentimiento de forma expresa. No obstante, como hemos advertido, la mejor salvaguardia de la tutela judicial efectiva hubiera requerido prestar por parte del legislador europeo una mayor atención al régimen aplicable a la prestación del consentimiento.

Con todo, se trata de una vía de comunicación a través de la cual no se podrá notificar cualquier escrito o acto procesal. De hecho, los escritos que inicien procedimientos judiciales no podrán notificarse a través de este portal, puesto que, según consta en el tenor literal del precepto, dicha vía solo podrá ser utilizada cuando el destinatario preste su consentimiento en el transcurso de un procedimiento judicial. Una limitación que se revela, a nuestro juicio, indicada para evitar supuestos materiales de indefensión. Cabe mantener, pues, que la legislación europea en proyecto resulta totalmente compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva.

⁹⁹ Este precepto se aplicará a partir del primer día del mes siguiente al período de tres años después de la entrada en vigor de los actos de ejecución a que se refiere el art. 12.3º del presente Reglamento.

¹⁰⁰ Disponible en: <https://www.rik.ee/en/international/court-information-system>.

¹⁰¹ Disponible en: <https://www.rechtspraak.nl/English/NCC/Pages/eNCC.aspx>.

¹⁰² Disponible en: <https://lexnetjusticia.gob.es>.

32. Además, en la normativa proyectada existe una relajación de las garantías al prescindir del recurso a servicios cualificados de entrega electrónica certificada al amparo del Reglamento e-IDAS. Lo único que se exige es la confirmación de la recepción por parte del destinatario. Dicha obligación debe ser valorada de forma positiva¹⁰³. Esta exigencia se revela esencial para generar confianza en la utilización de esta vía de notificación y evidencia la adecuación de esta vía con el derecho a un proceso en el que no se produzca indefensión, en la medida en que no admite la obtención de confirmaciones obligatorias de entrega y de lectura, a pesar de que la tecnología pueda brindar esta posibilidad, como así sucede en el derecho español en el art. 23 del Real Decreto 1065/2015¹⁰⁴.

33. A lo anterior cabe añadir que, para mejorar la comunicación electrónica transfronteriza y la transmisión de documentos por medio del punto de acceso electrónico europeo, la Propuesta de Reglamento dispone que no se denegarán efectos jurídicos a los documentos transmitidos por esta vía, ni se considerarán inadmisibles en procesos judiciales por el mero hecho de estar en forma electrónica. Ello, sin perjuicio, de la valoración de los efectos jurídicos de dichos documentos o de su admisibilidad, que podrían constituir pruebas de conformidad con el Derecho interno.

IV. Los problemas de idioma en la notificación electrónica

1. El régimen lingüístico de la notificación electrónica en el nuevo Derecho Europeo

34. La necesidad de que la notificación sea traducida en el espacio judicial europeo se ha consolidado como elemento esencial del derecho a una tutela judicial efectiva. En los litigios transfronterizos, la cuestión lingüística puede constituir un obstáculo para informar al demandado y, por tanto, para que pueda ejercitar su defensa. En aras a evitar situaciones de indefensión, el Reglamento contempla el derecho del destinatario a negarse a aceptar un documento por cuestiones idiomáticas (arts. 8 Reg. 1393/2007 y 12 Reg. 2020/1784).

La configuración legal de este derecho en el nuevo Derecho europeo tiene mucho de herencia. En la línea de lo predecible, establece, por una parte, la obligación que tiene el organismo transmisor al que el requirente ha expedido el documento de comunicar al destinatario que puede negarse a aceptar el documento por no estar redactado o traducido en una de las lenguas estipuladas (art. 9). Y, por otra, sanciona el derecho que tiene el destinatario a rehusar la recepción de aquellos documentos que no estén redactados o traducidos en una lengua que el destinatario entienda, o la lengua oficial del Estado miembro requerido, o la lengua oficial o una de las lenguas oficiales del lugar en el que deba efectuarse la notificación o el traslado cuando existan varias lenguas oficiales en dicho Estado miembro (art. 12.1º del Reg. 2020/1784)¹⁰⁵.

Sin embargo, existen también diferencias que lo apartan de la regulación anterior e incorpora, además, novedades significativas. Así pues, mientras que el art. 8.1º del Reg. 1393/2007 contemplaba tanto el derecho del destinatario a rehusar el documento por motivos lingüísticos como la obligación legal de informar de su existencia; el Reg. 2020/1784 regula ambas cuestiones en diferentes apartados del mismo artículo 12. En el primero regula el derecho que asiste al destinatario a rehusar el documento (art. 12.1º), mientras que en el segundo contempla la obligación de información que tiene el organismo receptor sobre su existencia (art. 12.2º).

Por lo que se refiere a las novedades que el Reg. 2020/1784 incorpora, cabe destacar:

¹⁰³ La fecha de notificación y traslado de los documentos será la indicada en el acuse de recibo.

¹⁰⁴ Dicho precepto establece que: “*en el momento del acceso al contenido de la comunicación se generará automáticamente y de forma independiente a la voluntad del ciudadano un acuse de recibo acreditativo del día y hora de la remisión del acto de comunicación y de la recepción íntegra de su contenido y de los documentos adjuntos*”. Una exigencia que puede dar lugar a situaciones materiales de indefensión. Véase al respecto F. ESTEBAN DE LA ROSA, “Obligaciones, Derechos...”, *loc.cit. en op.cit.*, p. 450.

¹⁰⁵ Dicha traducción, según lo establecido en el considerando 25 del Reglamento, debe autenticarse o adecuarse como corresponda a las diligencias según el Derecho del Estado miembro de origen. La traducción debe ponerse a disposición del Estado miembro en el que vayan a realizarse la notificación o el traslado. La traducción de documentos a otra lengua para garantizar el cumplimiento del presente Reglamento se ha de entender sin perjuicio de que el destinatario pueda impugnar la exactitud de la traducción con arreglo al Derecho del Estado miembro del foro.

35. a' Limita la obligación de informar al destinatario sobre el derecho a rehusar un documento por motivos idiomáticos.

En el nuevo Derecho europeo dicha obligación existe solo cuando el documento no está redactado o traducido en la lengua oficial o una de las lenguas oficiales del Estado de destino. Por el contrario, en el Reg. 1393/2007 dicha obligación existía, también, cuando documento no estaba redactado o traducido en una lengua que el destinatario entendiera. Es cierto que admitir el ejercicio de este derecho cuando el documento es remitido en un idioma que el destinatario comprende o entiende constituye en un entorno como el actual, con una emigración tan dispar, una tarea compleja y difícil de verificar, al menos, *ab initio*. La limitación de esta obligación puede calificarse de sorprendente¹⁰⁶, sin embargo, a nuestro juicio, obedece al deseo del legislador europeo de limitar los abusos que pueden existir en este ámbito y, por tanto, de evitar dilaciones procesales innecesarias. El legislador europeo presume —*iuris et de iure*— que el domiciliado en un Estado miembro conoce la lengua oficial o una de las lenguas oficiales que existe en dicho Estado. De forma que, si la notificación es redactada o traducida a una de ellas no cabe ejercitar de dicho derecho y, por tanto, carece de sentido informar al destinatario. Por ello, resulta criticable e imprevisible que el Reg. 2020/1784 permita rechazar la notificación también cuando el documento no esté redactado o traducido en una lengua que el destinatario entienda, máxime si se tiene en cuenta que la obligación de información, como se ha visto, está limitada en estos supuestos. Si no se informa al destinatario de que tiene dicho derecho, es evidente que existan pocas posibilidades de saber que puede ejercitarlo.

Es indiscutible que limitar dicha obligación solo cuando el documento no está redactado o traducido a la/s lengua/s los del Estado requerido facilita el cumplimiento de dicho deber y minimiza las consecuencias del rechazo de los documentos por motivos lingüísticos. Cabe pensar que la persona que tiene un domicilio o dirección en el Estado requerido conoce la/s lengua/s oficial/es de este último. No obstante, puede darse el caso de que no sea así. Es cierto que remitir un documento en dicha/s lengua/s no garantiza de forma absoluta que el destinatario del documento conozca y comprenda el alcance de sus derechos. Somos conscientes de que conocer un idioma, no implica comprender la terminología jurídica, pero el legislador lo asume y lo tolera, porque sabe que el destinatario sí va a ser consciente de que existe un litigio contra él en otro Estado y de que debe buscar asesoría legal para defenderse. De hecho, la aplicación práctica de esta regla en nuestro país permitiría entregar documentos a un destinatario domiciliado en una comunidad autónoma con lengua vernácula indistintamente tanto en español como en esta última, sin que el destinatario pudiera formular objeción alguna, aunque se trate de un alemán afincado en una colonia de alemanes en Marbella.

36. b' Concreta el contenido y la lengua en la que debe ser cumplimentado el formulario en el que se informa al destinatario del derecho.

Según el art. 12.2º del Reg. 2020/1784, si el documento no está redactado en una de las lenguas a las que se refiere el apartado 1 b) de dicho precepto, o no va acompañado de una traducción, el organismo receptor informará al destinatario del derecho a rehusar el documento, adjuntando al documento que deba notificarse o trasladarse el formulario L del Anexo I. Dicho formulario podrá ser cumplimentado en dos o incluso tres versiones lingüísticas: la lengua oficial —o una de las lenguas oficiales— del Estado miembro de origen, la lengua oficial —o una de las lenguas oficiales— del Estado requerido y, en su caso, la de otro Estado miembro que el destinatario entienda¹⁰⁷. Además, si un Estado miembro traduce el formulario L del Anexo I a una lengua de un tercer país, el Reglamento le obliga a que informe de dicha traducción a la Comisión con el fin de que esté disponible en el Portal Europeo de e-Justicia (art. 12. 2º *in fine* Reg. 2020/1784).

A tenor de este precepto, la obligación de información deberá ser cumplida por el organismo receptor a través del formulario L. En él se informará al destinatario del derecho que tiene a negarse a recibir la notificación. Además, y a diferencia de lo establecido en el Reg. 1393/2007 (Anexo II del), dicho formulario advertirá también al destinatario de que, si se niega a aceptar el documento adjunto, pero

¹⁰⁶ M. AGUILERA MORALES, “El Reglamento...”, *loc.cit. en op.cit.*, p. 80.

¹⁰⁷ A tales efectos, los Estados miembros deben indicar la lengua o lenguas oficiales de la UE distintas de la suya o de las suyas que pueden aceptar.

el órgano o autoridad jurisdiccional que conoce del asunto decide que la negativa no estaba justificada, dicho órgano o autoridad podrá aplicar las consecuencias jurídicas previstas por el Derecho del Estado miembro del foro. Puede considerar como válida dicha notificación. No obstante, será, en última instancia, a *lex fori* la que determine las consecuencias que se derivan del ejercicio abusivo de dicho derecho.

37. c' Amplia el plazo y la forma para ejercitar el derecho.

A tenor del art. 12.3º del Reg. 2020/1784, el destinatario podrá negarse a aceptar la notificación o el traslado del documento, bien en el momento de la notificación, en un plazo de dos semanas a partir de la notificación, o bien mediante una declaración por escrito de negativa de aceptación. A tal fin, admite que la negativa se traslade bien a través del propio formulario L, donde debe especificar las lenguas que entiende, o bien a través de una declaración escrita por el propio destinatario.

El Reg. 2020/1784 amplía, pues, el plazo para ejercitar dicho derecho. Ya no es de una semana, como así establecía el art. 8 Reg. 1393/2007, sino de dos semanas. Además, admite el dicho derecho pueda ser ejercido a través de una simple declaración escrita por el propio destinatario, declaración que deberá firmar, según estipula en el propio formulario.

38. c' Obliga a informar al destinatario de la existencia de abuso en el ejercicio del derecho

Según el Reg. 2020/1784, cuando el organismo receptor reciba la información de que el destinatario se niega a aceptar la notificación o el traslado del documento, informará inmediatamente de ello al organismo transmisor por medio del certificado de cumplimiento o incumplimiento de los trámites de notificación o traslado utilizando el formulario K del anexo I (art. 12. 4º). La utilidad que tiene esta previsión es informar al juez que está conociendo del asunto de cuáles son las habilidades lingüísticas del destinatario, a efectos de que este proceda a su subsanación. Es cierto que cuando los documentos no están redactados o traducidos en el idioma del lugar de entrega se pueden generar situaciones de abuso. Es el precio que pagar por confiar en la buena fe del destinatario sobre los idiomas que entiende, y los que no. A tal fin, el considerando 26 del Reg. 2020/1784 establece que: “*cuando el destinatario se haya negado a aceptar un documento que le ha sido notificado o trasladado y el órgano o autoridad jurisdiccional que conozca del asunto decida, previa comprobación, que la negativa no estaba justificada, dicho órgano o autoridad jurisdiccional debe buscar una vía adecuada para informar al destinatario de dicha decisión con arreglo al Derecho nacional*”. Será, por tanto, la *lex fori* la que determine cómo se informará al destinatario. Dicha Ley será también, como hemos visto, quién determine las consecuencias del ejercicio abusivo del derecho. Dicha exigencia obligará, por tanto, a realizar las adaptaciones oportunas en la normativa de los diferentes Estados miembros, a fin de cumplir con dicho mandato.

39. d' Enumera los indicios que pueden barajarse para determinar si existe o no abuso en el ejercicio del derecho.

El art. 12 a) Reg. 2020/1784 permite ejercitar el derecho a rehusar documentos por cuestiones lingüísticas cuando el documento no se haya remitido al destinatario en un idioma que él comprenda. Saber cuál es dicho idioma puede resultar una tarea complicada. Por ello, debe saludarse de forma positiva que el Reglamento se esfuerce, aunque podría haber sido más decidido, en ofrecer una serie de indicios, como ya hiciera en su día el TJUE, a fin de determinar si la negativa a aceptar el documento está o no justificada. De este modo, mientras que el destinatario que reciba un acto redactado en un idioma sobre el que existe uno de estos indicios no aporte la prueba de su desconocimiento, no puede rechazarlos eficazmente, y el proceso puede continuar¹⁰⁸.

A tales efectos, el considerando 26 del Reglamento establece que el órgano o la autoridad jurisdiccional deben tener en cuenta toda la información pertinente que obre en autos, a fin de determinar los conocimientos lingüísticos del destinatario. Para facilitar su labor elabora una lista, no exhaustiva, de indicios para mecanizar y facilitar su razonamiento haciéndolo previsible. Así pues, a la hora de valorar los conocimientos lingüísticos del destinatario, el órgano o la autoridad jurisdiccional puede tener en cuenta, cuando proceda, elementos objetivos, por ejemplo documentos redactados por el destinatario en

¹⁰⁸ L.F. CARRILLO POZO, “La defensa de los derechos...”, *loc.cit.*, p. 427.

la lengua de que se trate, si la profesión del destinatario implica conocer una determinada lengua, si el destinatario es ciudadano del Estado miembro del foro o si el destinatario ha residido previamente en dicho Estado miembro durante un período largo de tiempo.

Parece razonable pensar que, si el destinatario ha redactado documentos en la lengua que se trate, como sucede cuando se redacta un contrato internacional, es porque conoce dicha lengua. Sorprende, no obstante, que el legislador catalogue dicho elemento de mero indicio de conocimiento. A nuestro modo de ver, debería constituir una presunción fuerte de conocimiento, como así sucede también con los pactos concluidos por las partes para realizar actos de comunicación en una determinada lengua, aunque el TJUE se pronunciara en la Sent. de 8 de mayo de 2008. As. C-14/07: “*Weis and Partner*”¹⁰⁹ en sentido contrario; pactos a los que de forma sorprendente el legislador no hace alusión alguna. Más descabellado es considerar que el destinatario conoce un idioma por ser nacional de dicho Estado. Compartimos la visión del legislador europeo cuando lo considera como un mero indicio. Más lógico es pensar que sí tiene el conocimiento de una lengua aquel que ha residido en el país en el que se habla dicha lengua por un período largo de tiempo. Tal elemento no debería ser considerado como un mero indicio, sino como una presunción fuerte de conocimiento. A la misma conclusión cabe llegar cuando el conocimiento de una determinada lengua deriva del ejercicio de una determinada profesión. Aquí la constatación del idioma resulta de lo que realmente y asiduamente se hace.

En resumen, a la vista de lo anterior, parece claro que el legislador podría haber avanzado más en el tema de las presunciones de conocimiento. Sin embargo, ha preferido dejar la cuestión en manos de los jueces nacionales. Con todo, se trata de un avance significativo, aunque incompleto, puesto que no trata los indicios que pueden manejarse para concretar los conocimientos lingüísticos exigibles a una persona jurídica, ¿la lengua del país de la nacionalidad, la de la constitución o la del país de la administración central?

40. Una vez analizadas las novedades que el legislador europeo incorpora en materia idiomática, importa advertir que tales previsiones son expresamente aplicables a la notificación electrónica *ex art.* 12.6º Reg. 2020/1784, aunque, como es evidente, con las adaptaciones oportunas.

Así pues, deberá ser la autoridad o la persona competente del traslado del documento directamente por medios electrónicos al destinatario quien deba, según el art. 12.1º Reg. 2020/1784, informar al destinatario del derecho de rehusar los documentos adjuntando para ello al documento que deba notificarse o trasladarse el formulario L. El destinatario podrá rechazar el documento en el plazo y en la forma establecida. No obstante, la duda está en saber si el destinatario del documento puede notificar su rechazo también por esta vía. Es decir, la cuestión está en saber si la vía electrónica sirve como medio de comunicación bidireccional entre la autoridad encargada de la notificación y el destinatario del documento, o bien es solo unidireccional (del organismo competente al destinatario)¹¹⁰. El legislador europeo guarda silencio al respecto. Es cierto que no existe dicha duda si el destinatario ejercita su derecho a través del formulario prestablecido, puesto que uno de los datos que aparece en el mismo es la dirección de correo electrónico donde puede remitir su rechazo. Las dudas pueden surgir, por el contrario, cuando el destinatario decide ejercitar dicho derecho remitiendo un escrito firmado por él mismo. A nuestro juicio, si la autoridad competente ha empleado esta vía de notificación, es debido a que dicho medio de notificación es admitido en su ordenamiento jurídico y, por tanto, si se permite la utilización de esta vía para el “camino de ida”, no debería de haber problema alguno en admitir que dicho medio sea también utilizado en el camino de “vuelta”.

2. ¿Quién debe asumir los gastos de traducción?

41. Es cierto que en los casos en los que se precisa la traducción del documento que se notifica al destinatario se plantea el problema de saber quién debe asumir los costes de la traducción. Dicha

¹⁰⁹ ECLI:EU:C:2008:264.

¹¹⁰ Para M. AGUILERA MORALES, esta es una cuestión que depende de lo establecido en los diferentes derechos procesales nacionales (*id.* “El Reglamento...”, *loc.cit. en op.cit.*, p.77).

cuestión surge también cuando se utilizan medios electrónicos. Es cierto que, en última instancia, esta es una cuestión que corresponde determinar a la autoridad judicial competente, según lo establecido en su ordenamiento. En particular, dependerá de cómo se configuren los gastos de traducción en dicho ordenamiento jurídico, es decir, si se consideran como costes privados o como gastos del proceso. Con todo, será el “requirente” quién, *a priori*, deberá abonar tales gastos (ex arts. 5 Reg. 1393/2007 y 9. 2º Reg. 2020/1784). Ahora bien, la cuestión que se plantea es saber quién ostenta dicha condición cuando es el órgano jurisdiccional el que ordena la transmisión de documentos judiciales a terceros –familiares de una de las partes implicadas– que han solicitado intervenir en el procedimiento, ¿es el órgano jurisdiccional del Estado miembro que decide la citación de los coadyuvantes, o bien la parte litigante en el proceso del que está conociendo ese órgano jurisdiccional?

42. Esta incógnita fue resuelta por el TJUE en la Sent. dictada en el caso *SR y EW*¹¹¹. El TJUE, una vez decidida la admisibilidad de dicha cuestión¹¹², consideró que, a falta de una solución explícita,

¹¹¹ En este caso, R y EW eran, respectivamente, la madre y el padre de una menor de edad. Cada uno de ellos planteó, ante la Judecătoria Buftea (Tribunal de Primera Instancia de Buftea, Rumanía), una demanda por la que solicitaban la disolución de su matrimonio, así como la atribución de la responsabilidad parental sobre su hija y la definición de las modalidades de ejercicio de esta. Mediante sentencia de 4 de julio de 2016, dicho tribunal declaró la disolución del matrimonio de SR y EW por mutuo acuerdo. Asimismo, fijó la residencia de la menor en el domicilio de la madre y decidió que ambos progenitores ejercerían conjuntamente la patria potestad, garantizando el mantenimiento de los vínculos personales entre el padre y la menor conforme a un régimen de visitas. Además, dicho tribunal condenó a EW a pagar una pensión alimenticia a favor de la menor. EW y SR interpusieron sendos recursos de apelación contra dicha sentencia ante el órgano jurisdiccional remitente, el *Tribunalul Ilfov (Tribunal de Distrito de Ilfov, Rumanía)*. EW solicitó, con carácter principal, la anulación de dicha sentencia por incompetencia del tribunal y, con carácter subsidiario, que se modificara parcialmente en lo que respecta al lugar de residencia de la menor y el pago de una pensión alimenticia para esta. Por su parte, SR solicitó el ejercicio exclusivo de la patria potestad, la supresión del régimen de visitas establecido en favor de EW, la modificación del importe de la pensión alimenticia fijada a cargo de este, así como un nuevo reparto de las costas. El 5 de julio de 2018, FB, CX e IK, que son, respectivamente, el hermano, la hermana y el abuelo paterno de la menor, solicitaron intervenir en apoyo de las pretensiones de EW. Dichos coadyuvantes residen en Francia. Mediante auto de 15 de septiembre de 2020, el órgano jurisdiccional remitente resolvió, con el fin de pronunciarse sobre la admisibilidad de estas demandas de intervención, que SR y EW estaban obligados a garantizar la traducción al francés de las citaciones expedidas por dicho órgano jurisdiccional para su traslado a FB, a CX y a IK, de conformidad con lo dispuesto en el Reg. núm. 1393/2007. Estos se negaron a anticipar los gastos de la traducción al francés de dichos escritos procesales, por considerar que corresponde al órgano jurisdiccional remitente soportar los correspondientes gastos. Para estos, el órgano jurisdiccional era el que debía ser considerado «requirente» a efectos de la aplicación del art. 5.2º del Reg. 1393/2007, mientras que para aquel el concepto de «requirente» (ex. art. 5.2º Reg. 1393/2007) no puede referirse a un órgano jurisdiccional. A su juicio, un órgano jurisdiccional solo puede actuar en calidad de organismo transmisor (ex. art. 2.1º Reg. 1393/2007), o en calidad de organismo receptor (ex art. 2.2º Reg. 1393/2007). Considera que, dado que actúa como organismo transmisor competente para transmitir los documentos judiciales de que se trata a efectos de su notificación o traslado en otro Estado miembro, en este caso en Francia, no tiene dicha obligación. Para este, dicho el «requirente» es la persona que presentó la demanda y que tiene interés en que se efectúe una notificación con arreglo a dicho Reglamento, para que el procedimiento judicial pueda concluir. Un comentario sobre esta decisión, véase M. L. Arastey Sahún, “Traducción del documento de conformidad con el Reglamento (CE) no 1393/2007: asunción de los gastos de traducción por el requirente. TJ, Sala Séptima, S 2 Jun. 2022. Asunto C-196/21: SR y EW”, *LA LEY UNIÓN EUROPEA*, NÚM. 106, 2022, pp. 1-2.

¹¹² El Gobierno rumano consideró que no procedía la admisión de esta cuestión prejudicial, en la medida en que la descripción del contexto fáctico efectuada por el órgano jurisdiccional remitente no permitía saber si la cuestión de la necesidad de traducir el documento procesal y, por consiguiente, de asumir los gastos correspondientes, se planteaba de manera concreta en el litigio principal. Es decir, consideraba que la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente era hipotética y, por consiguiente, inadmisibile, dado el órgano jurisdiccional remitente no indicaba si las citaciones ya se habían notificado a los coadyuvantes y si estos se habían negado, o no, a recibirlos. A tales efectos, el TJUE recuerda que la negativa del Tribunal de Justicia a pronunciarse sobre una cuestión planteada por un órgano jurisdiccional nacional solo es posible cuando resulta evidente que la interpretación solicitada del Derecho de la Unión no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas. Considera, además, que la falta de ciertas constataciones previas por parte del órgano jurisdiccional remitente no conlleva necesariamente la inadmisibilidad de la petición de decisión prejudicial si, a pesar de dichas carencias, el Tribunal de Justicia, atendiendo al contenido de los autos, se considera en condiciones de dar una respuesta útil al órgano jurisdiccional remitente. De hecho, en el presente caso, el TJUE consideró que disponía de información suficiente para ello. Para este, de las observaciones escritas presentadas al Tribunal de Justicia por EW se desprendía que el órgano jurisdiccional remitente había ya notificado los escritos procesales a los coadyuvantes, y que estos, de conformidad con el Reg. 1393/2007, se negaron a recibir por estar redactados en rumano. Al no dominar esta lengua, solicitaron recibir dichos escritos procesales traducidos al francés. Para este, los hechos expuestos por

dicho término debía ser interpretado a la luz del contexto, los objetivos y la finalidad perseguida por el art. 5.2º del Regl. 1393/2007.

43. En primer lugar, y atendiendo a la interpretación contextual e histórica, el TJUE señala que el art. 5.2º del Reg. 1393/2007 permite distinguir entre el “requirente”, que es quien asume los posibles gastos de traducción previa a la transmisión del documento, y el “tribunal o autoridad competente”, que es quién conoce del asunto en el Estado miembro de origen y puede adoptar una posterior decisión sobre la responsabilidad de dichos gastos¹¹³. Añade, también que el Informe explicativo del Convenio relativo a la notificación o traslado en los Estados miembros de la Unión¹¹⁴—antecedente del Reglamento (UE) núm. 1348/2000—, corrobora que los gastos de traducción de un documento no pueden dejarse a cargo del órgano jurisdiccional que conoce del asunto.

44. En segundo lugar, el TJUE considera que el Reg. 1393/2007 tiene por objeto establecer un sistema de notificación y traslado en el interior de la UE de los documentos judiciales en materia civil o mercantil, a fin de procurar el buen funcionamiento del mercado interior. Así, con el objetivo de mejorar la eficacia y rapidez de los procedimientos judiciales y de asegurar una buena administración de justicia, dicho Reglamento establece el principio de transmisión directa de los documentos judiciales entre los Estados miembros para simplificar y acelerar los procedimientos judiciales. Siendo esto así, el TJUE establece que es preciso interpretar el Reg. 1393/2007 de manera que se garantice en cada caso específico un justo equilibrio entre los intereses del requirente y los del destinatario del documento, conciliando los objetivos de eficacia y rapidez de la transmisión de los documentos procesales con la exigencia de asegurar una protección adecuada del derecho de defensa del destinatario del documento. Entiende que una interpretación que considere al órgano jurisdiccional que conoce del asunto en el Estado miembro de origen como el “requirente”, a efectos del art. 5.2º del Reg. 1393/2007, es contraria a la obligación de dicho órgano jurisdiccional de garantizar un justo equilibrio entre las partes. En efecto, el cumplimiento de esta obligación implica necesariamente que la autoridad sobre la que recae dicha obligación se sitúe en una posición de imparcialidad con respecto a los intereses del requirente y del destinatario. De ello se deduce que dicha autoridad no puede ser confundida con uno de esos interesados y, en particular, con el requirente.

45. En suma, para el Tribunal es evidente que nadie puede ser considerado “Juez y parte” a la vez. Tiene claro que, cuando un órgano jurisdiccional ordena la transmisión de documentos judiciales a terceros que solicitan intervenir en el procedimiento, dicho órgano jurisdiccional no puede ser considerado como “requirente”, a efectos de correr con los gastos de la traducción. Además, no es muy coherente y juicioso que un/os tercero/s solicite/n intervenir como parte en un proceso para, después, afirmar que es el tribunal que conoce del proceso quién debe asumir con las cargas que se derivan de dicha intervención.

46. Con todo, el TJUE se limita —como no podía ser de otro modo— a contestar a la cuestión prejudicial planteada, pero no zanja de forma definitiva quién debe ser considerado “requirente” y, por tanto, quién debe asumir, *a priori*, los gastos de traducción, a efectos del Reg. 1393/2007 y del Reg. 2020/1784, y, en particular, cuando se empleen medios electrónicos. A nuestro juicio, debe considerar-

EW permiten completar, en la medida en que sea necesario, el contexto fáctico descrito por el órgano jurisdiccional remitente y, de este modo, corroborar la presunción de pertinencia de que goza la cuestión prejudicial planteada, excluyendo que pueda considerarse hipotética (apartados 22 a 29).

¹¹³ Esta distinción se desprende asimismo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y, en particular, de la Sent. de 16 de septiembre de 2015, As. C-519/13: “*Alpha Bank Cyprus*” (ECLI: EU:C:2015:603) y del Auto de 28 de abril de 2016, C- 384/14: “*Alta Realitat*” (ECLI: EU:C:2016:316).

¹¹⁴ Convenio establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la notificación o traslado en los Estados miembros de la Unión Europea de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (*BOE* 47, de 24 febrero 1998).

se que dicho término alude a la parte que decide iniciar el proceso, es decir, al demandante¹¹⁵, o bien a aquella parte que le interese y se beneficie de la intervención de un/os tercero/s en el correspondiente procedimiento judicial.

3. La cuestión del cómputo de los plazos

47. ¿Cuándo debe comenzar el cómputo de los plazos para ejercer el derecho a rehusar un documento por cuestiones lingüísticas? Según lo dispuesto en el art. 12 del Reg. 2020/1784, el destinatario dispone, como hemos evidenciado, del plazo de dos semanas para ejercitar dicho. El legislador europeo ha ampliado, así, una semana más el plazo del que dispone el destinatario para ejercitarlo. Sin embargo, ni el Reglamento actual –ni ninguna de las anteriores versiones– estipula cuándo debe comenzar a computarse dicho plazo. Es cierto que, si atendemos al sentido común, tampoco es necesario. No obstante, esta cuestión planea en la Sent. dictada por el TJUE en el caso *LKW WALTER*¹¹⁶.

48. En esta decisión, el TJUE se pronunció sobre la compatibilidad del derecho procesal esloveno, que establece el plazo de ocho días para formular oposición contra un acto de ejecución forzosa –plazo que comienza a computarse a partir de la notificación o traslado de dicho documento– con el

¹¹⁵ N. MARCHAL ESCALONA, *El nuevo régimen...*, op.cit., p. 104.

¹¹⁶ La presente decisión se planteó en el contexto de un litigio entre *LKW Walter Internationale Transportorganisation AG*, una sociedad inscrita en el Registro Mercantil austriaco que opera en el sector del transporte internacional de mercancías (en adelante, demandante) y CB y otros (en adelante, demandados), tres socios de una sociedad de abogados austriaca que habían representado a la demandante en un procedimiento de ejecución forzosa en Eslovenia. El 30 de octubre de 2019, el *Okrajno sodišče v Ljubljani* (Tribunal Regional de Liubliana, Eslovenia) notificó por correo postal a la parte demandante un auto de ejecución forzosa, dictado a instancia de *Transport Gaj d.o.o.*, por el que se ordenaba el embargo de 25 créditos de los que dicha empresa era titular frente a diferentes sociedades eslovenas por un importe de 17. 610 euros. Dicho auto fue dictado en rebeldía y no fue transmitido, por correo interno, hasta el 4 de noviembre de 2019. El 5 de noviembre de 2019, la demandante solicitó a los demandados que FORMULASEN OPOSICIÓN CONTRA DICHO AUTO, QUE FUE PRESENTADO, EL 11 DE NOVIEMBRE DE 2019, ANTE EL OKRAJNO SODIŠČE V LJUBLJANI (Tribunal Regional de Liubliana). Dicho Tribunal desestimó dicha oposición por extemporánea, al haberse presentado transcurridos más de ocho días desde la notificación de dicho auto. Como consecuencia de ello, los demandados interpusieron el correspondiente recurso ante el *Višje sodišče v Mariboru* (Tribunal de Apelación de Maribor, Eslovenia). Invocaron, entre otros argumentos, la inconstitucionalidad de dicho plazo, dado que un plazo tan breve no era compatible con el Derecho de la Unión. Asimismo, alegaron que el auto controvertido no había sido notificado con arreglo al Reglamento núm. 1393/2007, al entender, en particular, que no era conforme con el art. 8 de este Reglamento. Finalmente, la demandante abonó la totalidad de la cantidad reclamada en el mismo y ejercitó ante el órgano jurisdiccional remitente, es decir, el *Bezirksgericht Bleiburg* (Tribunal de Distrito de *Bleiburg*, Austria), una acción de reclamación de responsabilidad contra los demandados ex art. 1299 del *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil General) solicitando, sobre esta base, que se le condenara al pago de la cantidad de 22. 168,09 euros, correspondiente al importe pagado con arreglo al auto controvertido más los intereses y costas procesales. El 10 de julio de 2020, dicho órgano jurisdiccional expidió un requerimiento de pago contra los demandados por el importe reclamado, quienes formularon oposición contra dicho requerimiento ante el mismo órgano jurisdiccional, alegando, en esencia, que el plazo de ocho días previsto para formular oposición contra el auto dictado no es conforme ni con los arts. 36 y 39 del Reglamento núm. 1215/2012 (*DOUE* L 351, de 20 diciembre de 2012, en adelante, Reglamento “Bruselas I bis”), ni con los arts. 8 y 19.4° del Reg. 1393/2007, ni tampoco con el art. 18.1° TFUE y el art. 47 de la Carta. A su juicio, si los órganos jurisdiccionales eslovenos hubieran aplicado correctamente esas disposiciones, la oposición formulada contra el auto controvertido no debería de haber sido inadmitida por extemporánea. El *Bezirksgericht Bleiburg* (Tribunal de Distrito de *Bleiburg*) tenía sus dudas sobre el inicio del cómputo del plazo de ocho días previsto por la ZIZ para formular oposición, así como también sobre la compatibilidad de dicha normativa con el artículo 18 TFUE, que regula el principio de no discriminación, en la medida en que esta afecta en mayor medida a los demandados establecidos en otros Estados miembros, y están obligados a realizar gestiones adicionales relacionadas con la traducción de los documentos notificados. En tales circunstancias, decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia tres cuestiones prejudiciales. En la primera, pregunta si la normativa de un Estado miembro que prevé como única vía de recurso contra un auto de ejecución forzosa dictado por un órgano jurisdiccional sin procedimiento contradictorio previo y sin título ejecutivo, la presentación de un escrito de oposición en el plazo de ocho días es, o no, contraria a los arts. 36 y 39 del Reglamento “Bruselas I bis”. En la segunda, cuestionaba si el art. 8.1° del Reg. 1393/2007 se opone a una normativa de un Estado miembro en la que el inicio del cómputo del plazo de una semana, contemplado en dicho precepto, coincide con el inicio del cómputo del plazo para interponer el correspondiente recurso. Y en último término preguntaba sobre la compatibilidad de dicha normativa con el art. 18 TFUE, en la medida en que dicho plazo se aplica igualmente a los demandados domiciliados en el extranjero.

Derecho de la UE y, en particular, con el art. 8 del Reg. 1393/2007¹¹⁷, que sanciona el derecho del destinatario a rehusar el documento.

La conclusión a la que llega el TJUE al respecto es contundente: el Reg. 1393/2007 se opone a la normativa de un Estado miembro en virtud de la cual el inicio del cómputo del plazo de una semana, contemplado en el art. 8. 1º, y del que dispone el destinatario de un documento para negarse a recibir un documento por cuestiones lingüísticas, coincide con el inicio del cómputo del plazo para interponer un recurso contra dicho documento. A esta conclusión llega a través de una argumentación en la que ha tenido en cuenta las directrices que han venido marcando la interpretación de las disposiciones de este Reglamento en los últimos tiempos.

Para ello, ha tenido presente tanto la redacción del precepto, el contexto en el que se inscribe, los objetivos que persigue, así como también la línea jurisprudencial seguida por dicho Tribunal. La combinación de estos cánones interpretativos lleva al TJUE a afirmar que debe procurarse que el destinatario de un documento que sea notificado en una lengua distinta de la que se presume que entiende esté efectivamente en condiciones de ejercer el derecho a negarse a aceptar dicho documento, so pena de vulnerar su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. El efecto útil del derecho a negarse a aceptar un documento que deba notificarse exige, por tanto, que el demandado disponga íntegramente del plazo que legalmente tiene para apreciar si le conviene aceptar o no un documento y, en su caso, para ejercitar el derecho a rehusarlo. Es cierto que el TJUE no se pronuncie al respecto, pero es evidente que el cómputo del plazo para recurrir debe empezar a computar una vez que haya expirado el plazo establecido para ejercitar dicho derecho. Una postura totalmente contraria a la mantenida por el Abogado General en sus conclusiones. Para este, dicho plazo debía comenzar, a nuestro juicio erróneamente, a computarse desde el momento en el que dicho documento es válidamente notificado (*ex art. 9 del Reg. 1393/2007*)¹¹⁸.

49. Nada que objetar a la decisión adoptada por el TJUE. Su razonamiento es perfectamente predecible y, en apariencia, resulta impecable. No obstante, a nuestro juicio, es criticable, puesto que no responde a todas las cuestiones prejudiciales planteadas, y la que resuelve, no concreta –o no al menos expresamente– los elementos jurídicos relevantes a tener en cuenta para ello. Quizás porque la cuestión prejudicial tampoco se lo permitió. A nuestro juicio, el TJUE en esta decisión desaprovecha una muy buena oportunidad para concretar expresamente cuándo debe computarse el plazo establecido en la normativa institucional para ejercitar el derecho a negarse a recibir un documento por cuestiones lingüísticas (arts. 8 del Reg. 1393/2017 y 12 del Reg. 2020/1784). Sin embargo, también es cierto que se puede inferir una respuesta de la decisión adoptada. Es evidente que una norma nacional que establece un plazo de ocho días para interponer un recurso de ejecución contra un auto, plazo que comienza a contar a partir de su notificación, impide el efectivo ejercicio de dicho derecho. Para que este pueda ser efectivamente ejercido, es preciso que el dicho plazo comience a computar una vez que haya transcurrido el plazo legalmente establecido para ello, esto es, una –o dos semanas– después de haber recibido de forma efectiva la notificación.

50. Cuestión distinta es la de saber cuándo una notificación es efectiva. La respuesta a esta cuestión depende de lo dispuesto en el art. 13. 1º Reg. 2020/1784¹¹⁹, precepto que resulta de aplicación cuando la notificación se realiza de forma electrónica *ex* 13.3º Reg. 2020/1784. No hay duda alguna de

¹¹⁷ El TJUE evitó pronunciarse expresamente sobre la incidencia que el Derecho de la Unión Europea ejerce sobre aquellas disposiciones procesales, que, de facto, pueden llegar a producir una desigualdad de trato, así como también sobre la compatibilidad de dicha normativa con el Reglamento “Bruselas I bis”. Para un comentario sobre la misma, véase N. MARCHAL ESCALONA, “La inadaptación del Derecho procesal estatal al derecho a negarse a recibir un documento por cuestiones lingüísticas: Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de julio de 2022, asunto C- 7/21: LKW Walter”, *La Ley Unión Europea*, número 107, 2022, pp. 1 ss.

¹¹⁸ Apartado 51 de las Conclusiones.

¹¹⁹ Dicha decisión está llamada a desplegar importantes consecuencias en la normativa procesal de aquellos Estados miembros que contemplen que el cómputo del plazo para ejercitar dicha oposición comienza a contar a partir de la notificación del auto. Tales sistemas jurídicos deberán realizar, por tanto, las modificaciones legales oportunas en su normativa procesal y, en particular, cuando el demandado esté domiciliado en otro Estado miembro de la UE, a fin de asegurar el derecho del demandado a rehusar un documento que no cumple con las previsiones lingüísticas. Al respecto, véase N. MARCHAL ESCALONA, “La inadaptación del Derecho procesal...”, *loc.cit.*, p. 3.

dicho dato cuando el destinatario confirma su recepción con un acuse de recibo [*ex arts. 19. 1º b) Reg. 2020/1784 y 22 de la Propuesta de Reglamento de Digitalización*], puesto que en él se hará constar la fecha de su recepción y, por tanto, la fecha en la que debe considerarse perfeccionada la notificación (*ex art. 13.1º Reg. 2020/1784*). El problema puede presentarse cuando se exige que los documentos a notificar se envíen y se reciban por medios electrónicos mediante servicios cualificados de entrega electrónica certificada. ¿Cabe entender que la fecha de envío del documento es la fecha a partir de la cual deben ser computados los plazos?¹²⁰ A nuestro juicio, la cuestión merece una respuesta en sentido negativo. Dicha fecha deberá ser la fecha en la que sea recibida la notificación, a fin de no vulnerar los derechos de defensa del destinatario. Y, por ende, será esta la que marque el inicio del cómputo de los plazos, a excepción de lo dispuesto en el art. 13.2º del Reg. 2020/1784.

V. Conclusiones

51. La digitalización de la Justicia comenzó hace más de treinta años en la UE. Avanzaba a paso lento, pero seguro. Ha sido en los últimos tiempos cuando la implantación de las nuevas tecnologías se ha convertido en una prioridad. Resulta evidente que el empleo de los medios tecnológicos en los procesos transfronterizos contribuye a mejorar el acceso a la justicia, a la eliminación de barreras geográficas y temporales, así como a la reducción de costes procesales y, por tanto, a una gestión más eficiente de la Administración de la Justicia. Ello explica los esfuerzos llevados a cabo por el legislador europeo por digitalizar la notificación electrónica en los procesos transfronterizos. Sin embargo, también es cierto que la digitalización de la notificación en la UE no puede llevarse a cabo a cualquier precio. Son varios los retos y desafíos que han de superarse. En particular:

- Se requieren de herramientas que aseguren la interoperabilidad en las comunicaciones electrónicas transfronterizas y de medidas destinadas a la protección de datos personales.
- Debe garantizarse que la notificación sea realizada con un nivel de fiabilidad apropiado, a fin de sea posible acreditar la identidad de las partes, la remisión e integridad del contenido de la comunicación, así como de su recepción.
- Ha de preservarse los derechos procesales de las partes e impedir las desigualdades que la implantación de las nuevas tecnologías conlleva en la ciudadanía. No hay que olvidar que garantizar el conocimiento de las notificaciones judiciales integra el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva. Una cooperación judicial transfronteriza eficiente requiere de una comunicación segura, fiable y rápida sin que se vulneren las más elementales exigencias de Justicia (arts. 6.1º CEDH y 47 CEDF).

52. En aras a lograr tales objetivos, el Reg. 2020/1784 ha implantado como vía prioritaria de notificación el llamado sistema descentralizado informático (arts. 5 a 8 Reg. 2020/1784). Este sistema permite un intercambio transfronterizo de información seguro y fiable entre los sistemas informáticos nacionales, que relegará –cuando resulte operativo– a un segundo plano el resto de los mecanismos de transmisión previstos en la normativa institucional (principio «*Digital-by-Default*»).

El sistema descentralizado informático e-Codex –o el sistema que finalmente resulte operativo– cumple con las más elementales garantías de interoperabilidad, seguridad, integridad y autenticación que debe cumplir una notificación transmitida a otro Estado a través de medios electrónicos. Además, preserva tanto el derecho de defensa del destinatario de la notificación como los datos personales transmitidos.

No obstante, hacer vaticinios en la coyuntura actual sobre la operatividad y el éxito de dicho sistema se nos antoja un ejercicio fútil, máxime teniendo en cuenta que su funcionamiento depende de cómo sea diseñado, se ponga en práctica y de cómo se implemente en los diferentes Estados miembros. Es inconcuso que este sistema supone un considerable y necesario avance, cuyo éxito dependerá de la capacidad de compartir datos, posibilitar el intercambio de información y conocimiento entre los orga-

¹²⁰ En este sentido, véase M. AGUILERA MORALES, “El Reglamento...”, *loc.cit. en op.cit.*, p.77.

nismos transmisores y receptores de la notificación, lo que exigirá un intenso esfuerzo multinivel, especialmente de ámbito técnico y organizativo. Con todo, creemos que está llamado a ser un instrumento indispensable para la generación de confianza en el mercado interior, además, de un acicate para que los sistemas judiciales de los diferentes Estados miembros incorporen las nuevas tecnologías para la práctica de la notificación en el ámbito interno.

53. Las previsiones sobre digitalización no terminan, sin embargo, con la regulación de dicho sistema. Existen otras concesiones a la digitalización. Desde el 1 de julio de 2022, los Estados miembros tienen la posibilidad de remitir directamente la notificación al destinatario a su dirección por vía electrónica (art. 19 Reg. 2020/1784). Hemos evidenciado, no obstante, que no todo cauce electrónico es apto para la notificación de documentos judiciales en el espacio judicial europeo. De hecho, el único cauce electrónico que, actualmente, es admitido en los Estados miembros es el correo electrónico y, como hemos constatado, ni siquiera resulta operativo en todos los Estados, como así sucede, por ejemplo, en España. Con todo, su operatividad depende del cumplimiento de una serie de requisitos (disponibilidad y permisibilidad, dirección conocida, consentimiento expreso y previo y las garantías de autenticación).

A pesar de las bondades que esta nueva forma de notificación implica, su regulación debe de ser objeto de crítica. Habida cuenta de la vinculación que existe entre la notificación de documentos y el derecho de defensa, lo propio hubiera sido extremar las garantías en este sentido. No se trata de proporcionar una “tutela eficiente”, sino de una “tutela judicial efectiva eficiente”. Al respecto, hemos evidenciado que, cuando el destinatario presta su consentimiento de forma previa y con carácter general para la utilización *ex art. 19.1º b) Reg. 2020/1784* existe un mayor riesgo de indefensión, dadas las obligaciones de diligencia que supone para el destinatario. En este sentido, y dado que el consentimiento es la expresión de la voluntad de quien lo presta, la mejor salvaguardia de la tutela judicial efectiva hubiera requerido prestar una mayor atención por parte del legislador europeo a la regulación de la prestación del consentimiento, a fin de garantizar que este fuera informado. El destinatario debería de ser informado y ser conscientes de las implicaciones que se derivan de la prestación de su consentimiento.

Huelga decir que admitir la operatividad de esta vía para la notificación de aquellos documentos que informan al destinatario del inicio del proceso en otro Estado miembro va en claro detrimento del derecho de defensa. El legislador europeo debería de haber limitado la utilización de esta vía para la notificación de esta clase de actos a otro Estado miembro, o bien haber establecido las correspondientes cautelas para que esta vía resultara compatible con el derecho a una tutela judicial efectiva.

54. Los pasos dados hacia la digitalización de la notificación judicial en el espacio judicial europeo no terminan aquí. Se completan con las previsiones de la Propuesta de Reglamento de Digitalización presentada en la que se habilita una nueva forma de la notificación a través de un punto de acceso electrónico europeo en el Portal Europeo de Justicia. Tal método de notificación resulta conciliable con el derecho a una tutela judicial efectiva y asegura el cumplimiento de las garantías que se exigen en este ámbito, además, de resultar accesible, dado que es el medio más utilizado por las administraciones de Justicia con desarrollos más avanzados en el proceso de digitalización. Dicho método –si resulta operativo algún día– será compatible con la notificación electrónica directa, aunque su aplicación será residual cuando esté operativo el sistema descentralizado.

55. No obstante, la digitalización de la notificación implica enfrentarse también a problemas tradicionales, como así sucede con la cuestión idiomática y el derecho del destinatario a rechazar un documento. La configuración legal de este derecho en el nuevo Reglamento tiene mucho de herencia, aunque también presenta considerables novedades que responden, por una parte, al deseo del legislador europeo de limitar los abusos que existen en este ámbito y evitar dilaciones procesales innecesarias. Y, por otra, a la necesidad de incorporar las decisiones dictadas por el TJUE al respecto. Entre las aportaciones más importantes que incorpora el nuevo Derecho europeo cabe destacar, de un lado, la enumeración de los indicios que las autoridades competentes pueden tener en cuenta, a efectos de comprobar de si la negativa a aceptar el documento del destinatario está, o no, justificada. Aunque, a nuestro modo de ver, el legislador debería de haber proporcionado una respuesta más firme y concreta a la cuestión

idiomática. Lo ideal sería que el operador jurídico contara –más que con indicios– con presunciones de conocimiento de idioma. Y, de otro, concreta que será la *lex fori* la que determine las consecuencias que se derivan del ejercicio abusivo de dicho derecho, así como de la vía para informar al destinatario de la comisión de dicho abuso. De hecho, tal exigencia requerirá de la adopción de medidas oportunas en la normativa de los diferentes Estados miembros, a fin de cumplir con dicho mandato.

56. Importa advertir que las previsiones relativas al idioma y al derecho a rehusar el documento son expresamente aplicables a la notificación electrónica. En este ámbito se plantea la duda de saber quién debe asumir los gastos de traducción, así como también cuándo debe comenzar a computarse el plazo para rehusar los documentos por razones lingüísticas, como así lo atestiguan las decisiones del TJUE más recientes.

Para este Tribunal, es evidente que, cuando un órgano jurisdiccional ordena la transmisión de documentos judiciales a terceros que solicitan intervenir en el procedimiento, dicho órgano jurisdiccional no puede ser considerado como “requirente”, a efectos de asumir los gastos de la traducción. Es cierto que dicho Tribunal no precisa quién debe ser considerado como tal, con carácter general, aunque, a nuestro juicio, este debe ser aquel que inicia el procedimiento, es decir, el demandante, o bien aquel que se beneficia de la intervención de un tercero en el proceso.

Por lo que se refiere al cómputo de los plazos del derecho a rehusar un documento, el TJUE ha apuntado que para que este derecho pueda ser efectivamente ejercido, es preciso que el cómputo de dicho plazo comience a contar cuando haya transcurrido el plazo legalmente establecido para ello. Esto es, en el plazo de una semana (art. 8 Reg. 1393/2007) o de dos (art. 12 Reg. 2020/1784), plazo que debe comenzar a computar tras haber sido recibida de forma efectiva la notificación.

57. En suma, son muchos los retos y los problemas que suscita la implantación de la notificación electrónica en el espacio judicial europeo. No obstante, debe valorarse de forma positiva el esfuerzo que en los últimos tiempos el legislador europeo ha dedicado a su implantación. Esperemos que también sirva de estímulo para su incorporación a nivel estatal en los diferentes Estados miembros con las garantías oportunas.

El *gender mainstreaming* y la protección de los menores en secuestros transfronterizos

Gender mainstreaming and the protection of minors in cross-border kidnapping

GISELA MORENO CORDERO*

*Profesora Contratada Doctora
Universidad de Granada*

Recibido:19.06.2023 / Aceptado:05.07.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.8078

Resumen: El presente estudio contiene un análisis detenido de los problemas de integración del *gender mainstreaming* en sustracciones transfronterizas motivadas por la violencia de género. Su objetivo se centra en identificar las tensiones que se manifiestan entre la consideración primordial del interés superior del menor, el derecho a la vida familiar y el “derecho absoluto” del niño a la dignidad humana y a la integridad física y psicológica consagrados en la CDN y los objetivos del CLH 1980. Esta contribución pone de relieve la ausencia de diálogo entre las distintas fuentes que involucran a menores en estos procedimientos y evalúa desde una visión crítica las carencias normativas, interpretativas y de aplicación en clave de género, así como sus consecuencias.

Palabras clave: sustracción internacional de menores, violencia de género, medidas de protección, interés superior del menor, derecho a la vida familiar, derechos humanos, CLH 1980, Reglamento Bruselas II ter, CEDH, TEDH.

Abstract: This study contains a careful analysis of the integration problems of gender mainstreaming in cross-border abductions motivated by gender violence. Its objective is focused on identifying the tensions that are manifested between the primary consideration of the best interests of the child, the right to family life and the “absolute right” of the child to human dignity and physical and psychological integrity enshrined in the CRC and the objectives of the CLH 1980. This contribution highlights the lack of dialogue between the different sources that involve minors in these procedures and evaluates from a critical perspective the normative, interpretative and application deficiencies in terms of gender, as well as their consequences.

Keywords: international child abduction, gender violence, protection measures, best interests of the child, right to family life, human rights, CLH 1980, Brussels II ter Regulation, ECHR, ECtHR.

Sumario: I. Introducción. II.El interés superior del menor como valor de referencia universal y su vinculación con el derecho a la vida familiar.1. Consideración primordial del interés superior del menor. 2. El derecho a la vida familiar. Límites al derecho de los hijos a relacionarse con los padres. III. El respeto a la dignidad humana y a la integridad física y psíquica del menor en el ám-

* Esta contribución se adscribe al Proyecto Interinstitucional otorgado por la Secretaría de Investigación de la Universidad Siglo 21 de Córdoba (Argentina) denominación: “Aspectos internacionales en la protección de la personas migrantes y refugiadas: la transversalidad de la perspectiva de género”. Investigadoras Principales: Carmen Ruiz Sutil (Universidad de Granada) y Candela Villegas (Universidad Siglo 21, Argentina), del que soy investigadora.

bito familiar. 1. Tratamiento de las situaciones de violencia en la CDN y en la OG 13/2011. 2. La violencia de género en el Convenio de Estambul. 3. Las sustracciones transfronterizas y la violencia de género en el CLH 1980 y en los Reglamentos europeos. 4. El *gender mainstreaming* en los parámetros interpretativos del grave riesgo en la GBP de la Haya de 2019. A) Alcance e interpretación de la excepción del grave riesgo en la GPB. B) Crítica a la GPB. Ausencia de diálogo entre fuentes. IV. La protección de los derechos de los menores en la jurisprudencia del TEDH. Evaluación de los límites al derecho a la vida familiar. V. Conclusiones.

I. Introducción

1. Una de las cuestiones más controvertidas que se plantean en los procesos de sustracción internacional de menores motivados por la violencia de género es la necesidad de alinear su interés superior con el derecho fundamental a la vida familiar¹ consagrado en el art. 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950² (en adelante, CEDH), en el art. 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea³ (en adelante, CDFUE)⁴, y en los arts. 9.1 y 3 y 10.1 de la Convención de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989⁵ (en adelante, CDN)⁶.

2. Tal necesidad también encuentra respuesta positiva en los objetivos y en las excepciones establecidas en el Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (CLH 1980)⁷.

Cuando el CLH 1980 establece como objetivo que el menor sea restituido con carácter inmediato al Estado de su residencia habitual anterior y que los derechos de custodia y de visita vigentes en el Es-

¹ En el orden interno español esta correlación se manifiesta en la protección a la familia y a la infancia prevista en el art. 39.1 de la Constitución Española (CE), cuando reconoce que, “*Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos*”, entretanto el art. 160.1 del Código civil por el que se reconoce que, “*Los hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores aunque éstos no ejerzan la patria potestad, salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial o por la Entidad Pública en los casos establecidos en el artículo 161*”. Por su parte, el Código Penal condena a una pena de prisión de seis meses a dos años al que indujere a un menor de edad o a una persona con discapacidad necesitada de especial protección a que abandone el domicilio familiar o lugar donde resida con la anuencia de sus padres, tutores o guardadores, y al progenitor que induzca a su hijo menor a infringir el régimen de custodia establecido por una autoridad judicial o administrativa (Libro II, Título XII, Capítulo III “De los delitos contra los derechos y deberes familiares”, Sección I, bajo la rúbrica “Del quebrantamiento de los deberes de custodia y de la inducción de menores al abandono de domicilio”, arts. 224 y 225). Por otro lado, en la Sección 2, “De la sustracción de menores”, se incluyen tipos penales castigados con una pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años, pena esta que se impondrá igualmente a los ascendientes del menor y a los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o de afinidad que incurran en este tipo de comportamiento (art. 225 bis).

² BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979. Vigencia desde 01 de noviembre de 1998. Revisión vigente desde 01 de junio de 2010. Enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente.

³ “*Todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses*”.

⁴ DOUEC núm. 364, de 18 de diciembre de 2000. Vigencia desde 18 de diciembre de 2000. Revisión vigente desde 18 de diciembre de 2000.

⁵ La CDN se firmó en España el 26 de enero de 1990 (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990) y ha sido complementada en el art. 39.1.4 de la Constitución Española cuando reconoce que, “*Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos*”. Establece la obligación de los Estados parte en orden a la protección del menor frente a los abusos físicos o mentales o cualquier tipo de explotación, y de asistencia en casos de desamparo o motivos de salud, junto a garantías de prestaciones sociales y alimenticias. La entrada en funcionamiento de la CDN supuso un cambio de orientación sustancial en relación con la protección y el reconocimiento de los derechos de los menores y un hito en la protección de su interés superior en los procesos en los que participe el menor como en los casos de secuestro internacional. A partir de ese momento se abandona el tratamiento ofrecido a los menores como meros sujetos pasivos para investirlos de titularidad plena de todos los derechos allí reconocidos, no en función de la edad sino de su capacidad intelectual y volitiva.

⁶ La CDN se firmó en España el 26 de enero de 1990 (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990).

⁷ BOE núm. 2, de 24 de agosto de 1987. Corrección de errores, BOE núm. 155, de 30 de junio de 1989 y BOE núm. 21, de 24 de enero de 1996.

tado parte de la residencia habitual del menor⁸ sean respetados en el resto de Estados participantes, está presuponiendo que el traslado o la retención ilícitos son perjudiciales para su bienestar y que su interés superior se vería protegido si se le restituye al Estado de su residencia habitual anterior. De esta forma se impone a los padres del menor la obligatoriedad de buscar protección ante dichas autoridades, al ser estas las mejores situadas para decidir a lo que resulta más conveniente para el menor⁹.

El interés superior del menor es igualmente protegido cuando el legislador convencional deja abierta la posibilidad de excepcionar la devolución del menor si se configura alguna de las excepciones recogidas en los arts. 12, 13 y 20 del CLH 1980¹⁰.

3. De estas excepciones en la única que tienen cabida las sustracciones transfronterizas motivadas por la violencia de género es en el “grave riesgo físico o psíquico o situación intolerable” [art. 13.1 b)]. Así planteado, el legislador convencional estaría proporcionando a este tipo de sustracciones una solución respetuosa del interés superior del menor por la vía de las excepciones. Sin embargo, el carácter restrictivo que se imprime al art. 13.1 b) - en los términos que acuña el Informe explicativo del CLH de 1980, y más recientemente la Guía de Buenas Prácticas, aprobada por la Conferencia de la Haya, en diciembre de 2019 (GBP)-, unido a las limitaciones impuestas por el legislador europeo a las sustracciones intracomunitarias, ha provocado que en la práctica esta excepción sea la menos acogida por la autoridad requerida y la que más dudas plantea a la hora de ser aplicada¹¹, a pesar de ser una de las excepciones a las que más recurren las madres sustractoras que escapan de la violencia de género.

4. Las restricciones establecidas en torno a la excepción del art. 13.1 b) conducen a la frecuente devolución de menores víctimas de este tipo de violencia. Esta respuesta constituye, en nuestra opinión, una mitigación injustificada de los riesgos que el retorno puede ocasionar al menor y a la madre, pues desconoce el lugar que ocupa el interés superior del menor como valor de referencia irreductible en cualquier proceso en que participe y el “derecho absoluto” del niño a la dignidad humana y a su integridad física y psicológica, en los términos consagrados en los arts. 3.1 y 19.1 de la CDN, en la Observación general N.º 14, de 29 de mayo de 2013 sobre el derecho del niño a que su interés superior tenga una consideración primordial (OG14/2013)¹², en la Observación general No. 13, de 2011 a no ser objeto de ninguna forma de violencia (OG 13/2011)¹³, y en el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 (Convenio de Estambul)¹⁴.

5. Tales restricciones obvian, además, la repercusión de la violencia de género en los menores y en sus madres.

Las estadísticas incorporadas al informe de la European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), de 3 de marzo de 2014, titulado “Violencia de género contra las mujeres: una encuesta a escala

⁸ E. PÉREZ VERA, “Informe explicativo del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, punto 9, pp. 1-44, p. 3 http://www.menores.gob.ar/userfiles/perez_vera_elisa_informe_explicativo_del_convenio_de_la_haya_de_1980.pdf. En este sentido véase asimismo AAP de Asturias, de 30 de abril de 2007 y AAP de Barcelona, sección 18ª, de 13 de marzo de 2012.

⁹ J. GILLEN, “La seguridad del niño a su retorno. El Convenio de la Haya y la violencia doméstica, ¿amigos o enemigos?, un punto de vista desde el *common law* respecto de las interpretaciones del artículo 13(1) b) del Convenio de la Haya en el contexto de la violencia doméstica, *The Judges' Newsletter*, Vol. XI, Tomo XI, 2006, pp.19-22, pp. 19 y 20.

¹⁰ F.J. FORCADA-MIRANDA, “Carencias, necesidades y conflictos de la sustracción internacional de menores y el novedoso marco legal español”, *REDI*, n.º 68-2, 2016, pp. 337-346; Id., “El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: La decidida apuesta por la celeridad y la novedosa Circular de la Fiscalía 6/2015 (Parte I)”, *Bitácora Millennium DIPr.*, n.º 3; pp. 11-12; J.J. CASTELLÓ PASTOR, “Excepciones legales al retorno del menor en los supuestos de sustracción internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 10, n.º 1, 2018, pp. 561-567.

¹¹ Según un estudio realizado en el 2008 alrededor del 4% del total de los casos de sustracciones transfronterizas fueron denegadas por este motivo, el 17% por oposición del menor, el 15% porque este carecía de residencia habitual en el Estado requirente y el 13% por integración del menor (art. 12 CLH 1980). Consultese cita 3 del Proyecto de Guía de 2017, p. 1.

¹² De las Naciones Unidas CRC/C/GC/13, Convención sobre los Derechos del Niño (Distr. General 18 de abril de 2011).

¹³ De las Naciones Unidas CRC/C/GC/14, Convención sobre los Derechos del Niño (Distr. General 29 de mayo de 2013).

¹⁴ BOE núm. 137, de 6 de junio de 2014.

de la UE” son reveladoras de este flagelo. Dicho informe confirma que el 73 % de las madres que han sido víctimas de violencia física o sexual por parte de su pareja aseguran que al menos uno de sus hijos ha sido consciente de esa violencia¹⁵.

En igual sentido, el último informe estadístico publicado en 2015 por la Conferencia de La Haya expresa que las madres representan el 73% de los sustractores, siendo el 91% de ellas las cuidadoras primarias y que dos terceras partes de las solicitudes presentadas por las madres lo hacen huyendo de la violencia de género, lo que representa el 73%, frente al 24% de padres sustractores (3% restante corresponde a otros familiares)¹⁶. El informe añade que la tercera parte de las mujeres víctimas de violencia en la pareja han experimentado varios de estos incidentes antes de tomar la decisión de denunciar el incidente más grave. Este comportamiento viene muchas veces motivado por la dependencia financiera y patrimonial del maltratador, lo que las condena a seguir expuestas al riesgo de continuar sufriendo abusos físicos y emocionales, al tiempo que facilita la instrumentalización de los menores.

En el caso concreto de España los informes dejan ver que un 51.7 % de las mujeres que han reconocido su condición de víctima también han reconocido que sus hijos habían sido maltratados. Tres de cada cuatro mujeres asesinadas desde el 2003 hasta la fecha, es decir, más del 75 % eran madres y la mitad de ellas tenían hijos menores de edad que en su mayoría eran hijos/as del agresor. En nuestro país se estima que más de 1600.000 niños viven en un entorno de violencia de género. Desde 2013 hasta el 3 de enero del 2022, 46 menores han sido asesinados por sus padres o parejas de sus madres¹⁷, cifra que representa el 26% de los homicidios en el ámbito doméstico. A estos datos hay que añadir que las mujeres menores de 18 años y mayores de esta edad hasta los 45 años tardan una media de 8 años y 8 meses en verbalizar la situación de violencia y en denunciar el maltrato¹⁸, cifra que aumenta significativamente de los 12 a los 26 meses, en mujeres mayores de 45 años, lo que cronifica más si cabe el daño, con el consecuente aumento del clima de temor y de inseguridad en las víctimas.

Más recientemente, la Resolución de 6 de octubre de 2021, sobre el impacto de la violencia doméstica y del derecho de custodia en las mujeres y los niños¹⁹ (Resolución 6/2021), hizo patente que estudios científicos han aseverado que la violencia doméstica en cualquiera de sus modalidades constituye un grave problema social, muchas veces oculto y duradero que origina traumas físicos o psicológicos sistemáticos con graves consecuencias para las víctimas y serias repercusiones en el bienestar emocional, económico y social de toda la familia, con efectos irreversibles para los menores que afectan su desarrollo emocional, psicológico, físico, educacional y sexual, debido a que es perpetrada por una persona en la que la víctima debería confiar. Los estudios que han servido de sustento a esta Resolución también corroboran que las víctimas de este tipo de violencia suelen estar sometidas durante largos períodos de tiempo al control coercitivo del maltratador, caracterizado por la intimidación, el aislamiento y los abusos y que a menudo, los maltratadores recurren a litigios vinculados a los menores para ampliar su poder y control con el único objetivo de seguir causando miedo e intimidación en sus víctimas y suele ser frecuente que el padre maltratador manipule al menor para solicitar la custodia compartida con la clara intención de perpetuar el contacto con la madre tras la ruptura de la relación sentimental²⁰. El Parlamento Europeo ha expresado asimismo su profunda preocupación por el alarmante número de

¹⁵ Disponible en, [https://www.google.com/search?q=informe+de+la+European+Union+Agency+for+Fundamental+Rights+\(FRA\)%2C+de+3+de+marzo+de+2014&rlz=1C1VDKB_esES991ES991&oq=informe+de+la+European+Union+Agency+for+Fundamental+Rights+\(FRA\)%2C+de+3+de+marzo+de+2014&aqs=chrome..69i57.923j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8](https://www.google.com/search?q=informe+de+la+European+Union+Agency+for+Fundamental+Rights+(FRA)%2C+de+3+de+marzo+de+2014&rlz=1C1VDKB_esES991ES991&oq=informe+de+la+European+Union+Agency+for+Fundamental+Rights+(FRA)%2C+de+3+de+marzo+de+2014&aqs=chrome..69i57.923j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8)

¹⁶ N. LOWE, M. EVERALL & M. NICHOLLS, “International Movement Children”, *Law Practice and Procedure*, Jordan Publishing. Ltd., Bristol, 2004, p. 335; “The Outcomes for Children Returned Following an Abduction”, A report by the reunite Research Unit Funded by The Foreign and Commonwealth Office, September 2003, disponible en: http://takeroot.org/ee/pdf_files/library/freeman_2003.pdf

¹⁷ Estadística de Víctimas Mortales por Violencia de Género. Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género. Ministerio de Igualdad. <http://www.violenciagenero.igualdad.mpr.gob.es/violenciaEnCifras/home.htm>

¹⁸ Véase estudio sobre el tiempo que tardan las mujeres víctimas de violencia de género en verbalizar su situación, realizado por la Delegación del Gobierno para la violencia de género, disponible en: <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/victimasMortales/fichaMenores/home.htm> https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/investigaciones/2019/pdfs/Estudio_Tiempo_Denuncia4.pdf

¹⁹ DO C 132/27, de 24 de marzo de 2022.

²⁰ Observación tercera.

feminicidios e infanticidios en Europa cometidos después de que la mujer haya denunciado incidentes de violencia de género²¹.

6. En otro orden, conviene reseñar que, junto a las circunstancias intrínsecas a la naturaleza misma de la violencia de género yacen otros factores relacionados con el grado de protección dispensado a estas en los distintos ordenamientos, una vez retornado el menor, ya que muchos Estados partes del CLH 1980 no disponen de un sistema garantista en materia de protección a las víctimas de la violencia en el ámbito doméstico, ni cuentan con medios económicos suficientes para ofrecer la debida protección a los menores y a las madres que le acompañan.

Esta problemática ha sido también identificada en Estados miembros de la UE. En la observación general 12 de la mencionada Resolución 6/2021, el Parlamento manifiesta su preocupación por las importantes disparidades existentes entre los Estados miembros en la lucha contra la violencia de género ya que no todos los Estados miembros reconocen la violencia en el marco de la pareja o expareja ni como una forma de violencia de género ni como infracción penal. El Parlamento manifiesta además su inquietud ante la situación de las mujeres víctimas de violencia de género que viven en zonas donde escasean las estructuras de apoyo y donde se dificulta el acceso a la justicia y a los servicios públicos y jurídicos para la defensa de sus derechos. De ahí que el considerando AF de la Resolución 6/2012 recabe a la Comisión la necesidad de redoblar sus esfuerzos en promover en todos los Estados miembros la aplicación coherente y concreta de los principios y objetivos establecidos en la CDN “en toda acción pública” en relación con el criterio primordial el interés superior del menor, incluidos los conflictos familiares de alcance transfronterizo²². De esta Resolución destaca, especialmente, la referencia que hace un número creciente de conflictos de alcance transfronterizo en materia de responsabilidad parental y custodia de menores resultante de la movilidad intraeuropea y lo problemático que puede resultar el reconocimiento automático de las sentencias en asuntos de custodia en los que interviene la violencia de género²³.

7. Las razones expuestas ponen de manifiesto que las disposiciones articuladas en torno a los menores no son bien entendidas en el contexto de las sustracciones transfronterizas que traen causa en una situación demostrada de violencia machista²⁴, y ello parece traslucir que algo no funciona bien en nuestras normas o, posiblemente, en quienes las interpretan y aplican, lo que precisa ser esclarecido.

8. Sujetos a estos antecedentes, varias son las preguntas que requieren ser respondidas en esta contribución: ¿Queda salvaguardada la consideración primordial interés superior del menor en sustracciones motivadas por la violencia machista cuando el menor es devuelto al Estado de su residencia habitual anterior?; ¿Puede quedar limitado el derecho a la vida familiar en base a tal consideración?; ¿En qué

²¹ Observación décima.

²² Téngase presente que el art. 83, apartado 1, del TFUE prevé la posibilidad de establecer normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes”.

²³ El considerando AE de esta Resolución reconoce que: a) pese a los progresos realizados, informes recientes indican que las víctimas de delitos siguen sin poder ejercer plenamente sus derechos en la Unión; b) que sigue habiendo un número insuficiente de servicios de apoyo especializados y generalistas para las víctimas de violencia en el marco de la pareja o expareja, enfrentándose a dificultades para obtener justicia debido a la falta de información y a la insuficiencia de apoyo y protección; c) las víctimas sufren a menudo una victimización secundaria en los procesos penales y a la hora de reclamar una indemnización; que existen varios casos en los que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y los sistemas judiciales no son capaces de prestar apoyo suficiente a las mujeres y los menores víctimas de violencia doméstica, se llega incluso a someter a las víctimas de violencia de género a comportamientos negligentes o comentarios inadecuados cuando denuncian la violencia. En la observación 12 de esta Resolución el Parlamento advierte las importantes disparidades existentes entre los Estados miembros en la lucha contra la violencia de género, unas diferencias igualmente apreciadas en el orden interno de cada Estado sobre todo en las zonas rurales en las que escasean las estructuras de apoyo y donde el acceso a la justicia y a los servicios públicos y jurídicos para la defensa de sus derechos es menos accesible y más difícil.

²⁴ C. RUIZ SUTIL, “La violence de genre/conjugale à l’égard des ressortissantes étrangères et leurs enfants face à la dimension transfrontalière dans l’Union européenne”, en C. CORSO y P. WAUTELET (dirs.), *L’accès aux droits de la personne et de la famille en Europe*, Bruselas, Bruylant, 2022, pp. 145-172, en <http://hdl.handle.net/10481/75015>.

medida contribuirá un diálogo con las fuentes que regulan los derechos de los menores en el contexto de sustracciones transfronterizas en las que medie la violencia de género?; ¿Existe alguna medida capaz de proteger la integridad física y psíquica del menor frente a su maltratador?; ¿Se justifica en estos casos un tratamiento diferenciado en atención a si estamos ante una sustracción intra o extra comunitaria?; ¿Deben recibir un tratamiento normativo especial este tipo de sustracciones?

II. El interés superior del menor como valor de referencia universal y su vinculación con el derecho a la vida familiar

1. Consideración primordial del interés superior del menor

9. El interés superior del menor constituye un principio axiológico básico en la interpretación y aplicación de toda la normativa interna o internacional que atiende a la vulnerabilidad de los menores en todos aquellos ámbitos en que sea necesario ofrecerle algún tipo de protección.

Nos encontramos ante un concepto complejo e indeterminado que exige una evaluación detenida²⁵ y flexible, orientada a la búsqueda de soluciones que atiendan al interés superior del niño²⁶, teniendo en cuenta el contexto, la situación y necesidades personales de los menores²⁷, sobre todo cuando este entre en conflicto con otros intereses o derechos consagrados en la CDN o en otros tratados de derechos humanos²⁸. En lo fundamental, la finalidad de este principio rector va orientada a garantizar al menor un disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos en la CDN²⁹ y su desarrollo holístico³⁰.

10. El lugar que este principio ocupa en el entramado jurídico que vincula a los menores queda expresamente asignado en el art. 3, párrafo primero, de la CDN, que al respecto establece:

“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

11. La importancia y repercusión práctica de este principio ha dado lugar a la OG 14/2013 Comité de los Derechos del Niño, cuyo el objetivo es garantizar que los Estados partes de la CDN lo respeten y den efectos al mismo.

En virtud de esta observación, el interés superior del menor debe ser interpretado en su triple dimensión: como derecho sustantivo, como principio jurídico interpretativo fundamental y como norma de procedimiento³¹.

²⁵ Punto 32.

²⁶ Puntos 36-40.

²⁷ Puntos 32 y 33.

²⁸ SSTDH de 21 de junio de 1988 (As. *Berrehab vs. Países Bajos*); de 20 de mayo de 1998 (As. *Aikar vs. Alemania*) y de 25 de mayo de 2004 (As. *Smolnik vs. República Checa*), de 28 de junio de 2005 (As. *Fourchon vs. Francia*) y de 30 de junio de 2005 (As. *Bove vs. Italia*).

²⁹ Véase el punto 12 de la Observación general núm. 5, sobre las medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada en el 34 período de sesiones, 19 de septiembre a 3 de octubre de 2003.

³⁰ Esta proyección se encuentra recogida en el art. 2.1 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 15, de 17/01/1996) cuando reconoce que, “Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”. La norma establece asimismo criterios generales de interpretación y aplicación de este principio, que serán ponderados teniendo en cuenta una lista abierta de elementos (art. 2.2) que han de ser valorados de manera conjunta, siguiendo los principios de necesidad y proporcionalidad, con el objetivo primordial de evitar que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara (art. 2.3).

³¹ Punto 6.

En su dimensión sustantiva, este principio obliga a quien corresponda a adoptar una decisión en la que dicho principio tenga una “consideración primordial” frente a los distintos derechos en juego dentro de la concreta cuestión debatida. Se trata de un factor determinante en la toma de decisiones que impide que el interés superior del niño se sitúe al mismo nivel que el resto de consideraciones. La consideración primordial del interés superior del niño requiere tomar conciencia de la importancia que deben tener sus intereses en todas las medidas y tener la voluntad de priorizarlos “en todas las circunstancias”, sobre todo cuando las medidas tengan efectos indiscutibles en los menores, concediendo más importancia a lo que sea mejor para el menor, debido a su situación especial de dependencia, madurez, condición jurídica y vulnerabilidad como pueden ser, por ejemplo, los malos tratos³².

Como principio jurídico interpretativo básico fundamental, este principio exige una valoración que satisfaga de manera más efectiva el interés superior de los menores en aquellos casos en los que una norma tolere más de una interpretación.

Como norma de procedimiento, el interés superior del menor obliga a la autoridad competente a vigilar que sus decisiones incluyan una estimación de las posibles repercusiones -positivas o negativas- para los menores, lo que implica que la decisión describa cómo este ha de ser evaluado y ponderado en el entorno que se debate y la importancia que se le ha atribuido dentro de la decisión.

12. En suma, la aplicación y evaluación plena del interés superior del menor exige adoptar un enfoque basado en los derechos, con el objetivo de garantizar la integridad física, psicológica, moral y espiritual holística del niño y promover su dignidad humana.

Este enfoque tendrá lugar en dos pasos. En el primer paso, se determinará cuáles son los elementos pertinentes para dotarlos de un contenido concreto y ponderar su importancia en relación con los demás intereses en juego. En el segundo paso, se exige seguir un procedimiento que vele por las garantías jurídicas y la aplicación adecuada del derecho implicado.

2. El derecho a la vida familiar. Límites al derecho de los hijos a relacionarse con los padres

13. Las sustracciones de menores transfronterizas motivadas por la violencia de género son un ejemplo típico de las dificultades prácticas que se plantean en torno al derecho que tiene todo menor a mantener relaciones personales y contactos directos con sus padres de forma periódica, concretado en el derecho a la vida familiar y que su interés superior sea garantizado en todo proceso en el que participe. De ahí la importancia de conocer cómo ha de ser interpretado este principio y en su interacción con el derecho a la vida familiar.

14. El preámbulo de la CDN reconoce que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y bienestar de sus miembros, especialmente de los menores. Es en el seno de la familia donde los menores deben recibir la protección y asistencia necesaria para asumir con plenitud su rol dentro de la comunidad, proporcionando de esta forma un ambiente propicio capaz de garantizar un desarrollo pleno y armonioso de su personalidad.

La preservación de la unidad familiar y el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye pues un elemento básico en el régimen de protección de los menores, que debe asegurarse incluso tras el fracaso del vínculo que la constituye³³. Las crisis matrimoniales o de la pareja fuera del matrimonio no debe interrumpir los vínculos creados con el menor, a menos que existan razones que indiquen que el mantenimiento de las relaciones entre padres e hijos no sea conveniente para los hijos.

³² La situación singular de cada menor presupone que las autoridades y los responsables de la toma de decisiones tengan en cuenta que existen distintos tipos y grados de vulnerabilidad. De ahí que cada situación deba evaluarse de acuerdo con su condición única. Punto 76.

³³ A. BUCHER, “La famille en droit international privé”, *RCADI*, 2000, t. 283, The Hague, Martinus Nijhoff, p. 82

15. El derecho a la vida familiar es un derecho reconocido “a toda persona” en el art. 8 del CEDH y en el art. 7 de la CDFUE³⁴. En relación con los menores, este derecho se encuentra previsto en el art. 9.1 de la CDN en los siguientes términos:

“ Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño ”.

16. En relación con el art. 19.1 de la CDN la OG 14/2013³⁵, precisa que este reconocimiento presupone que la separación de los padres tiene efectos devastadores en los menores. Por este motivo el Estado, antes de recurrir a una medida que implique la separación del menor de su familia, debe proporcionarles el apoyo debido para que estos cumplan sus responsabilidades parentales y restablezcan su capacidad para atender adecuadamente al menor, siempre a reserva de que la separación sea necesaria para garantizar su protección e interés superior. Quiere esto decir que, una medida de implique la separación del menor de uno o de ambos padres tiene carácter excepcional y se articula como último recurso, lo que a su vez implica asegurarse de que sea la única opción que puede satisfacer el interés superior del niño. Así, el derecho fundamental a la vida familiar quedará limitado únicamente cuando el mantenimiento de las relaciones del menor con sus padres sea perjudicial a su interés superior.

III. El respeto a la dignidad humana y a la integridad física y psíquica del menor en el ámbito familiar

1. Tratamiento de las situaciones de violencia en la CDN y en la OG 13/2011

17. En el contexto de las sustracciones transfronterizas deviene ineludible ponderar todos los elementos que intervienen, a fin de adoptar aquella solución que atienda mejor al interés del menor. En la hermenéutica de este principio interviene un elemento positivo dirigido a resguardar al menor contra el riesgo de violencia o malos tratos en su entorno familiar, como así lo prevé el art. 19.1 la CDN, cuando dispone que:

“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo ”.

18. La protección de los menores contra toda forma de violencia representada en esta disposición es otro ejemplo ilustrativo de la preocupación de la Comisión de los Derechos del niño por reforzar y ampliar las medidas destinadas erradicar de manera efectiva las situaciones de violencia que dificultan el desarrollo de los menores.

19. La magnitud y repercusión que presentan las situaciones de violencia en los menores ha dado lugar a que el alcance de esta disposición se haya explicitado en la OG 13/2011³⁶.

La visión general que ofrece el Comité de los Derechos del niño en esta observación se construye con el objetivo primordial de prevenir y no justificar ninguna forma de violencia en los menores

³⁴ Ambas disposiciones contienen la misma definición. “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones”.

³⁵ Punto 61.

³⁶ Punto 73.

y toma como punto de partida la importancia nuclear de la familia en la atención y protección del niño y en la prevención de la violencia, al mismo tiempo es también consciente de que la mayor parte de los actos de violencia se producen en el ámbito familiar, circunstancia que precisa adoptar medidas de intervención y apoyo cuando los niños sean víctimas de situaciones generadas en este contexto.

A través de esta norma de extensión se pretende adoptar un paradigma basado en el respeto y la promoción de la dignidad humana y en garantizar la integridad física y psicológica de los menores como titulares de derechos, con la finalidad de que en todos los procesos de toma de decisiones en torno a los menores sea respetado sistemáticamente su derecho a ser oído, a tener en cuenta sus opiniones debidamente y a que su interés superior tenga una consideración primordial, especialmente cuando sea víctima de actos de violencia³⁷.

20. El art. 19.1 de la CDN, como así se desprende de su literalidad, tiene la firme misión de instruir a los Estados partes sobre la obligatoriedad que les impone la CDN de integrar en sus disposiciones medidas legislativas, judiciales, administrativas, sociales y educativas destinadas a prevenir y combatir la violencia contra los niños con un enfoque basado primordialmente en los derechos del niño³⁸.

La OG 13/2011 que desarrolla este precepto parte del reconocimiento de los efectos devastadores de las situaciones de violencia y el grave peligro para la supervivencia de los menores y su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social³⁹, y cómo la exposición a la violencia no solo aumenta el riesgo de que el menor sea objeto de una victimización posterior, sino de que acumule experiencias violentas que pueden dar lugar a que posteriormente protagonice comportamientos similares con su pareja⁴⁰.

Cuando la OG 13/2011 se adentra en el análisis del art. 19.1 de la CDN reconoce que, “*el Comité siempre ha mantenido la posición de que toda forma de violencia contra los niños es inaceptable, por leve que sea*”, y aclara, que la expresión “toda forma de violencia” significa que no cabe legitimar ningún tipo o grado de violencia “cualquiera que sea su modalidad”, física o mental (maltrato psicológico, abuso mental, agresión verbal, maltrato o descuido emocional, o exposición a la violencia doméstica)⁴¹, o su intensidad (leve o grave), puesto que contra los menores “ninguna forma de violencia es legalmente aceptable”⁴², siendo las autoridades estatales quienes garanticen la protección del menor contra toda forma de violencia, y no hacerlo, implicaría una violación de los derechos reconocidos en la CDN⁴³.

21. La compleja y diversa arquitectura normativa en torno a los menores exige que estas normas tengan un carácter holístico. Este carácter se define en el cumplimiento de tres elementos básicos: a) la diversidad (medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas); b) que sirvan para prevenir y combatir cualquier forma de violencia; y c) que sean generales, es decir, que colmen todos los sectores públicos de forma integrada y cohesiva a través de las intervenciones previstas en el párrafo 2 del art. 19 de la CDN.

La precisión de estos caracteres es concluyente en contextos de violencia de género, puesto que las definiciones que los Estados desarrollen sobre la violencia en sus respectivos ordenamientos internos

³⁷ Parte introductoria de la OG 13/2011.

³⁸ Puntos 11 y 13.

³⁹ La OG 13/2011 han reiterado que son sobradamente conocidas las consecuencias devastadoras que provoca en los menores la violencia y los malos tratos, pudiendo ocasionar entre otras, discapacidad, retraso en el desarrollo físico, la aparición de enfermedades, dificultades en el aprendizaje, problemas en el rendimiento escolar y laboral, y secuelas psicológicas y emocionales (trastornos afectivos, trauma, ansiedad, inseguridad y destrucción de la autoestima, problemas vinculados a la salud mental, ansiedad, trastornos depresivos o intentos de suicidio, así como el abuso de sustancias adictivas o la iniciación precoz en la actividad sexual. Punto 15.

⁴⁰ Véase estudio sobre la violencia contra los niños realizado por Paulo Sérgio Pinheiro, Experto independiente del Secretario General de las Naciones Unidas, *Informe mundial sobre la violencia contra los niños y niñas* (Ginebra, 2006), pp. 61-66.

⁴¹ Punto 21, inciso e).

⁴² Punto 17.

⁴³ El punto 32 de la OG 13/2011 describe como situaciones de desprotección en las que pueden incurrir los Estados partes: a) la carencia de medios efectivos para hacer cumplir las obligaciones establecidas en la CDN o para valorar, supervisar y evaluar los progresos y las deficiencias de las actividades destinadas a poner fin a la violencia; b) no contar con normas adecuadas; c) no aplicar adecuadamente las normas existentes al momento de detectar, prevenir y combatir la violencia contra los menores o cuando ejercen sus responsabilidades sin tener en cuenta el interés superior, las opiniones o los objetivos de desarrollo del menor.

y las medidas que en tal sentido se articulen, no pueden suponer un menoscabo del derecho a la dignidad humana, a la integridad física y psicológica de los menores debido a su carácter absoluto⁴⁴. En consecuencia, no cabe justificar castigos corporales ni otras formas de castigos crueles o degradantes reñidos con la dignidad humana y con el derecho a la integridad física del niño⁴⁵.

La Comisión insiste igualmente en la conveniencia de elaborar definiciones jurídicas claras sobre las distintas formas de violencia a que hace referencia el art. 19.1 de la CDN, sobre la base de las orientaciones ofrecidas en la OG 13/2011, y alienta a la unificación de las definiciones de violencia a nivel internacional, a fin de facilitar la recopilación de datos y el intercambio de experiencias entre países, así como una lista no exhaustiva de formas de violencia que vinculen a “todos los menores en todos los entornos”, y en “situaciones de tránsito” entre distintos entornos .

22. La observación destaca por otro lado la necesidad de aplicar la legislación y los procedimientos judiciales de una manera adaptada a las necesidades del niño, incluidos la posibilidad de los recursos⁴⁶ (garantías procesales) y que todas las decisiones que se adopten vayan encaminadas a la protección del menor, salvaguardando su posterior desarrollo y su interés superior, sobre todo, cuando exista un riesgo de reincidencia del autor de los actos de violencia⁴⁷. Junto a ello añade que, las medidas que se adopten por los Estados deben ir dirigidas a contrarrestar los factores de riesgo a que pueden quedar expuestos los menores derivados de la actuación de sus padres o de la familia, especialmente aquellas que tengan un componente de género⁴⁸, así como que se garantice que la situación del niño y la de su familia haya sido evaluada por un equipo multidisciplinar de profesionales especializados, al ser la única manera de comprobar si el escenario en que este se desenvuelve el menor es incapaz de ofrecerle un ambiente de seguridad y protección debidos y si la separación es la única opción capaz de satisfacer el interés superior del menor⁴⁹.

23. La apreciación del interés superior del menor a la luz de esta observación presenta un significado meridiano en sustracciones apoyadas en la violencia de género, toda vez que involucra los posibles riesgos y daños futuros y cualquier otra consecuencia que pueda comprometer la seguridad del menor al momento de la toma de decisiones y su incidencia en el derecho a la vida familiar. De esta forma el principio del interés superior del menor cumpliría una función inspiradora en la construcción de normas positivas, y de control, en el momento de su aplicación⁵⁰.

2. La violencia de género en el Convenio de Estambul

24. En paralelo a las disposiciones aludidas vincula a la violencia de género emerge el Convenio de Estambul, en vigor en Europa desde el 1 de agosto de 2014¹. Este Convenio constituye el primer instrumento legal de fuerza vinculante para los Estados participantes y crea un marco jurídico global dirigido a la protección a la mujer contra todas las formas de violencia. Su objetivo es prevenir, perseguir y erradicar la violencia contra las mujeres y las niñas y la violencia doméstica. El Convenio contempla un amplio

⁴⁴ Punto 61.

⁴⁵ P.S. PINHEIRO, Informe mundial sobre la violencia contra los niños y niñas, 2006, pp. 61-66.

⁴⁶ Punto 41, inciso i).

⁴⁷ En esta misma dirección se inscriben las Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre una justicia adaptada a los menores, aprobadas el 17 de noviembre de 2010, adoptadas por el Comité de Ministros el 17 de noviembre de 2010 en el 1098º encuentro de los ministros (Versión editada de 31 de mayo de 2011); la Resolución n.º 2 sobre justicia adaptada a los niños y las niñas, adoptada en la 28ª Conferencia de Ministros de Justicia europeos (Lanzarote, octubre de 2007); las Directrices de Naciones Unidas sobre la Justicia en asuntos concernientes a los niños y las niñas víctimas y testigos de delitos (2005) y en la Resolución 65/213 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 21 de diciembre de 2010 (A/RES/65/230).

⁴⁸ Punto 72, inciso f).

⁴⁹ Punto 74.

⁵⁰ A.L. CALVO CARAVACA y, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, Comares, Granada, 17ª ed., 2017, p. 536.

abánico de intervenciones que incluyen la recopilación de datos, medidas legales de penalización de las diversas formas de violencia contra la mujer, medidas de protección de las víctimas y servicios de apoyo. Asimismo, aborda la dimensión de la violencia de género en el ámbito del asilo y la migración y crea un mecanismo de seguimiento específico para garantizar una aplicación efectiva de sus disposiciones.

25. En el preámbulo del Convenio se reconoce explícitamente que la naturaleza estructural de la violencia contra la mujer está basada en el género, debido a su posición histórica de subordinación respecto a los hombres generado por estereotipos patriarcales que han limitado ancestralmente sus libertades y su plena emancipación. De ahí que requieran de una protección especial pues cualquier forma de violencia constituye un claro obstáculo para la consecución del derecho de igualdad entre hombres y mujeres y una violación grave de los derechos humanos. La violencia contra la mujer es de este modo entendida como una conculcación de los derechos humanos, reflejando así la toma en consideración de lo establecido en distintos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)².

26. El Convenio de Estambul fue firmado por 46 países y ratificado por 34. Y en fecha muy reciente, 1 de junio de 2023, la UE se adhirió al mismo mediante Decisión (UE) 2023/1075 del Consejo⁵¹, hecho que consolida la capacidad de la UE en su lucha contra la violencia de mujer en situaciones transfronterizas. La celebración del Convenio en nombre de la Unión contribuirá a la consecución de la igualdad entre mujeres y hombres en todos los terrenos, que es uno de los objetivos y valores fundamentales de la Unión y uno de los principios que considerar de conformidad con los arts. 2 y 3 del Tratado de la Unión Europea, el art. 8 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el art. 23 de la CDFUE. Al comprometerse a aplicar el Convenio, la Unión reafirma su compromiso en la lucha contra la violencia contra la mujer ejercida en su territorio y en todo el mundo, y refuerza su actual acción política y su marco jurídico material en el ámbito del Derecho procesal penal, lo que resulta de particular importancia para las mujeres y las niñas⁵. Sin embargo, la adhesión a este Convenio únicamente afecta a asuntos que sean de la competencia exclusiva de la Unión, siempre que las disposiciones pertinentes del Convenio puedan vincular a normas comunes o alterar el alcance de las mismas. Por tanto, la adhesión de la UE al Convenio se entiende sin perjuicio de la competencia de los Estados miembros en lo que respecta a la ratificación del Convenio, para asuntos que sean de su competencia nacional.

27. En relación con los menores el Convenio reconoce su condición de víctima de la violencia doméstica o de género, incluso cuando solo la hayan presenciado, y reclama a los Estados parte una protección y apoyo especial a través de la adopción de medidas legislativas u otras necesarias que atiendan adecuadamente sus derechos y necesidades en atención a su interés superior (art. 26). Estas medidas deberán incluir un enfoque de género tanto en la aplicación y evaluación del impacto de las disposiciones del Convenio, como a efectos de promover y aplicar de manera efectiva políticas de igualdad entre hombres y mujeres y la autonomía de estas últimas. Se trata de un reconocimiento saludable por cuanto pretende modificar comportamientos y estereotipos tradicionalmente asignados en función del género y que han dado lugar a que en ciertos contextos la violencia contra la mujer sea normalizada⁵².

La implementación de estas medidas requiere arbitrar un sólido mecanismo que promueva la cooperación internacional (art. 1, en relación con los arts. 62-64) de forma tal que los Estados partes puedan concluir acuerdos de cooperación en materia civil y penal para prevenir, combatir y perseguir todas las formas de violencia hacia las mujeres y proteger y asistir a las víctimas, investigar los delitos, aplicar las sentencias y las órdenes de protección, denunciar desde el país de residencia hechos cometidos en otro Estado parte, así como dar asistencia judicial en materia de extradición o de ejecución de sentencias civiles o penales dictadas en otro Estado (art. 62)⁵³.

⁵¹ DO (EN CUSIVA) LI 143/1, de 2 de junio de 2023.

⁵² G. GALLEGOS SÁNCHEZ, "El Convenio de Estambul. Su incidencia en el sistema español de lucha frente a la violencia contra la mujer", *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, 2015, n.º 2 (EDC 2015/195775, www.elderecholefebvre).

⁵³ *Ibidem*.

28. En el ámbito de la sustracción transfronteriza originada por la violencia de género cobra especial relevancia la regulación contenida en el art. 31, apartados primero y segundo, bajo la rúbrica “Custodia, derecho de visita y seguridad”. El apartado primero de esta disposición, vincula a la autoridad del Estado requirente (Estado de la residencia habitual del menor antes del traslado o retención ilícita), a efectos de que se tomen en consideración las situaciones de violencia previstas en el Convenio a la hora de fijar a cuál de los padres corresponde el derecho de custodia y/o de visita⁵⁴. El apartado segundo, por su parte, afecta al ejercicio de los derechos de custodia o de visita cuando estos pongan en peligro otros derechos y la seguridad de la mujer y de los menores. En base a esta disposición la autoridad requerida en un procedimiento de sustracción internacional podría sustentar la no devolución del menor maltratado al Estado de la residencia habitual anterior, si así lo impidiera el alcance restrictivo de la excepción del art. 13. 1 b) del CLH 1980, normalmente asociada a la existencia o implementación de medidas de protección que garanticen el retorno seguro del menor. Esta disposición resultará igualmente útil en aquellos casos en que dicha autoridad decreta la devolución del menor cuando esta queda sujeta a la adopción de medidas urgentes o provisionales para dar protección a las víctimas de la violencia - madre e hijos/as menores- durante el desarrollo del procedimiento de sustracción internacional⁵⁵.

Las distintas situaciones que aborda el art. 31 quedan condicionadas a lo dispuesto en el art. 51 del Convenio de Estambul, norma que obliga a los Estados partes a proporcionar todas las herramientas necesarias -en forma de medidas legislativas o de otro tipo-, a efectos de que las autoridades competentes puedan realizar una correcta valoración del riesgo de letalidad, de la gravedad de la situación y del riesgo de reincidencia de la violencia. En sustracciones internacionales esta disposición es determinante para la seguridad y apoyo a la madre secuestradora y de los menores secuestrados víctimas de la violencia de género, sobre todo a efectos de apreciar la viabilidad de las medidas provisionales o urgentes que se adopten durante el desarrollo del procedimiento en el Estado requerido para la devolución del menor.

Asimismo, resulta especialmente relevante en el ámbito en que nos movemos lo dispuesto en el art. 56.1, puesto que esta norma reitera la obligatoriedad de los Estados partes para que sean adoptadas las medidas legislativas u otras necesarias para garantizar la protección de los derechos e intereses de las víctimas y testigos de los actos de violencia de género o doméstica en todas las fases de la investigación y de los procedimientos judiciales que se desarrollen. En el caso de los menores, tales medidas deben estar específicamente diseñadas para que se tenga en consideración el interés superior del menor⁵⁶.

29. Como se puede advertir las disposiciones del Convenio de Estambul son plenamente concordantes con el espíritu de la CDN y con las observaciones generales de la Comisión de los Derechos del niño antes referidas. Pero esta coherencia se rompe cuando cambiamos a otro nivel de especialización en la normativa convencional e institucional, lo que, como inmediatamente se verá, pone de relieve la ausencia de diálogo entre los distintos textos internacionales encargados de prestar asistencia a los menores.

⁵⁴ Esta regulación no afecta a la autoridad requerida en un proceso de secuestro pues esta carece de competencia judicial internacional para conocer del fondo. Recordemos que en materia de sustracción internacional de menores la competencia sobre el fondo corresponde a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que residía habitualmente el menor inmediatamente antes de su traslado (artículo 10 RB II *bis* “conservación de la competencia”). Esta competencia se transfiere el Estado miembro hacia donde ha sido trasladado el menor si este ha adquirido una residencia habitual en ese otro Estado, si se configura alguna de las exigencias recogidas en el aludido precepto. Véase STJUE, de 1 de julio de 2010 (*Povse vs. Alpagó*).

⁵⁵ C. RUIZ SUTIL, “Implementación del Convenio de Estambul en la refundición del Reglamento Bruselas II bis y su repercusión en la sustracción internacional de menores”, *Cuaderno de Derecho Transnacional*, octubre-2018, Vol. 10, n.º 2, pp. 615-641, pp. 621 y 622.

⁵⁶ El Convenio establece además una garantía procesal a la tutela judicial efectiva de las víctimas -mujeres y menores- al imponer a los Estados la obligatoriedad de habilitar recursos civiles contra el autor de hecho delictivo (art. 29.1), así como contra las propias autoridades estatales que hubieran incumplido su deber de tomar medidas preventivas o de protección necesarias dentro del límite de sus poderes (art. 29.2). Las víctimas podrán asimismo solicitar una indemnización a los autores de los delitos cubiertos por el Convenio (art. 30.1) y cuando estos o sus responsables subsidiarios -aseguradoras o los servicios sociales y médicos financiados por el Estado- no puedan satisfacerla el Estado debería asumirla, sin perjuicio de una acción de repetición contra los responsables (art. 30.2).

3. Las sustracciones transfronterizas y la violencia de género en el CLH 1980 y en los reglamentos europeos

30. El CLH 1980 es el instrumento más importante en materia de sustracción internacional de menores de todos los que vinculan a España en este ámbito. Este Convenio establece un sistema de cooperación de autoridades con un doble objetivo: restituir al menor con carácter inmediato al menor al Estado de su residencia habitual anterior a traslado o retención ilícito, sin entrar en consideraciones sobre el fondo - la atribución o privación de la patria potestad⁵⁷, etc.- (art. 16)⁵⁸; y velar por el cumplimiento efectivo de los derechos de custodia y visita establecidos en el Estado de origen del menor⁵⁹.

31. El Convenio resulta aplicable a toda sustracción internacional de menores de 16⁶⁰ que tenga lugar entre Estados partes (103 en la actualidad). Para que para el traslado o retención internacional sea considerado ilícito deben cumplirse dos requisitos cumulativos: a) que se haya infringido un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención⁶¹; y b) que exista un ejercicio efectivo de la custodia al momento del traslado o retención (art. 3, incisos a y b), y ello, con independencia de que se trate de una atribución de pleno derecho, de una resolución judicial o administrativa o de un acuerdo en vigor según el Derecho del Estado requerido (art. 3, párrafo segundo)⁶².

32. La devolución inmediata del menor como núcleo duro de toda la reglamentación convencional podrá excepcionarse de configurarse las situaciones descritas en los arts. 12, 13 y 20 del CLH 1980⁶³.

⁵⁷ Las autoridades judiciales o administrativas del Estado contratante a donde haya sido trasladado o retenido ilícitamente el menor no podrán decidir sobre la cuestión de fondo relativa a los derechos de custodia hasta que se resuelva negativamente el procedimiento de restitución o haya transcurrido un tiempo razonable para instar la restitución (art. 16).

⁵⁸ I. REIG FABADO, “La construcción del concepto autónomo de residencia habitual del menor en los supuestos de sustracción internacional de menores”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 11, n.º 1, 2019, pp. 877-888, p. 887.

⁵⁹ Además del CLH de 1980, España se encuentra vinculada en este ámbito por el Convenio Europeo de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980, sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias sobre custodia de los hijos (BOE núm. 210, de 1 de septiembre de 1984) y por el Convenio entre España y Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores, de 30 de mayo de 1997 (BOE núm. 150, de 24 de junio de 1997). M. MOYA ESCUDERO, *Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores*, Granada, Comares, 1998, p. 187; Id., “El secuestro internacional de menores”, en A. RODRÍGUEZ BENOT (dir.), *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, *Cuadernos de derecho judicial*, pp. 411-460. Por su parte, la aplicación del Convenio entre España y Marruecos es cada vez más escasa desde que Marruecos ratificara el CLH 1980 el 1 de mayo de 2011. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Globalización, secuestro internacional de menores y convenios de Luxemburgo (1980) y la Haya (1980)”, en A.L. CALVO CARAVACA y E. CASTELLANOS RUIZ (dirs.), *El derecho de familia ante el siglo XXI: Aspectos internacionales*, Colex, 2004, pp. 165-194, pp. 175-190.

⁶⁰ P. JIMÉNEZ BLANCO, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2008, p. 97, A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Protección de menores”, en A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, t. II, pp. 2013-2210, p. 2132.

⁶¹ El CLH 1980 acoge un concepto autónomo de derecho de custodia que comprende el derecho relativo al cuidado de la persona del menor, así como el de decidir sobre su lugar de residencia (art. 5), y garantiza asimismo el ejercicio efectivo del derecho de visita, entendido, como el derecho de trasladar al menor por un período de tiempo limitado a otro lugar diferente a aquél en que tiene su residencia habitual. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Globalización, secuestro internacional de menores y convenios de Luxemburgo (1980) y la Haya (1980)”, *op. cit.*, p. 182; I. REIG FABADO, “Sustracción internacional de menores. Especial atención a la aplicación del convenio de la Haya 25 octubre 1980 y excepción al no retorno inmediato de la menor”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 13, n.º 1, marzo-2021, pp. 966-973, p. 967.

⁶² J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional privado*, 11ª edic., Thomson Reuters/Civitas, Cizur Menor, 2020, p. 406.

⁶³ Para un estudio más detenido de las causas de no devolución del menor en aplicación del CLH 80 véase R.S. PAZ LAMELA, “Causas de no restitución del menor en los supuestos de sustracción internacional (Análisis a través de la jurisprudencia reciente)”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 17, 2013, pp. 675-685; F.J. FORCADA-MIRANDA, “Carencias, necesidades y conflictos de la sustracción internacional de menores y el novedoso marco legal español”, *REDI*, núm. 68-2, 2016, pp. 337-346; Id., “El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: La decidida apuesta por la celeridad y la novedosa Circular de la Fiscalía 6/2015 (Parte I)”, *Bitácora Millennium*

Con carácter general el tribunal competente estará obligado a devolver al menor⁶⁴ si ha transcurrido menos de un año desde que se produjo la sustracción o retención ilícita, si bien, dentro de ese término, “podrá” (es discrecional) decretar la no devolución del menor en los siguientes casos: a) si la custodia no es ejercida de hecho o si el traslado ha sido consentido⁶⁵ [art. 13 a)]; b) cuando la restitución exponga al menor a un grave riesgo físico o psíquico o lo coloque en una situación intolerable [13.1 b)]; c) por oposición del menor (ar. 13 b) II); y d) por vulneración del orden público del Estado requerido (art. 20). Transcurrido un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos cabría igualmente oponer las referidas causas, además de la prevista en el art. 12.2⁶⁶, que opera, cuando quien se opone a la restitución demuestre que el menor se ha integrado al nuevo medio⁶⁷.

33. El CLH 1980, como se observa, es tributario de un sistema normativo equilibrado que conjuga adecuadamente el interés superior menor y el derecho a la vida familiar frente a su doble objetivo, pues, al tiempo que reconoce el efecto negativo que produce en los menores la ruptura abrupta e involuntaria con el padre o la madre no sustractor/a y con el entorno que le rodea (familiares, amigos, relaciones sociales, costumbres, idioma, etc.)⁶⁸, viéndose protegido su interés superior si se le restituye al Estado de su residencia habitual anterior; por otro lado, asume el carácter limitado del derecho a la vida familiar, cuando deja abierta la posibilidad de acordar la no devolución del menor por la vía de las excepciones, si la conservación de tales relaciones resultara perjudicial para el menor⁶⁹.

34. Las disposiciones del CLH 1980 han sido además complementadas⁷⁰ en desplazamientos y retenciones ilícitas intracomunitarias, primero, por el Reglamento (CE) n.º 2201/2003, del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental⁷¹ (RB II bis), y más tarde, por el del Reglamento (UE) n.º 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental,

DIPr., n.º 3; pp. 11-12; J.J. CASTELLÓ PASTOR, “Excepciones legales al retorno del menor en los supuestos de sustracción internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 10, n.º 1, 2018, pp. 561- 567. Véanse asimismo los AAP de Baleares, sección 3, de 13 de marzo de 2003; de las Palmas, sección 3, de 10 de marzo de 2009; de Madrid, sección 22ª, de 31 de marzo de 2015, de Vizcaya, sección 4ª, de 28 de junio de 2011 y la SAP de Barcelona, sección 18ª, de 1 de octubre de 2013.

⁶⁴ El momento a partir del cual empieza a computarse el plazo previsto en el art. 12 CLH 80 es el comprendido entre la fecha en que el menor tenía que ser devuelto al titular de derecho de custodia (traslado) o la fecha en la que este último no autorizó la extensión de dicho plazo y la fecha de la presentación de la solicitud ante las autoridades del país donde se encuentra el menor. Sobre este extremo véase el informe de E. PÉREZ VERA, punto 108.

⁶⁵ M. HERRANZ BALLESTEROS, *Interés del menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado*, Lex nova, 2004, p. 110; F.J. FORCADA-MIRANDA, “Carencias, necesidades y conflictos de la sustracción internacional de menores y el novedoso marco legal español”, *REDI*, n.º 68-2, 2016, pp. 337-346; Id., “El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: La decidida apuesta por la celeridad y la novedosa Circular de la Fiscalía 6/2015 (Parte I)”, *Bitácora Millennium DIPr.*, n.º 3, 2016, pp. 11-12.

⁶⁶ E. PÉREZ VERA, “Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: cuarta reunión de la Comisión Especial sobre la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la sustracción internacional de menores (22 a 28 de marzo de 2001)”, *REDI*, 2001, Vol. LIII, n.º 1 y 2, pp. 717-722; R.S. PAZ LAMELA, “Causas de no restitución del menor en los supuestos de sustracción internacional”, *op. cit.*, pp. 675-685.

⁶⁷ C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “El interés superior del menor: la integración en el nuevo medio”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 8, n.º 2, 2016, pp. 77-91.

⁶⁸ M. GONZÁLEZ MARIMÓN, “El principio del interés superior en supuestos de sustracción ilícita internacional: la jurisprudencia del TJUE y TEDH”, en M.C. GARCÍA GARNICA y N. MARCHAL ESCALONA (dirs.), *Aproximación interdisciplinaria a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia*, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 637-658, pp. 643-646. Véase asimismo STEDH, de 13 de julio de 2010 (*Fuşcă vs. Rumania*).

⁶⁹ I. OTAEGUI AIZPURUA, “Vulneración del art. 8 CEDH por incumplimiento de la obligación positiva de facilitar la restitución de los menores sustraídos”, *AEDIPr.*, t. IX, 2009, pp. 733-749; G. PALAO MORENO, “La sustracción internacional de menores en la jurisprudencia española”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 16, 2002, pp. 225-284, p. 255; C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “Sustracción internacional de niños y ejercicio transnacional de los derechos de visita”, en S. GARCÍA CANO y M. D. ADAM MUÑOZ (coord.), *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Colex, Madrid, 2004, pp. 80-115, p. 89.

⁷⁰ F. GARAU SOBRINO, “Notas sobre la colisión de fuentes de Derecho internacional privado español sobre responsabilidad parental y protección del niño”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 3, n.º 1, 2011, pp. 282-289.

⁷¹ DO L 338, de 23 de diciembre de 2003.

y sobre la sustracción internacional de menores⁷² (RB II ter)⁷³, así como por el Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños, hecho el 19 de octubre de 1996⁷⁴ (CLH 1996), para desplazamientos entre Estados partes del CLH 1996 que no lo sean del RB II ter⁷⁵.

35. De estos instrumentos destacan las modulaciones que incorporó al art. 13.1 b) del CLH 1980 el art. 11 del RB II bis⁷⁶, ya que dos de ellas imprimen un carácter más restrictivo si cabe a la aplicación originaria de dicha norma. La primera de ellas, es la recogida en el art. 11.4, que dispone lo siguiente:

“Los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de un menor basándose en lo dispuesto en la letra b) del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980 si se demuestra que se han adoptado medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución”⁷⁷.

A diferencia de lo que establecido el art. 13.1 b) del CLH 1980, en desplazamientos intracomunitarios, esta excepción no presenta el carácter potestativo que se imprime a esta norma en la versión originaria del CLH 1980. De la literalidad de esta norma se desprende que la autoridad requerida no podrá negarse a devolver al menor, aunque el grave riesgo quede probado, si en el Estado de la residencia habitual de menor se adoptan medidas de protección adecuadas para garantizar que su retorno sea seguro. Esto significa que el margen de discrecionalidad del juez requerido no pesa ya en la demostración del grave riesgo, de hecho, se parte de este presupuesto, sino en la inexistencia o falta de garantías en el Estado requirente de medidas de protección que garanticen que el retorno del menor sea seguro⁷⁸.

Además de esta restricción, el legislador comunitario impone un segundo blindaje ante la posible adopción de una resolución de no devolución del menor en el Estado requerido, esta vez prevista en el apartado 8 del art. 11, a través del denominado “mecanismo de prevalencia”, también conocido como mecanismo de la “segunda instancia” o de “última palabra”. Según esta norma establece:

“Aun cuando se haya dictado una resolución de no restitución con arreglo a lo dispuesto en el artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, cualquier resolución judicial posterior que ordene la restitu-

⁷² DO L 178, de 2 de julio de 2019.

⁷³ M.A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “La reforma del Reglamento (CE) n.º 2201/2003: análisis de las soluciones propuestas en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVII, 2017, pp. 767-784, p. 782.

⁷⁴ BOE núm. 291, de 2 de diciembre de 2010.

⁷⁵ Esta precisión viene contenida en el art. 94 del RB II ter.

⁷⁶ Entre ellas: a) dar audiencia al menor en caso de aplicarse los arts.12 y 13 del CLH 80, salvo que no tenga la edad y la madurez suficiente para que su opinión sea tomada en consideración (art. 11. 2); b) la decisión se dictará en un período máximo de seis semanas contados desde la fecha de la interposición de la demanda (art. 24 RB II ter antiguo art. 11.3 RB II ter); c) sujeción de la excepción del art. 13.1 b) a la adopción de medidas de seguridad que garanticen el retorno seguro del menor (art. 27 del RB II ter antiguo art. 11.4 del RB II bis); d) la decisión de no retorno no podrá adoptarse sin escuchar a quien haya solicitado la restitución (art. 26 RB II ter antiguo art. 11.5 RB II bis); e) transmisión inmediata de la decisión de no restitución -vía directa o a través de la autoridad central- al tribunal o a la autoridad central del Estado miembro de la residencia habitual del menor (art. 11.6 y 7); f) notificación a las partes de la decisión de no devolución y demás documentos pertinentes, a la que se suma la invitación a presentar sus reclamaciones ante el órgano jurisdiccional en un plazo de tres meses desde la notificación, a fin de que este último examine la cuestión de la custodia del menor; y g) articulación del mecanismo de la segunda instancia o de la última palabra (art. 11.8).

⁷⁷ I. REIG FABADO, “Incidencia del Reglamento 2201/2003 en materia de sustracción internacional de menores: interacción con el Convenio de La Haya de 1980”, en P. LLORIA GARCÍA (COORD.), *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 220-228; id., “El retorno inmediato del menor en la sustracción internacional de menores”, *Revista boliviana de Derecho*, n.º 20, julio 2015, pp. 242-263, pp. 253 y 254.

⁷⁸ G. MORENO CORDERO, “Las medidas de protección como garantía para un retorno seguro del menor sustraído o retenido ilícitamente: tensiones entre el grave riesgo y el interés superior del menor”, en Aproximación interdisciplinar a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia, M^a C. GARCÍA GARNICA y N. MARCHAL ESCALONA (DIRS.); A. QUESADA PÁEZ y G. MORENO CORDERO (COORDS.), Thomson-Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 607-632, p. 620; Id., “El interés superior del menor y su retorno seguro en sustracciones intracomunitarias fundadas en la violencia de género: el grave riesgo en la Guía de buenas prácticas”, en A. ORTEGA GIMÉNEZ (DIR.), I. LORENTE MARTÍNEZ y L. S. HEREDIA SÁNCHEZ (COORDS.), *Europa en un mundo cambiante: Estrategia Europa 2020 y sus retos sociales*, Thomson-Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 119-134.

ción del menor, dictada por un órgano jurisdiccional competente en virtud del presente Reglamento será ejecutiva de acuerdo con la sección 4 del capítulo III, con el fin de garantizar la restitución del menor”.

Este mecanismo ha sido severamente cuestionado por la doctrina⁷⁹ debido a los problemas que plantea su ejecución práctica, como así se ha hecho patente en distintas sentencias del TJUE⁸⁰ y del TEDH⁸¹. Con este mecanismo se pretende que la decisión de retorno corresponda al órgano jurisdiccional competente sobre el fondo, asegurando de esta forma las competencias reconocidas a dicho estado en virtud del art. 10 del RB II bis, mediante la revisión de la decisión adoptada por el tribunal del Estado miembro hacia donde ha sido trasladado ilícitamente el menor. La resolución que finalmente se adoptara al abrigo de este mecanismo implicaba la devolución del menor, y esta resolución, una vez certificada⁸², sería ejecutiva en el Estado parte requerido⁸³, de conformidad con lo previsto en los arts. 11.8, 40.1 b) y 42⁸⁴, sin que fuera posible oponerse a ella, a menos que resultara incompatible con otra resolución dictada con posterioridad (art. 47.2, párrafo segundo)⁸⁵.

36. La entrada en funcionamiento del RB II ter, ha introducido mejoras de calado al sistema arbitrado por el derogado RB II bis. Con carácter general se articula un mecanismo que ha tenido más en cuenta el interés superior ya que algunas de sus regulaciones van dirigidas a impedir que cualquier resolución sirva para exigir “en todo caso” el retorno del menor⁸⁶.

De primeras, el nuevo Reglamento deja intacto el art. 11.4 el RB II bis, dando aquí por reproducidas las mismas consideraciones hechas hace un momento sobre su repercusión. En segundo lugar, y lo

⁷⁹ Sobre la crítica del sistema véase C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “La supresión del exequátur en el R. 2201/2003”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 3, n.º 1, 2011, pp. 63-83; Id., “Orden público internacional y prohibición de control de competencia judicial internacional: asunto C-455/15 PPU, P vs Q”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 9, n.º 2, 2017, pp. 635-640; M. LÓPEZ DE TEJADA RUIZ, “La supresión del exequátur en el espacio judicial europeo”, *Diario La Ley*, n.º 7766, 30 de diciembre 2011; R. CARO GÁNDARA, “De la desconfianza recíproca al reconocimiento mutuo: una laboriosa transición: el Reglamento Bruselas II bis como banco de pruebas”, *Diario La Ley*, n.º 7641, 31 de mayo de 2011; E. RODRÍGUEZ PINEAU, “La oposición al retorno del menor secuestrado: movimientos en Bruselas y La Haya”, *op. cit.*, pp. 15-19; M. GONZÁLEZ MARIMÓN, “El “diálogo” entre el TJUE y el TEDH en torno a la eliminación del exequátur del mecanismo de retorno del Reglamento Bruselas II bis”, en L. GARCÍA ÁLVAREZ y J.M. MARTÍN RODRÍGUEZ (coords.), *El mercado único en la Unión Europea. Balance y perspectivas juridicopolíticas*, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 81-94; id., “La regulación de la sustracción internacional de menores en el Reglamento Bruselas II Ter y sus principales novedades: hacia una mejor protección del interés superior del menor”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 14, n.º 1, marzo-2022, pp. 286-312, pp. 305-306.

⁸⁰ Las SSTJUE, de 1 de julio de 2010, As. C-211/10, *Povse vs. Alpago* (ECLI:EU:C:2010:400), de 11 de julio de 2008, As. C-195/08, PPU, *Ignia Rinau* (ECLI:EU:C:2008:406), de 5 de octubre de 2010, As. C-400/10 PPU, *McB*, (ECLI:EU:C:2010:582), y de 19 de noviembre de 2015, asunto C-455/15 PPU, P y Q (ECLI:EU:C:2015:763). Véanse comentarios a las respectivas sentencias en N. MAGALLÓN ELÓSEGUI, “STJ (Sala 3.a) de 1 de julio de 2010. As. c-211/10. D. Povse c. M. Alpago”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LXII, n.º 2, 2010, pp. 235-238; C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “Las resoluciones de restitución de menores en la Unión Europea: el caso Rinau”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 2, n.º 2, 2010, pp. 222-235; I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, “STJ de 5 de octubre de 2010 (asunto c-400/10), J. McB y L. E.”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LXII, n.º 2, 2010, pp. 241-244; C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “Orden público internacional y prohibición de control de competencia judicial internacional: asunto C-455/15 PPU, P vs Q”, *op. cit.*, pp. 635-640.

⁸¹ SSTEDH de 6 julio de 2010 (As. *Neulinger y Shuruk vs. Suiza*); de 9 de septiembre de 2010 (As. *Raban vs. Rumania*); de 12 de julio de 2011 (As. *Sneerson y Campanella vs. Italia*); de 15 de mayo de 2012 (As. *M.R y M.L vs. Estonia*); de 26 de noviembre de 2013 (As. *X vs. Letonia*); de 21 de septiembre de 2017 (As. *Severe vs. Austria*).

⁸² De conformidad con el Anexo IV RB II bis.

⁸³ P. JIMÉNEZ BLANCO, “La ejecución forzosa de las resoluciones de retorno en las sustracciones internacionales de menores”, *La protección de los niños en el Derecho internacional y en las relaciones internacionales*, Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 341-365; S. MARTÍNEZ DEL TORO, “El retorno de menores en supuestos de sustracción internacional (arts. 778 quater, 778 quinquies y 778 sexties LEC)”, *Práctica de tribunales: Revista de Derecho procesal civil y mercantil*, n.º 124, 2017, pp. 1-3.

⁸⁴ AAP de Madrid, núm. 177/2007, de 3 de julio.

⁸⁵ Recordemos que en materia de sustracción internacional de menores la competencia sobre el fondo corresponde a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que residía habitualmente el menor inmediatamente antes de su traslado (art. 9 RB II ter “conservación de la competencia”). Esta competencia se transfiere el Estado miembro hacia donde ha sido trasladado el menor si este adquiere la residencia habitual en ese otro Estado y si se configura alguna de las exigencias recogidas en el aludido precepto.

⁸⁶ E. RODRÍGUEZ PINEAU, “Refundición del Reglamento Bruselas II bis: de nuevo sobre la función del Derecho internacional privado europeo”, *op. cit.*, p. 145.

que resulta saludable, el mecanismo de prevalencia del art. 11.8 RB II bis ha dejado de ser una instancia adicional para revisar la decisión de no retorno adoptada por el Estado requerido (perdiendo el automatismo del que gozaba)⁸⁷, en la medida que la restitución del menor solo tendrá lugar si del proceso sobre el fondo seguido en el Estado de la residencia habitual del menor anterior al traslado o retención ilícita implica su devolución.

El mecanismo del art. 29, apartado 3⁸⁸, como cabe deducir de su propia rúbrica (“procedimiento siguiente a la denegación de restitución del menor con arreglo al artículo 13, párrafo primero, letra b), y el artículo 13, párrafo segundo, del Convenio de La Haya de 1980”), únicamente se activará cuando se aleguen dichas causas. Y la resolución que se adopte sobre el fondo resultante de este procedimiento, será ejecutable en otro Estado miembro de conformidad con lo dispuesto el capítulo IV del RB II ter (art. 29.6)⁸⁹. Pero, la mayor novedad que incorpora el RB II ter es que flexibiliza el antiguo régimen de reconocimiento y ejecución privilegiado donde no cabía oposición, con el meridiano propósito de asumir en sede de ejecución la incontestable repercusión que en estos procedimientos despliega el interés superior del menor. De esta forma, el RB II ter abre la posibilidad, por un lado, de suspender la ejecución de las resoluciones adoptadas, si la ejecución expone al menor a un riesgo grave de daño físico o psíquico provocado por impedimentos temporales sobrevenidos a la resolución cuya ejecución se pretenda, o en virtud de cualquier otro cambio significativo de circunstancias (art. 56.4). Y, por otro, habilita la denegación de la ejecución de la resolución cuando el riesgo grave tenga carácter duradero (art. 56.6)⁹⁰.

Sin duda, el legislador comunitario ha tomado en consideración la problemática que se ha planteado ya en la jurisprudencia en torno al mecanismo de prevalencia⁹¹, pero a pesar del valioso aporte de algunas de las disposiciones que introduce el nuevo Reglamento respecto de su predecesor tanto en relación este mecanismo como en sede de ejecución, lo es cierto que este instrumento sigue siendo insuficiente puesto que tampoco garantiza la seguridad que exige este tipo de procedimientos en contextos de violencia de género y está lejos de satisfacer el objetivo primordial que debe presidir cualquier procedimiento que afecte a los menores: su interés superior y su dignidad humana⁹².

37. Sobre las nuevas regulaciones introducidas por el RB II ter en materia de sustracción internacional de menores la doctrina apunta que no se ha tenido en cuenta que en la mayoría de los casos es la madre la que incurre en este tipo de comportamientos, desconociendo el peligro que representa para el menor y para la madre que le acompaña revivir los episodios traumáticos de violencia protagonizados en dicho país⁹³, aunque ello no implique -en el caso de los menores- volver a convivir con su maltratador.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ “Si, en el momento en el que el órgano jurisdiccional dicta una resolución a que se refiere el apartado 1, un órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que residía habitualmente el menor inmediatamente antes del traslado o la retención ilícitos ya conoce del procedimiento para examinar el fondo del derecho de custodia, el órgano jurisdiccional, si tiene conocimiento de dicho procedimiento, transmitirá, en el plazo de un mes a partir de la fecha de la resolución contemplada en el apartado 1, al órgano jurisdiccional de ese Estado miembro, directamente o a través de las autoridades centrales, los documentos siguientes...”.

⁸⁹ “No obstante una resolución sobre la no restitución a que se refiere el apartado 1, cualquier resolución sobre el fondo del derecho de custodia resultante del procedimiento a que se refieren los apartados 3 y 5 que suponga la restitución del menor será ejecutable en otro Estado miembro de conformidad con el capítulo IV”.

⁹⁰ G. MORENO CORDERO, “El interés superior del menor y su retorno seguro en sustracciones intracomunitarias fundadas en la violencia de género: el grave riesgo en la Guía de buenas prácticas”, en *op. cit.*, p.125 y 126; Id., “Proyección normativa de la violencia machista en el secuestro internacional menores intracomunitario: su tratamiento en la jurisprudencia española”, *Revista Iberoamericana de Derecho internacional y de la integración*, n.º 8, junio-2018, pp. 1-15, pp. 5 y 12.

⁹¹ Véase en el punto V, STEDH de 18 de junio de 2013 (As. *Povse vs. Austria*).

⁹² Véase la reflexión del profesor CARRILLO POZO acerca del tratamiento del interés superior en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. L. CARRILLO POZO, “El Reglamento Bruselas II ter y el interés del menor: elementos para un debate”, *Bitácora Millennium DIPr.*, 2021, n.º 14, pp. 1-35, p. 7.

⁹³ En supuestos de sustracción de menores motivados por la violencia de género TRIMMINGS sostiene que los negociadores en la mesa de la UE debieron tomarse más molestias para abordar este tema. El comentarista reconoce que utilizar el motivo de rechazo del grave riesgo para el niño con menos frecuencia no es necesariamente un buen resultado. Hay casos en los que los intereses del niño exigen no devolverlo, y para tales situaciones, el CLH 1980 ha establecido un delicado equilibrio, que el Reglamento perturba. La violencia doméstica no es motivo para denegar la devolución de un niño, sin embargo, cuando las

Tampoco las nuevas regulaciones han incorporado la doctrina sentada por TEDH en relación con los derechos fundamentales⁹⁴.

4. El *gender mainstreaming* en los parámetros interpretativos del grave riesgo en la GBP de la Haya de 2019

A) Alcance e interpretación de la excepción del grave riesgo en la GPB

38. Varios y de distinto orden son los factores que se atribuyen a la incorrecta aplicación de la excepción de grave riesgo. Entre estos factores se identifican: brevedad de estos procedimientos y su repercusión en demostración del grave riesgo; cambios en el modelo de responsabilidad parental; vinculación con situaciones especialmente sensibles como la violencia o abusos en el ámbito familiar y con otros motivos de excepción; diversidad de escenarios que engloba el ‘grave riesgo’; aplicación no restrictiva en ciertos casos; e inadecuada valoración de los peligros a los que se expone al menor con el retorno⁹⁵.

39. Sobre la excepción del grave riesgo la Comisión Especial de La Haya ha recordado en distintas reuniones de trabajo la necesidad de que esta excepción sea aplicada de forma restrictiva para no desvirtuar la efectividad del CLH 1980, debiendo ponerse el foco de atención en las medidas de protección⁹⁶. Y lo cierto es que hay estudios que han demostrado que el art. 13.1 b) es una de las excepciones menos acogida por la autoridad requerida y la más controvertida en el orden práctico⁹⁷.

madres y los cuidadores principales han sido víctimas de violencia doméstica y se han escapado con sus hijos, las circunstancias de la familia deben tratarse con cuidado a la luz de las circunstancias. Para ello se deben tomar en consideración varias cuestiones: a) que posible que las madres no se sientan seguras para regresar si no existen garantías para ellas y el Reglamento debió abordar este problema insertando garantías para las madres que regresan al país del que han huido debido a la violencia doméstica; b) que los niños pueden sufrir violencia doméstica, incluso si la violencia no está dirigida contra ellos; y c) que para los niños puede resultar traumático regresar sin su cuidador principal. K. TRIMMINGS, “Child Abduction within the European Union”, Oxford and Poland, Hart Publishing, 2013, p. 80.

⁹⁴ Sobre las entonces propuestas de reforma del RB II ter y su crítica, la profesora RODRÍGUEZ PINEAU consideró en su día que, “... a pesar de que algunas de las medidas que se incorporan pueden servir para mejorar la situación actual (la concentración de la competencia o la tutela cautelar), la regulación sobre el proceso de restitución europeo parece seguir más orientada a resolver el equilibrio entre tribunales dentro de la UE que a asegurar que se persigue el interés superior del menor en estos supuestos”. E. RODRÍGUEZ PINEAU, “La refundición del Reglamento Bruselas II bis de nuevo sobre la función del Derecho internacional privado europeo”, *op. cit.*, pp. 145 y 146; Id., “La oposición al retorno del menor secuestrado: movimientos en Bruselas y La Haya”, *op. cit.*, pp. 6-9; C. RUIZ SUTIL, “Enfoque de género en la sustracción internacional de menores”, en *El Convenio de Estambul como marco de Derecho antisuabordinadorio*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 245-276; Id., “El menor sustraído ilícitamente en contextos internacionales de violencia machista”, en *Aproximación interdisciplinaria a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia*, M^a C. GARCÍA GARNICA y N. MARCHAL ESCALONA (dirs.); A. QUESADA PÁEZ y G. MORENO CORDERO (coords.), Thomson-Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 581-606; Id., “International removals in contexts of violence between european asylum law and the best interests of the child The CJEU case a. V. B.”, of 2 august 2021, *Yearbook of Private International Law*, 23, pp. 349-363. Véase cita 161.

⁹⁵ E. PÉREZ VERA, “Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: cuarta reunión de la Comisión Especial sobre la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la sustracción internacional de menores (22 a 28 de marzo de 2001)”, *op. cit.*, pp. 717-722; G. MORENO CORDERO, “Las medidas de protección como garantía para un retorno seguro del menor sustraído o retenido ilícitamente: tensiones entre el grave riesgo y el interés superior del menor”, *op. cit.*, p. 614.

⁹⁶ Las dificultades advertidas por los expertos en relación con todas las cuestiones que atañan a este motivo de excepción han motivado distintas reuniones de trabajo de la Comisión Especial de La Haya –1997, 2001, 2006, 2011 (1ª Parte) y 2012 (2ª Parte)– y cuyas conclusiones requerían de la Comisión una respuesta urgente.

⁹⁷ Véase cita 16. Sobre esta complejidad véase, M. GUZMÁN PECES, “Problemática en la coordinación de los instrumentos normativos aplicable a la sustracción de menores y en particular a la interpretación de la residencia habitual”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIV-XV, 2014-2015, p. 503; J. FORCADA MIRANDA, “El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: La decidida apuesta por la celeridad y la novedosa Circular de la Fiscalía 6/2015 (Partes I y II)”, *Bitácora Millennium DIPr.*, n.º 3, 2016, p. 32.; Id., “Complejidad, carencias y necesidades de la sustracción internacional de menores en el siglo XXI y un nuevo marco legal en España”, *AEDIPr.*, t. XVI, 2016, pp. 699-743, pp. 710 -714.

40. La escasa cobertura que viene manifestando esta excepción presenta consecuencias altamente peligrosas en situaciones demostradas de violencia de género⁹⁸, debido a que puede provocar con más frecuencia de la deseada que el menor sea devuelto al Estado de la residencia habitual donde se encuentra su maltratador⁹⁹. Y todo parece apuntar a que esta consecuencia puede derivar de la falta de integración de los parámetros normativos y hermenéuticos delineados en los distintos instrumentos que dan protección a los menores antes analizados, ocasionando a su vez la aplicación desigual del CLH 1980 entre los Estados participantes, así como claros perjuicios y riesgos para menores víctimas de este tipo de violencia.

41. Conscientes de esta problemática se requirió por parte de la Conferencia de La Haya la elaboración de un protocolo de acción que cristalizó en el Proyecto de Guía de buenas prácticas de 2017. La principal conclusión a la que se arribó en esta reunión fue la toma en consideración de las situaciones de violencia doméstica y el posible riesgo que ello podría ocasionar para el menor en el marco de una sustracción internacional.

El Proyecto de Guía de buenas prácticas fue la antesala de la Parte VI de la vigente GBP para la aplicación del CLH 1980 y representa un reflejo incontestable de la preocupación yacente en las instituciones de la HCCH, si bien en todo el documento late un claro objetivo dirigido a impedir que la aplicación incorrecta de la excepción del grave riesgo comprometa el equilibrio alcanzado con la adopción del CLH 1980, más que el interés superior del menor.

42. La GBP aborda con carácter exclusivo el art. 13. 1 b) y constituye una fuente complementaria de información sobre el funcionamiento del CLH 1980 desarrollada por expertos de distintos Estados. La Guía no tiene carácter vinculante ni para los Estados contratantes ni para sus autoridades judiciales o de otra índole. Las buenas prácticas allí establecidas en relación con la excepción del art. 13.1 b) son de carácter meramente orientativas para jueces, Autoridades Centrales, abogados y otros profesionales vinculados al derecho internacional de familia. Tampoco las referencias contenidas en la GBP sobre la jurisprudencia nacional de algunos Estados parte establecen indicaciones que deben seguir los jueces u otros operadores jurídicos, sino de meros ejemplos acerca de cómo la excepción de grave riesgo ha sido acogida dentro de la perspectiva jurisprudencial comparada¹⁰⁰.

43. La excepción de grave riesgo del art. 13. 1 b) se basa en el interés primario de cualquier persona a no ser expuesta a un peligro grave físico o psíquico, o a ser colocada en una situación intolerable. El CLH 1980, sin embargo, no establece una definición autónoma de lo que se entiende por grave riesgo¹⁰¹, pues únicamente alude a su tripe dimensión: física, psíquica o situación intolerable para el menor.

La GBP, además de lo ya dicho en el Informe explicativo del CLH 1980, ha acotado algunos parámetros interpretativos en torno al “grave riesgo”, sobre los que se precisa reflexionar, y son, resumidamente, los siguientes:

- 1.º Tipos de riesgo: Existen tres tipos de riesgos: físico, psíquico y riesgo de que la restitución ponga al menor de cualquier otra manera en una situación intolerable. Cada uno de estos riesgos tiene carácter independiente, aunque los tribunales suelen utilizarlos de conjunto.

⁹⁸ R. ARENAS GARCÍA, “Construyendo la confianza mutua”, en E. PÉREZ VERA, J.C., FERNÁNDEZ ROZAS, M. GUZMÁN ZAPATER, A. FERNÁNDEZ PÉREZ, M. GUZMÁN PECES (eds.), *El Derecho internacional privado entre la tradición y la innovación. Libro homenaje al profesor doctor José María Espinar Vicente*, Iprolex, Madrid, 2020, pp. 139-157, pp. 146-147; Id., “Medidas frente al incumplimiento de los instrumentos internacionales en materia de sustracción internacional de menores”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 13, n.º 2, octubre-2021, pp. 94-115, p. 95.

⁹⁹ En la jurisprudencia española encontramos algunas sentencias en las que se define diversas situaciones que se enmarcan en el concepto de grave riesgo. SAAP Las Palmas, secc. 3ª n.º 69/2009, de 10 de marzo considera que son situaciones de extrema gravedad los malos tratos, bajo el cuidado de una persona irresponsable o que les da ejemplos corruptores.

¹⁰⁰ Punto 8.

¹⁰¹ R.S. PAZ LAMELA, “Causas de no restitución del menor en los supuestos de sustracción internacional “Causas de no restitución del menor en los supuestos de sustracción internacional”, *op. cit.*, pp. 675-685.

- 2.º Grave riesgo para el menor: El art. 13. 1 b) deja en claro que la cuestión es determinar si existe un grave riesgo de que la restitución “del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable”.
- 3.º Nivel de “grave riesgo” que ocasiona la restitución: El término “grave” califica al riesgo, no al daño ocasionado al menor. Debe tratarse de un riesgo real y con cierto nivel de seriedad para ser caracterizado como “grave”. Entretanto el nivel del daño debe representar una situación que no cabe esperar que un menor tolere. No obstante, el nivel relativo de riesgo necesario para que el grave riesgo se configure puede variar dependiendo del carácter y la seriedad del daño potencial hacia el menor.
- 4.º Formas de alegar el grave riesgo en situaciones de violencia doméstica: Las alegaciones de grave riesgo fundadas en la violencia doméstica pueden adoptar diversas formas¹⁰². El padre o madre sustractor/a puede alegar que existe un grave riesgo de daño directo debido al maltrato físico, al abuso sexual o a otro tipo de maltrato dirigido al niño (violencia directa) o cuando el niño sea expuesto a la violencia doméstica infligida por el padre o la madre no sustractor al padre o madre sustractor, incluso cuando el daño pueda perjudicar significativamente su capacidad de cuidar al niño (violencia indirecta)¹⁰³.
- 5.º Carácter restrictivo: Al tratarse de una excepción a la regla general -devolución del menor- su aplicación será restrictiva. Con ello se pretende evitar que el CLH 1980 se convierta en “papel mojado”¹⁰⁴.
- 6.º Carácter prospectivo: El carácter prospectivo del grave riesgo centra su atención en la situación del menor tras la restitución y en las circunstancias que lo expondrían a un grave riesgo. A la hora de evaluar el grave riesgo al que se vería expuesto el niño tras su restitución, se deberán tener en cuenta los comportamientos e incidentes de violencia doméstica o familiar relevantes acaecidos en el pasado, así como las circunstancias particulares del caso¹⁰⁵. Pero más adelante la GBP reitera que tales circunstancias anteriores no son determinantes *per se* si en el Estado de la residencia habitual del menor están disponibles medidas de protección adecuadas y efectivas para resguardar al menor del grave riesgo¹⁰⁶. El examen de la excepción de grave riesgo también debería comprender, si se estimare necesario y apropiado, la consideración de la disponibilidad de medidas de protección adecuadas y eficaces en el Estado de residencia habitual.
- 7.º Sujeción del grave riesgo a medidas de protección: Según la GBP todas las alegaciones de grave riesgo serán evaluadas paso a paso sobre la base del mismo estándar o umbral¹⁰⁷. Debido al limitado alcance de esta disposición, se recomienda que el tribunal se ciña a determinar la situación en la que se encontraría el menor si se restituyera al Estado de su residencia habitual, lo implica comprobar antes de decidir - incluso demostrado el daño físico o psíquico o una situación intolerable para el menor- si en el Estado de la residencia habitual del menor se encuentran disponibles medidas de protección o si es necesario implementarlas. En consecuencia, el análisis debe estar enfocado al efecto que produce la violencia de género en

¹⁰² Puntos 29-34 de la GBP, pp. 26 y 27

¹⁰³ Véanse ejemplos utilizados en la GBP en las citas 70 y 71, p. 38. Sin embargo, según la GBP la violencia indirecta no resulta por sí sola suficiente para justificar la no devolución del menor. En la cita 73 la GBP utiliza como ejemplo a la sentencia de 13 de junio de 2013 de la United States Court of Appeals for the Second Circuit (Estados Unidos) [Referencia en INCA-DAT: HC/E/US 1240], en la que el tribunal consideró que las acusaciones de violencia de la madre sustractora por parte del padre privado del niño “solo eran relevantes en virtud del art. 13(1) b) si ponían al niño en un peligro grave”. Y añade que este precepto no busca averiguar si la repatriación pone el riesgo la seguridad del sustractor, sino si el niño quedaría sujeto a un grave riesgo de daño físico o psíquico. El tribunal concluyó que, aunque se demostró la violencia doméstica, “el niño no resultó dañado ni atacado en ningún momento”, y “las pruebas [...] no demuestran que el niño se enfrente a un grave riesgo de daño físico o psíquico en caso de ser restituido”.

¹⁰⁴ El Informe advierte sobre el peligro de invocar sistemáticamente las excepciones del Convenio, ya que “al sustituir la jurisdicción de la residencia del menor por la jurisdicción elegida por el secuestrador, hará que se derrumbe todo el edificio convencional al vaciarlo del espíritu de confianza mutua que lo ha inspirado”. Véase punto 34 del Informe Explicativo.

¹⁰⁵ Puntos 35-37.

¹⁰⁶ Véase cita 55 de la GBP, p. 28.

¹⁰⁷ Punto 36.

el niño tras su restitución y si dicho efecto alcanza “el alto umbral de la excepción de grave riesgo, según la naturaleza, frecuencia e intensidad de la violencia y de las circunstancias en que es probable que se manifiesten”. En este sentido la GBP insiste en que el tribunal no lleve a cabo una evaluación integral del menor en los procesos de restitución¹⁰⁸. El primer paso a seguir por el tribunal requerido es considerar si las alegaciones tienen el suficiente nivel de detalle y contundencia para configurar dicha excepción. Las alegaciones poco especificadas o generales no serán consideradas suficientes en la mayoría de los casos, lo que llevará al tribunal a dictaminar, sin más, la devolución del menor¹⁰⁹. Hay tribunales que decretan su devolución si comprueban que en el Estado requirente existen medidas de protección adecuadas y eficaces para proteger al menor del grave riesgo alegado, sin entrar a considerar si el grave riesgo tiene suficiente entidad. En tal caso, la evaluación del grave riesgo tendrá lugar solo si en el Estado requirente no existen medidas de protección. Y si se demuestra la presencia del grave riesgo, la autoridad requerida “no estará obligada a restituir al menor”, aunque “podrá” hacerlo (es discrecional). En algunas jurisdicciones, y en aras de garantizar la celeridad del proceso, estas medidas se plantean en una etapa temprana del mismo para que cada parte tenga la ocasión de ofrecer las pruebas oportunas vinculadas a la necesidad de adoptar medidas eficaces que puedan ejecutarse en el Estado hacia donde el menor va a ser retornado y si el tribunal está convencido de que hay medidas de protección adecuadas y eficaces que se encuentran disponibles o vigentes en el Estado de residencia habitual del niño para abordar el grave riesgo alegado, este podrá ordenar la restitución del niño, sin la necesidad de llevar a cabo una evaluación más exhaustiva de los hechos alegados¹¹⁰.

- 8.º Tipos de medidas: Entre las medidas de protección descritas en la Guía encontramos las ordenes de puerto seguro (*safe harbour order*)¹¹¹, ordenes espejo (*mirror order*)¹¹², medidas provisionales¹¹³ y acuerdos amigables. La utilización de acuerdos amigables dependerá de las circunstancias concretas del caso y de cómo sea abordada esta cuestión en cada ordenamiento interno¹¹⁴. Entre Estados miembros del CLH 1996 se puede facilitar la restitución

¹⁰⁸ Punto 26.

¹⁰⁹ Sirvan de ejemplo dos sentencias invocadas en la GBP. La primera en Sentencia de 11 de junio de 2013 la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina) [INCADAT: HC/E/AR 1305], donde la Corte ordenó la devolución del menor al estimar que la mera mención de maltrato o violencia, sin ofrecer ningún tipo de prueba, era demasiado general para configurar un grave riesgo para el niño. La segunda, en la Sentencia de 23 de diciembre de 1988, la *Full Court of the Family Court of Australia at Melbourne* (Australia) [INCADAT: HC/E/AU 255], consideró que la prueba general y no especificada ofrecida por la madre sustractora acerca de episodios significativos de violencia, amenazas o maltrato del padre privado del niño contra su persona y contra el niño eran insuficientes para constituir un grave riesgo. Véase en la GBP el punto relativo a la consideración del grave riesgo, p. 31, especialmente la cita 56.

¹¹⁰ Punto 45.

¹¹¹ Esta orden solo podrá ser adoptada por el Estado requirente y su objetivo es resguardar el bienestar del menor a su regreso, aunque las autoridades del Estado requerido podrían exigir su constitución como condición previa para dictaminar la restitución del menor.

¹¹² Las órdenes espejo son aquellas órdenes idénticas o similares en ambos Estados –requerido y requirente, facilitando que las mismas sean efectivas y ejecutivas en ambos Estados. Véase la definición en el glosario de la GBP, p.11.

¹¹³ Según la Guía el término “medidas de protección” deberá entenderse en un sentido amplio y hace referencia al abanico de medidas adoptadas por el tribunal ante el que tramita el proceso de restitución (a veces en colaboración con el tribunal u otras autoridades del Estado requirente) para lograr que el retorno del menor (y/o del padre/madre sustractor/a) sea seguro y rápido. Por consiguiente, el término comprende compromisos, disposiciones, condiciones, órdenes espejo, órdenes de puerto seguro, como también la variedad de medidas de protección que pueden ejecutarse según lo dispuesto en el artículo 11 del CLH 1996.

¹¹⁴ La GBP añade en el punto 83 que, la adopción y/o ejecución de las medidas de protección - judiciales o extrajudiciales- pueden enfrentarse a distintas vicisitudes, como puede ser, por ejemplo, que la autoridad requerida carezca de competencia interna para imponer tales medidas de protección como parte de una orden de restitución o, sencillamente, porque estas no sean necesarias para abordar el grave riesgo. Cuando esto ocurra, el tribunal podría considerar los compromisos voluntarios asumidos por el padre/madre no sustractor ante dicho tribunal. A través de la mediación o de cualquier otro mecanismo alternativo de resolución de controversias, las partes podrán llegar a acuerdos sobre cuestiones de fondo relativas a la reubicación del niño en el Estado requerido y/o respecto a la comunicación del menor con el padre/madre privado/a del menor. Esta posibilidad ha sido previamente considerada en la Guía de Buenas Prácticas de La Haya sobre Mediación de 2012 (GBP de Mediación), aunque es preciso destacar que ambos instrumentos alertan sobre la necesidad de tomar especial cautela y verificar en cada caso si el

inmediata de los niños cuando estas medidas se encuentren vigente en los Estados miembros involucrados en la sustracción transfronteriza, toda vez que dicho Convenio contiene un criterio de competencia específico que habilita al tribunal del Estado contratante en que se encuentre el niño - no el del Estado en que tiene su residencia habitual- para adoptar las medidas necesarias para su protección en caso de urgencia (art. 11.1). El CLH 1996 facilita igualmente la eficacia de pleno derecho esas medidas en los demás Estados contratantes (art. 23) y que sean declaradas ejecutorias siguiendo el procedimiento previsto por la ley del Estado en que se solicita la ejecución (art. 26)¹¹⁵. Tales medidas tendrán un efecto extra-territorial provisional hasta que las autoridades del Estado de residencia habitual del menor adopten otras medidas de protección exigidas por la situación (art. 11.2)¹¹⁶. Por lo demás, hay que tener presente que las medidas de urgencia no se encuentran tasadas en el Convenio y tampoco contempla una definición de lo que entiende por “urgencia”¹¹⁷. Por su parte, el art. 27.5 del RB II ter establece que el órgano jurisdiccional que ordena la restitución del menor podrá adoptar medidas provisionales y cautelares, de conformidad con lo previsto el art. 15, a fin de proteger al menor del grave riesgo del art. 13.1 b), siempre que el estudio y la adopción de dichas medidas no retrase indebidamente el procedimiento de restitución. En cualquier caso, sea cual fuere la medida que se adopte lo importante es que estas puedan ser ejecutadas en el Estado requirente. De ahí la necesidad de verificar con carácter previo que la medida tenga eficacia en el ordenamiento del Estado de residencia habitual del menor anterior al traslado o retención ilícita¹¹⁸.

- 9.º Incidencia de la celeridad del proceso en la prueba del grave riesgo y en la adopción de medidas de protección que aseguren el retorno del menor: El grave riesgo corresponde probarlo a quien lo alegue (padre/madre sustractor, institución u otro organismo)¹¹⁹. El juez es el responsable de resolver el proceso iniciado con la mayor celeridad posible y garantizar que se asegure la eficacia inmediata las órdenes que dicte. El principio de gestión efectiva de los casos implica asegurarse de que las cuestiones relevantes se identifiquen de forma temprana para que las partes puedan presentar las pruebas pertinentes. En aras de la celeridad del proceso se recomienda que la autoridad requerida fije plazos breves para la aportación de las pruebas que acrediten la existencia del grave riesgo¹²⁰, ya que la dilación del proceso podría repercutir negativamente en el padre/madre no sustractor/a, sobre todo, en relación con los gastos que supone trasladarse a otro Estado a litigar, así como en su participación en la investigación. La obtención de las pruebas del grave riesgo puede diferir en los distintos ordenamientos, por lo que debe garantizarse que los procedimientos estatales contemplen

recurso a las vías alternativas de resolución de controversias disponibles en el Estado requerido es la solución más adecuada, por cuanto algunos Estados, como ocurre en el caso de España, prohíben expresamente estos acuerdos cuando las alegaciones de grave riesgo se sustentan en una situación de violencia de género o intrafamiliar. La GBP de Mediación se encuentra disponible en: <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=6561>

¹¹⁵ Puntos 43-48.

¹¹⁶ Las autoridades del Estado de residencia habitual del menor anterior al traslado podrán adoptar medidas para la protección de su persona o de sus bienes en virtud de la competencia general que por razón del territorio le ha sido atribuida *ex* artículo 5 del CLH 1996.

¹¹⁷ G. MORENO CORDERO, “Las medidas de protección como garantía para un retorno segura del menor sustraído o retenido ilícitamente: tensiones entre el grave riesgo y el interés superior del menor”, *op. cit.*, pp. 625-632.

¹¹⁸ Un ejemplo de las dificultades a las que se enfrentan estas medidas en la práctica lo encontramos en la Sentencia de 20 de mayo de 2015 de la United States District Court for the District of Maryland, en Estados Unidos [Referencia en INCADAT: HC/E/USf 1383], donde el tribunal sujetó a dos condiciones específicas la orden de restitución de los menores. La primera, a que se revocara la orden de custodia temporal a favor del padre no sustractor para que en su lugar se fijara una orden de custodia temporal a favor de la madre sustractora. La segunda, que el padre privado de los niños retirara los cargos contra la madre sustractora o que hiciera lo posible para que se cerrara la investigación. No hay que perder de vista que es posible que las condiciones impuestas en este caso no puedan imponerse en ciertos Estados contratantes. Véanse puntos 43-48, especialmente, cita 60 de la GBP.

¹¹⁹ Circular de la Fiscalía General del Estado n.º 6/2015, de 17 de noviembre, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, punto 4.3.6, pp. 35-37.

¹²⁰ Sobre las técnicas judiciales para optimizar la gestión de los casos véanse los puntos 100 y ss.

diligencias encaminadas a facilitar la obtención de pruebas antes de que se inicie el proceso¹²¹ o mediante la utilización de la Red Internacional de Jueces de La Haya y de comunicaciones judiciales directas con otros jueces internos o de otros Estados participantes¹²² y de las Autoridades Centrales¹²³, mediante procedimientos de urgencia. También se puede limitar la investigación a aquellas cuestiones directamente relacionadas con la restitución, con exclusión de las cuestiones de fondo. Como parte de sus responsabilidades, las Autoridades Centrales están obligadas a colaborar entre sí y promover tal colaboración entre las autoridades competentes de sus respectivos Estados a efectos de garantizar la restitución inmediata del niño y el resto de objetivos del Convenio (art. 7.1 del CLH 1980). En los casos en los que se invoca la excepción del art. 13. 1 b), dicha colaboración debe permitir a las Autoridades Centrales del Estado requirentes brindar una respuesta rápida a las solicitudes del tribunal requerido acerca de la disponibilidad de medidas de protección de conformidad con la legislación correspondiente, sobre la efectividad de las medidas de protección, así como en relación con la notificación de la llegada inminente del menor a las autoridades de asistencia social competentes. Por su parte, las Autoridades Centrales del Estado requerido deberán informar a la Autoridad Central del Estado requirente de forma periódica y cuando sea necesario acerca de las cuestiones relevantes sobre el progreso y los resultados del caso y de cualquier requerimiento del tribunal en relación con la orden de restitución, órdenes espejo u otras órdenes destinadas a proteger al menos del grave riesgo y facilitar que su restitución sea segura. Dichas autoridades deben actuar con agilidad y adoptar todas las medidas necesarias para respetar los plazos establecidos por el tribunal, evitando así retrasos innecesarios (art. 7.2 del CLH 1980)¹²⁴. Sin embargo, hay que tener presente que el rol de las Autoridades Centrales con respecto a la excepción de grave riesgo es limitado, puesto que es el tribunal quien decide sobre la solicitud de restitución y examinar las cuestiones de hecho y de derecho en torno a las alegaciones vinculadas al art. 13.1 b)¹²⁵. Por último, la GBP baraja varios criterios en torno a la prueba pericial, lo que resulta trascendental en las situaciones de violencia de género, si bien recaba que su uso sea limitado para ser coherente con la naturaleza y el alcance restringido de la excepción de grave riesgo¹²⁶. Asimismo, la

¹²¹ Téngase presente que la agilidad de este tipo de procedimientos es especialmente controvertida alcanzarla cuando se interesa la práctica de una prueba pericial.

¹²² La GBP invita a los jueces a que consulten el documento “Lineamientos Emergentes, relativos al desarrollo de la Red Internacional de Jueces de La Haya y Principios Generales sobre Comunicaciones Judiciales”, publicado por la HCCH en 2013. Este documento comprende las salvaguardias comúnmente aceptadas para las Comunicaciones Judiciales Directas en casos específicos en el contexto de la Red Internacional de Jueces de La Haya (disponible en, <https://assets.hcch.net/docs/3b5e76ee-b983-4bd6-89cd-680b678fcf37.pdf>). La redacción de dichos Principios comenzó después de la Quinta reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento del CLH 80 y la implementación práctica del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños. En dicha reunión se recomienda que la Oficina Permanente explore el valor de redactar principios para las comunicaciones judiciales directas que podrían servir de modelo para el desarrollo de buenas prácticas con el asesoramiento de un grupo consultivo de expertos provenientes principalmente del poder judicial. Véase asimismo el Informe sobre las comunicaciones judiciales en el contexto de la protección internacional de menores elaborado por P. LORTIE, que constituyó el Documento preliminar No 8 de octubre de 2006 de la Quinta Reunión de la Comisión especial respecto del funcionamiento del CLH 80 (La Haya, 30 de octubre – 9 de noviembre de 2006). Disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/3275b384-4c19-45f6-8700-12497b7f7c7f.pdf>

¹²³ Las Autoridades Centrales también pueden ayudar a facilitar las comunicaciones judiciales directa, siempre que las leyes y los procedimientos internos lo permita, por ejemplo, la información sobre la situación social del niño o cualquier otra consulta o investigación que no excedan de las funciones y facultades de las Autoridades Centrales. Véase al respecto la sección IV de la GBP.

¹²⁴ Punto 95.

¹²⁵ En el Documento Preliminar n.º 6 de julio 2017 de la Séptima reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del CLH 80 y en el Documento Preliminar n.º 38 sobre el CLH 96, la Comisión reitera que al momento de ejercer sus funciones relativas a la aceptación de solicitudes, las Autoridades Centrales deberían respetar el hecho de que, por lo general, la evaluación de cuestiones de hecho y de derecho, tales como, la residencia habitual, la existencia de derechos de custodia o las acusaciones sobre violencia doméstica corresponde al tribunal o a cualquier otra autoridad competente que decida respecto de la solicitud de restitución.

¹²⁶ Punto 90.

GBP reconoce que la existencia de estas medidas en el Estado requirente en ningún caso afectará el carácter potestativo de la autoridad requerida a la hora de decidir si el menor debe ser o no retornado¹²⁷.

B) Crítica a la GPB. Ausencia de diálogo entre fuentes

44. Un análisis detenido de los parámetros del grave riesgo desarrollados en la GBP nos lleva a adelantar que, al margen de lo saludable que pueden resultar gran parte de las propuestas que esta contiene, la misma sigue sin responder adecuadamente a las sustracciones motivadas por la violencia de género y los razones son diversas.

45. Para empezar, la GBP dispensa el mismo tratamiento a las situaciones de violencia de género que al resto de situaciones que engloba el concepto de grave riesgo, lo que pone de relieve la ausencia de diálogo entre el enfoque de esta excepción y lo establecido en los arts. 3 y 19.1 de la CDN, en las OG 13/2011 y 14/2013 de la Comisión de los Derechos del niño, en el Convenio de Estambul, así como en la CEDF y en la CDFUE. A ello se suma que la GBP reconoce explícitamente que en los procedimientos de sustracción transfronteriza no se debe realizar un “examen integral del interés superior del niño”¹²⁸.

Tal afirmación resulta discutible no solo porque se enmarca en una advertencia dirigida al tribunal requerido de no entrar en cuestiones relativas a la custodia donde la intensidad de este principio no plantea dudas, sino porque al hacerlo parece omitir la naturaleza independiente del proceso de sustracción internacional de menores. Una cosa es que los tribunales o autoridades competentes para el procedimiento de restitución no intervengan en cuestiones de fondo que corresponde decidir a la autoridad del Estado de residencia habitual anterior al traslado o retención ilícita, y otra muy distinta es que no se realice una evaluación integral del interés superior del menor en un procedimiento de naturaleza diferente, esté o no fundado en una situación de violencia de género.

En todo procedimiento que afecte a menores la evaluación del interés superior debe ser plena, nunca parcial, ya que estamos ante un principio que se erige en un valor de referencia de toda la normativa que les involucra¹²⁹. Cuestión distinta es que la autoridad requerida cuente con poco margen de tiempo para hacerlo en el marco de una sustracción heterogénea teniendo en cuenta la celeridad que en estos procedimientos se exige, pero sobre este punto volvemos más adelante.

En las sustracciones trasfronterizas, al igual que aquellos procedimientos en que se decide la custodia separada o compartida del menor y el derecho de visita del padre/ madre, o en cualquier otro, la autoridad que decide sobre la devolución o no del menor no solo tiene la obligación -que no la discrecionalidad- de resguardar el supremo interés de los menores, sino que además ha de imprimirle a este principio una “consideración primordial” frente al resto de derechos igualmente garantizados al menor¹³⁰. Y solo tras ser evaluado este principio, la autoridad “podrá” -no estará obligada- a dictaminar el retorno o no del menor.

Supeditar la mayor o menor intensidad con que ha de valorarse el interés superior al tipo de procedimiento que se esté juzgando sin tener presente que estamos ante un principio monolítico y rector de toda la reglamentación en torno a los menores, introduce un elemento de distorsión que altera el espíritu del art. 3.1 del CDN, así como la interpretación que del mismo realiza la OG 14/2013 de la Comisión de los Derechos del niño en torno su consideración primordial “en todo proceso en el que este participe”. Tal planteamiento a su vez conduciría a que las autoridades responsables de su aplicación realicen una

¹²⁷ Punto 42.

¹²⁸ Punto 26.

¹²⁹ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional privado*, op. cit., p. 390.

¹³⁰ S. QUICIOS MOLINA, “Filiación e interés superior del menor”, en M.C. GARCÍA GARNICA y N. MARCHAL ESCALONA (dirs.), *Aproximación interdisciplinaria a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia*, Thomson Reuters/ Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 44-48; A. FERNÁNDEZ PÉREZ, “El interés superior del menor: derecho fundamental y/o principio rector del Derecho internacional privado”, en J.M. VELASCO RETAMOSAS (dir.), *Menores extranjeros: problemas actuales y retos jurídicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 13-51, pp. 34-38.

incorrecta interpretación del mismo, viéndose obligadas a aplicar la excepción del grave riesgo con carácter restrictivo y según el alcance hermenéutico que acuña el Informe explicativo y la GBP, instrumento este último que, si bien no es vinculante, sí tiene la clara intención de acercar las distintas posturas observadas por el Estados partes del CLH 1980 en torno a esta excepción.

46. En segundo lugar, y lo que resulta aún más comprometido, la GBP reconoce explícitamente que debe tratarse de un riesgo real con cierto nivel de seriedad para ser caracterizado como “grave”, y añade, que el primer paso a seguir por el tribunal que conoce de una sustracción es considerar si las alegaciones que opone el sustractor cuentan con el suficiente nivel de detalle y contundencia para configurar la excepción del grave riesgo.

En situaciones demostradas de violencia de género, esta visión sobre grave riesgo pone en entredicho lo dispuesto en el art. 19.1 CDN, si atendemos a la interpretación que sobre esta disposición ofrece el Comité de los Derechos de niño en la OG 13/2011. Sobre este punto, recordemos, el Comité de los Derechos del niño ha sostenido en la mencionada observación una postura irreductible, al considerar que la expresión “toda forma de perjuicio o abuso físico o mental” no deja margen ni “para graduar” ni para “legalizar” ningún tipo de violencia contra los menores “por leve que esta sea”. La frecuencia, la gravedad del daño o la intención de causarlo no son requisitos previos para calificar algunos tipos de violencia como legales o socialmente aceptables, básicamente porque tales definiciones “en ningún caso” pueden menoscabar el “derecho absoluto” del niño a la dignidad humana y a la integridad física y psicológica. Por tanto, la expresión “toda forma de violencia” convierte en inaceptable cualquier manifestación de violencia, sea física o mental (maltrato psicológico, abuso mental, agresión verbal, maltrato o descuido emocional, o exposición a la violencia doméstica)¹³¹, así como la gradación de su intensidad (leve o grave).

Parece claro que el sentido dado a las situaciones de violencia resguardadas en el art. 19.1 de la CDN y en las normas de extensión que lo desarrollan (OG 13/2011), contrasta con los objetivos del CLH 80 y con el tratamiento que la GBP imprime a la excepción del grave riesgo. El art. 19.1 de la CDN no autoriza ningún tipo de violencia sobre los menores, y la OG 14/2013 que lo desarrolla, imprime a la dignidad humana un carácter absoluto. Entretanto, el CLH 1980 regula el grave riesgo como una excepción de carácter restrictivo, carácter que se muestra aún más limitado en sustracciones intracomunitarias debido a que el margen de discrecionalidad de la autoridad que resuelve una sustracción queda sujeto a que en el Estado requirente existan medidas adecuadas para proteger al menor del grave riesgo o a su implementación, en caso de no existir (art. 27.3 RB II ter).

47. En tercer lugar, y en relación con las medidas de protección, conviene indicar que, aunque la GBP no resta relevancia probatoria a la incidencia que puedan tener comportamientos o incidentes pasados a la hora de evaluar el grave riesgo al que se vería expuesto el niño una vez restituido, seguidamente confirma que los comportamientos anteriores no son determinantes *per se* si el Estado de la residencia habitual del menor cuenta con medidas efectivas para proteger al menor del grave riesgo. Para reforzar esta idea la GBP describe las distintas posturas seguidas por las autoridades de los Estados participantes en relación con las medidas de protección, según vimos¹³². Tal diversidad de posturas frente a un mismo supuesto implica en algunos casos que no se entre valorar siquiera el grave riesgo o la situación intolerable en supuestos de violencia de género, si se pueden concretar medidas de protección en el Estado de la residencia habitual del menor que garanticen que su restitución sea segura, como así se puede constatar en algunos ejemplos barajados en la GBP.

El primero de ellos, viene referido a una sentencia alemana, 6 de julio de 2016 (*Oberlandesgericht München Senat für Familiensachen*)¹³³ en la que el Tribunal determinó que no se podía inferir un riesgo tras la restitución del menor en base a un comportamiento violento en el pasado, al encontrarse vigente en el Estado requirente medidas para que la madre sustractora pudiera buscar la protección adecuada. La segunda sentencia, fue adoptada en igual fecha que la anterior esta vez por la *Full Court of*

¹³¹ Punto 21, inciso e).

¹³² Punto 46.

¹³³ [Referencia en INCADAT: HC/E/DE 1405].

*the Family Court of Australia at Melbourne*¹³⁴. En este caso el juez no entró a valorar el grave riesgo o situación intolerable a que quedaba expuesto el menor tras el retorno alegado por la madre sustractora, en base en un comportamiento violento e inapropiado del padre no sustractor en el pasado, estimando que este dato no era determinante dado que en el Estado requirente estaban disponibles medidas de protección contra dichos comportamientos.

Las medidas de protección que invoca la GBP como referentes extraídos de la práctica jurisprudencial comparada son realmente sorprendentes. En el contexto de una restitución basada en la violencia de género la GBP sostiene que resultará particularmente eficaz la toma en consideración de los antecedentes del padre privado del menor en relación con cumplimiento de resoluciones judiciales, procesos pendientes contra el padre no sustractor, antecedentes penales y ponderar la adopción de medidas de alejamiento, órdenes no agresión, prohibición de comunicación del agresor con el niño y con la madre o que estos contactos se realicen con vigilancia, y si fuera necesario, que se prohíba el contacto entre el padre maltratador y el menor mediante la adopción de medidas de alejamiento, o proporcionándoles un alojamiento seguro.

De los ejemplos analizados y de la filosofía general que transpira la GBP en torno a la excepción del art. 13.1 b) se desprende que el grave riesgo queda neutralizado cuando estas medidas existen o puedan implementarse, haciendo gravitar todo el peso del grave riesgo en dichas medidas (como también lo hace el art. 26.3 del RB II ter), postura que resulta muy comprometida en situaciones de violencia de género. Estas medidas, recordemos, no solo no cuentan con el mismo nivel de protección en todos los Estados participantes¹³⁵, sino que tampoco son capaces por sí solas de imprimir una garantía absoluta a los menores víctimas directas o indirectas de cualquier forma de violencia, incluida la de género, poniendo de relieve que el concepto global de violencia de género sigue estando lejos de ser jurídicamente entendido y aceptado en este contexto. Además de por este motivo, nos cuesta asimilar que un proceso de sustracción internacional de menores culmine con una decisión en la que se ordene su devolución, si para garantizar su seguridad allí se precisa adoptar una medida de alejamiento, la incomunicación con el padre agresor o violador, la imposición visitas vigiladas o su traslado a un alojamiento seguro fuera del ámbito de operatividad del agresor.

La idea de que un tribunal devuelva al menor maltratado, por el hecho de estar disponibles de medidas “capaces” de abordar el grave riesgo en el Estado de residencia habitual del menor, sin entrar a valorar el grave riesgo al que lo expone, lo único que confirma es la prioridad que los objetivos del CLH 1980 tienen frente al interés superior del menor. Y esta confirmación se refuerza con otro de los designios de la GBP -que sigue los mismos pasos del Informe explicativo-, cuando retiene que tampoco es necesario realizar una evaluación integral del interés superior del menor en las sustracciones transfronterizas.

Tras estos fundamentos yacen dos motivos inamovibles en la hermenéutica del CLH 1980: la celeridad de estos procedimientos y garantizar que el interés superior del menor sea valorado únicamente por la autoridad que conoce del fondo¹³⁶. De esta forma, la Comisión asume sin embragues el alto riesgo que entraña tanto para el menor como para la madre víctima de la violencia de género retornar al escenario de inseguridad del que escaparon por un motivo que en nuestra opinión están cubiertos y protegidos en el resto de instrumentos normativos analizados (CDN, observaciones generales de desarrollo, Convenio de Estambul, CDDH y CDFUE).

Los hechos hablan más que las palabras. Sirvan para ilustrar estos riesgos dos ejemplos de sustracción internacional de menores de los que la GBP no se hace eco y de los escuché hablar por vez primera en la intervención que hiciera la Fiscal de la Sala contra la violencia de la mujer Teresa Pera Matos Martín, en el Seminario DIPr. y género organizado por las profesoras Carmen Ruiz Sutil y Juliana Rodríguez Rodrigo en la Universidad Carlos III, y sobre los que posteriormente ahondé en el Boletín de los Jueces de la Conferencia de La Haya, en el que algunos jueces han mostrado su preocupación sobre esta problemática¹³⁷.

¹³⁴ [Referencia en INCADAT: HC/E/AU 876].

¹³⁵ Véase cita 58.

¹³⁶ Punto 26.

¹³⁷ Ha llamado especialmente mi atención, las reflexiones de J. GILLEN juez del Tribunal Superior de Irlanda del Norte en su

El primer caso, fue resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de Quebec en 2010. Dicho tribunal ordenó la restitución de dos menores a los Estados Unidos alegando que se trataba de un buen padre y que no se habían probado las situaciones de violencia alegadas por la madre. Tras la restitución, el padre incumplió los compromisos alcanzados, al retener a los menores durante la tramitación del divorcio y las medidas custodia y visita. Cuando la policía intentó detenerlo, el padre disparó a uno de sus hijos de 10 años de edad causándole la muerte y graves heridas a su hija de 12 años.

El segundo caso tuvo lugar en 2017 y se desarrolló ante la Corte de Familia Australia. La Corte, tras reconocer la violencia ejercida sobre la madre, decretó la devolución de los menores, entendiendo que en Inglaterra se podían adoptar medidas de protección. El tribunal australiano impuso algunos compromisos y condiciones a la devolución, entre ellas, una medida de alejamiento de la madre. El maltratador, quebrantó esta medida, lo que provocó la intervención judicial y la instalación de una alarma en el domicilio de la madre. Este hecho a su vez motivó que el padre maltratador fuera sancionado. Antes de ejecutarse esta decisión, la madre sustractora solicitó a la Corte que la ubicaran en una casa de acogida con sus hijos y que la policía la acompañara a un refugio de mujeres. Esta segunda protección solicitada que le fue denegada, y de camino al refugio, el padre le propinó varias puñaladas en presencia de sus hijos.

La verdad que encierran estos hechos reales deja poco margen para evaluar favorablemente el enfoque que la GBP proporciona a los operadores jurídicos a la hora de abordar esta compleja, delicada y sensible problemática.

Consideramos, por tanto, que la pregunta a la que debe responder la autoridad que conoce de una sustracción de esta naturaleza es si existe alguna medida “adecuada y eficaz” capaz de garantizar que el menor sea protegido de su maltratador tras su devolución. Los ejemplos que acabamos de invocar y muchos otros similares dentro y fuera de nuestro entorno, responden mejor que todas las razones anteriormente expuestas y ponen de relieve que no existe ninguna de medida de protección inquebrantable, como tampoco es posible prever el comportamiento que en el maltratador pueda tener futuro. Lo que sí sabemos con certeza es que el quebrantamiento de estas medidas es frecuente y que en no pocos casos se ha cobrado la vida de menores y de sus madres, sobre todo en los casos de violencia vicaria¹³⁸.

48. Esta constatación nos allana el camino para comprender y confirmar que sobre ninguna de las medidas existentes puede descansar una garantía absoluta orientada a resguardar el interés supremo de menores víctimas de este tipo maltrato ni su dignidad humana.

contribución, “La seguridad del niño a su retorno en el Convenio de la Haya y la violencia doméstica – ¿amigos o enemigos? – un punto de vista desde el *common law* respecto de las interpretaciones del artículo 13(1) b) del Convenio de la Haya en el contexto de la violencia doméstica, *op. cit.*, pp.19-22.

¹³⁸ Numerosos son casos que han acontecido en nuestro país con una importante repercusión mediática, siendo este uno de los motivos que ha movido a nuestro legislador a adoptar la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (BOE núm. 134, de 05 de junio de 2021), que introdujo algunas modificaciones al Código Civil español con el objetivo de ofrecer mayor protección a los menores y combatir la violencia vicaria. En el preámbulo de esta ley el legislador español parte reconociendo que la lucha contra la violencia en la infancia constituye un imperativo de derechos humanos y el punto de partida esencial para promover los derechos de los menores reconocidos en la CDN a fin de asegurar y garantizar el respeto a su dignidad humana e integridad física y psicológica. Esta ley impide el establecimiento de un régimen de visitas respecto del progenitor en situación de prisión, provisional o por sentencia firme, acordada en procedimiento penal vinculados a situaciones de violencia de género. La disposición final décima de la Ley 8/2021 modifica el art. 1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, para hacer constar que la violencia de género a que se refiere dicha ley también comprende la violencia ejercida con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres, incluidos los menores de edad. Esta ley toma como referentes normativos los protocolos facultativos de la CDN y los documentos de extensión de sus normas recogidos en las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño mencionadas, al ser estas normas las encargadas de enlazar este reconocimiento internacional con otras realidades que atañan a los menores. Dicha ley asume asimismo estándares internacionales trazados por el Consejo de Europa en el Convenio para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual (Convenio de Lanzarote), en el Convenio de Estambul y en la Estrategia del Consejo de Europa para los derechos del niño (2016-2021) en la que tiene lugar un llamamiento a los Estados miembros para erradicar toda forma de castigo físico sobre la infancia. Este instrumento también acoge los compromisos y metas del Pacto de Estado contra la violencia de género, así como de la Agenda 2030 en varios ámbitos. De esta forma se integra la voluntad holística de nuestro legislador dando prioridad a la prevención que procuren la rápida detección a fin de ofrecer la asistencia necesaria y recuperación de la víctima y el restablecimiento de los derechos vulnerados y situaciones de revictimización.

Si diéramos por válido este presupuesto, esto es, si se asumiera que no existe ninguna medida “adecuada y eficaz” capaz de ofrecer protección a los menores en situaciones demostradas de violencia machista, la posibilidad de no devolver al menor podría entrar en el estrechado margen de discrecionalidad que el legislador comunitario ha dejado a la autoridad competente *ex art. 26.3 del RB II ter*. Y aunque ello no impedirá, en base al *art. 29.6 RB II ter*, que el menor maltratado sea retornado, si en el Estado de la residencia habitual se adopta una resolución sobre el fondo que implique su restitución (aun existiendo una resolución sobre la no devolución), en sede de ejecución queda todavía la posibilidad de denegar su ejecución cuando el riesgo grave tenga carácter duradero (*art. 56.6*).

Similar interpretación cabría sustentar asimismo en sustracciones extracomunitarias, con mayor holgura incluso, puesto que la discrecionalidad de la autoridad en estos casos presenta mayor cobertura en la versión primigenia del *art. 13.1 b)*, en la medida que no condiciona normativamente la devolución del menor a la existencia de medidas, amén de los reiterados “llamados” de la GBP en esta dirección.

Además de esta posibilidad, e incluso contando con que sea descartada, la no devolución del menor en estos casos también encontraría fundamento en el interés superior del menor en base a una interpretación armónica de los *arts. 3.1, 9, 19.1* de la CDN (y las observaciones generales que lo desarrollan), al *art. 8* de la CEDH y al *art. 7* de la CDUE¹³⁹.

Ahora bien, al margen de que los problemas de interpretación que puedan encontrar respuestas en las distintas opciones analizadas, consideramos muy necesaria una modificación normativa del CLH 1980 y del RB II ter para incorporar toda la normativa que involucra a los menores en clave de género, incluidas las que afectan al sector de la competencia judicial internacional¹⁴⁰, así como la doctrina del TEDH que a continuación trataremos.

IV. La protección de los derechos de los menores en la jurisprudencia del TEDH. Evaluación de los límites al derecho a la vida familiar

49. Hemos llegado a este punto sabiendo que los límites que impone el interés superior del menor al derecho a la vida familiar no toleran un ejercicio arbitrario por quienes detentan la responsabilidad parental e impiden que estos puedan ocasionarle al menor un daño físico o emocional o limitar su normal desarrollo. Esta importante premisa justifica una ponderación de las disposiciones contenidas en la CDN y sus normas de extensión, así como las establecidas en la CEDF y en el CDFUE, cuando son traspuestas al escenario de la sustracción transfronteriza.

50. Cuando se configura la excepción del grave riesgo u otra de las excepciones contempladas en el CLH 1980, hemos visto cómo los jueces requeridos cuentan con un margen de discrecionalidad

¹³⁹ Véase *infra* punto

¹⁴⁰ Sobre la manifestación de esta problemática en el sector de la competencia judicial internacional la profesora RUIZ SUTIL considera que las autoridades del Estado miembro de la residencia habitual de la o del menor anterior al desplazamiento ilícito pueden no ser las más idóneas para conocer del fondo cuando media la violencia de género. En esta dirección sostiene que, “... una de las posibles soluciones del Reglamento 2019/1111 podría haberse encaminado a que las autoridades de la residencia habitual de la o del menor pudieran declinar su competencia a favor de las del Estado donde se halle retenido ilícitamente, dada la vulnerabilidad de la progenitora víctima y de sus hijos e hijas para afrontar un regreso al país donde se encuentra el presunto agresor (*art. 12*). Asimismo, la autoridad donde se halle el menor retenido ilícitamente puede solicitar al juez de la residencia habitual del menor (*art. 13*) que le transfiera la competencia judicial internacional, siempre que beneficiara al interés superior del menor que vive en la violencia de género. Es cierto que el considerando 27 del Reglamento 2019/1111 limita tal posibilidad. No obstante, desde nuestro punto de vista, el texto ubicado en un considerando que enmarca un Reglamento europeo no tiene el carácter obligatorio que sí mantiene la parte dispositiva. A nuestro entender, los preceptos 12 y 13 pueden ser objeto de interpretación en clave de género para ser aplicados por las autoridades implicadas en estos asuntos asociados a la violencia de género/doméstica”. Más allá de las sustracciones motivadas por la violencia machista, esta doctrina propugna la incorporación de un foro de accesividad en divorcios, a efectos de que la víctima de la violencia de género no solo tenga ocasión de interponer la demanda de divorcio ante cualquiera de los tribunales designados el *art. 3 del RB II ter*, sino también ante el órgano jurisdiccional del Estado miembro donde se hubiera presentado la denuncia por malos tratos que se estuviera conociendo del correspondiente procedimiento penal, con independencia del tiempo de residencia. C. RUIZ SUTIL, *Las violencias de género en entornos transfronterizos. Interconexión de las perspectivas de extranjería, asilo y del Derecho internacional privado*, Dykinson, Madrid, 2023, pp. 85 y 86 y 122-123.

a la hora de decidir si el menor es o no devuelto al Estado de su residencia habitual anterior al traslado, que es más o menos amplia en atención a la normativa que resulte de aplicación. Sin embargo, tal discrecionalidad podrá ser controlada por el TEDH a la luz de los derechos humanos protegidos por la CEDH y teniendo siempre presente la consideración primordial de su interés superior en el proceso analizado¹⁴¹, y ello a fin de comprobar si resulta compatible con el derecho a la vida familiar consagrado en el art. 8 del CEDH¹⁴², habida cuenta que la separación del menor de la estructura familiar en la que se ha desarrollado no estaría justificada, a menos que existan razones que demuestren que tal vinculación haga peligrar su interés superior.

51. La postura del TEDH en torno a la consideración del interés superior del menor en situaciones de secuestro internacional ha sido, sin embargo, variable. Antes de las sentencias de 6 de julio de 2010 (*As. Neulinger y Shuruk vs. Suiza*)¹⁴³ y de 9 de septiembre de 2010 (*As. Raban vs. Rumania*)¹⁴⁴, el TEDH ha defendido una postura contenida del art. 13.1 b) en relación con la intervención del interés superior del menor, asumiendo que la restitución del menor al Estado de la residencia habitual no vulnera el derecho a la vida familiar (art. 8 CEDH), si el padre secuestrador puede desplazarse a dicho Estado sin riesgo y litigar allí la custodia¹⁴⁵.

52. Posteriormente, el Tribunal de Estrasburgo da un giro en la consideración del interés superior del menor al proclamar en la sentencia *Neulinger y Shuruk contra Suiza* que el derecho a la vida privada y familiar no puede ser ajeno al interés superior de los menores¹⁴⁶. En este asunto el TEDH concluyó que la aplicación del CLH 1980 por parte de las autoridades suizas violaba el art. 8 del CEDH, al ordenar la devolución del menor a Israel, sin examinar a fondo las circunstancias que afectaban el interés superior de menor. El Alto Tribunal considera que obligar a la madre a regresar a Israel supone una injerencia desproporcionada en el derecho familiar que no ha tenido en cuenta las implicaciones penales que tendría tanto para ella como para el menor su regreso a dicho país, circunstancia a la que se suma la falta de capacidad económica del padre y su inestabilidad personal. A la hora de valorar el interés del menor el TEDH tiene además en cuenta las dificultades de integración del menor en el Estado de destino y los vínculos creados en Suiza.

Lo más relevante de esta decisión es que sitúa el interés superior por encima de cualquier consideración en torno a las exigencias del CLH de 1980, entendiendo que si la devolución no toma en consideración dicho principio se estaría vulnerando del derecho a la vida familiar del art. 8 del CEDH¹⁴⁷, lo que resulta plenamente coherente con la idea que venimos sosteniendo en epígrafes anteriores en relación con la consideración primordial el interés superior del menor consagrado en el art. 3.1 del CDN y en la OG 13/2011 que lo desarrolla, así como con la necesidad de establecer un diálogo entre las distintas fuentes para la acogida de esta excepción. En esta misma línea de razonamiento se inscribe la sentencia dictada dos meses después por el propio Tribunal en el *As. Raban vs. Rumania*.

Este nuevo enfoque suscitó múltiples críticas en el sentido de que podría favorecer la posición de los secuestradores -que es precisamente lo que pretende contrarrestar el CLH 1980-, al tiempo que

¹⁴¹ C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “Comentario a la STEDH as. Neulinger and Shuruk vs. Switzerland”, *REDI*, 2010-2, pp. 232-235; M.M. CELIS AGUILAR, “El papel controversial del TEDH en la interpretación del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Cíviles de la Sustracción Internacional de Menores: Especial referencia a los casos *Neulinger y Shuruk c. Suiza* y *X c. Letonia*”, *ACDI*, 2020, Vol. 13, pp. 209-249.

¹⁴² M. HERRANZ BALLESTEROS, “Los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo ante la protección de los derechos fundamentales en supuestos de sustracción internacional de menores”, *Revista de Derecho Europeo*, n.º 44, octubre-diciembre, 2012, pp. 41-60, pp. 46-50.

¹⁴³ Demanda n.º 41615/07.

¹⁴⁴ Demanda n.º 25437/08.

¹⁴⁵ STEDH de 6 diciembre 2007, demanda n.º 39388/05 (*As. Maumousseau vs. Francia*).

¹⁴⁶ Un pronunciamiento que ya estaba contenido en el voto particular del juez Zupančič en el *As. Maumousseau vs. France*.

¹⁴⁷ M. HERRANZ BALLESTEROS, “Los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo ante la protección de los derechos fundamentales en supuestos de sustracción internacional de menores”, *op. cit.*, p. 50; L. LÓPEZ GUERRA, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la UE y *Leouvementnécessaire des choses*”, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 39, 2017, pp. 163-188, p. 185.

reforzaba el rol de los tribunales requeridos para la devolución, acercando su postura a la asumible por los tribunales que conocen del fondo (autoridad de la residencia habitual anterior al traslado), que son en definitiva los competentes para decidir a quién corresponde la custodia del menor¹⁴⁸.

53. Más tarde, en la sentencia de 12 de julio de 2011 (*As. Sneersone y Kampanella vs. Italy*)¹⁴⁹, el Tribunal de Estrasburgo resolvió una sustracción intracomunitaria en un caso donde la madre trasladó ilícitamente al menor de Italia a Letonia alegando no contar con medios económicos ni recibir la pensión alimenticia del padre del menor. El padre instó la restitución ante las autoridades letonas y estas fallaron la no devolución del menor en virtud del art. 13.1 b) del CLH de 1980, invocando que las autoridades italianas no adoptaron las medidas de protección exigidas en el art. 11.4 del RB II bis. Las autoridades italianas recurrieron al mecanismo de la segunda instancia del RB II bis, lo que dio lugar a una orden de restitución con eficacia ejecutiva de conformidad con el art. 42 del RB II bis entonces vigente.

Al respecto el TEDH expresa que el hecho de que se acuerden medidas de protección en el Estado de la residencia habitual del menor no implica por sí solo la exclusión automática del art. 13.1 b) del CLH 1980, dado que la sujeción del grave riesgo a la adopción de medidas de protección para garantizar que su retorno sea seguro ha de asumir e incorporar los riesgos que dieron lugar a tal excepción. En consecuencia, la autoridad italiana debió evaluar si tales medidas eran capaces de neutralizar los motivos que llevaron a las autoridades letonas a la denegación del retorno. En este asunto, el TEDH estimó que la ejecución de la decisión adoptada como resultado del mecanismo de la segunda instancia vulneraba el art. 8 del CEDH, y para ello se sustentó no solo en el impacto que tendría sobre la madre y, consecuentemente, sobre el menor no disponer de recursos económicos a regreso a Italia (sin empleo y sin la ayuda del padre), sino en las consecuencias negativas que entrañaría para el menor el hecho de que la progenitora y cuidadora principal no le acompañase¹⁵⁰.

La interpretación que sostiene el TEDH en este asunto es a todas luces saludable y continuista el *As. Neulinger y Shuruk vs. Switzerland*, incluso, la misma se desmarcó de lo que al respecto sostuvo el TJUE en la sentencia del 22 de diciembre de 2010 (*As.C-491/10 PPU*) orientada a reforzar el automatismo del mecanismo de la segunda instancia rubricado por el RB II bis - ahora modificado por el RB II ter-, donde la toma en consideración de los derechos fundamentales en juego quedó relegado a un segundo plano¹⁵¹.

54. La postura seguida en esta sentencia por el TEDH no fue en cambio la misma en la sentencia de 18 de junio de 2013 (*As. Povse vs. Austria*), pues a pesar de que en esta ocasión el TEDH concluyó que los arts. 11.8 y 42. 2 del RB II bis “no otorgaban margen alguno de discreción a los tribunales requeridos para ejecutar la decisión del tribunal de origen, dado que el sistema del RB II bis sólo permite de-

¹⁴⁸ P.R. BEAUMONT, “The Jurisprudence of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice on the Hague Convention on International Child Abduction”, *Recueil des cours*, Vol. 335, 2008, pp. 51-71, disponible en http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pplrdc_A9789004172906_01>

¹⁴⁹ <https://aquiencia.net/2013/12/09/elena-rodriguez-pineau-sobre-el-caso-x-c-letonia-sustraccion-internacional-de-menores-a-la-luz-del-convenio-europeo-de-derechos-humanos/>

¹⁵⁰ En este asunto, el Juez PINTO DE ALBUQUERQUE alerta sobre la necesidad de hacer una evaluación individualizada este impacto sobre el menor, distinguiendo el rol de un secuestrador sin custodia respecto de un secuestrador con custodia, cuando este ostenta la condición de cuidador principal. En misma esta dirección P. McELEVAY aduce que las excepciones en el CLH 80 no deben estar mediatizadas por evaluaciones morales en torno a las acciones del secuestrador, buscando sancionarlas en el contexto de las excepciones. P. MacELEVAY, “The European Court of Human Rights and the Hague Child Abduction Convention: Prioritising Return or Reflection?”, *Neth Int Law Rev*, n° 62, 2015, pp. 365-405, p. 374, cita 80.

¹⁵¹ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Desplazamiento ilícito de menores dentro de la U.E. Supresión del exequátur y derechos del niño a ser oído”, *Diario La Ley*, n° 7578, de 28 de febrero de 2011; M. GUZMÁN ZAPATER, “Supresión del exequátur y tutela de Derechos fundamentales: articulación en el sistema español”, *Adaptación de la legislación interna a la normativa de la Unión Europea en materia de cooperación civil, Homenaje al Prof. Dr. Ramón Viñas Farré*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 142-160, pp. 151-160; N. BOUZA VIDAL, “La integración del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores en el sistema Europeo de Derechos Humanos”, en C. ESPLUGUES MOTA y G. PALAO MORENO (eds.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea, Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 203-218, p. 213; M. HERRANZ BALLESTEROS, “Los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo ante la protección de los derechos fundamentales en supuestos de sustracción internacional de menores”, *op. cit.*, pp. 56 y 57.

terminar conforme a la legislación del Estado requerido el mejor modo de dar cumplimiento a la orden, pero no le faculta para decretar ninguna decisión que pueda impedirle o suspenderla...”, por otro lado, consideró que este mecanismo era respetuoso de los derechos fundamentales consagrados en el CEDF.

La postura vacilante del TEDH a la hora de evaluar la compatibilidad del art. 11 RB II bis con el art. 8 CEDH en relación con la ejecución de una resolución por la que se ordena el retorno de un menor sustraído ilícitamente, fue también muy criticada por no haber tomado en consideración el interés superior del menor, como sí lo hizo en decisiones anteriores¹⁵².

En cualquier caso, a favor de esta sentencia cabe propugnar el impacto que ha tenido en las nuevas regulaciones que acoge RB II ter en relación con la ejecución de resoluciones que afectan a este ámbito material, en la que, tal y como se ha visto *supra*, abre la posibilidad a la autoridad o juez competente de suspender el procedimiento en casos excepcionales, si la resolución de restitución expone al menor a un riesgo grave de daño físico o psíquico debido a impedimentos temporales sobrevenidos, o en virtud de cualquier otro cambio significativo de circunstancias (art. 56.4), o denegar la ejecución de la resolución cuando el riesgo grave presente carácter duradero, dicha autoridad o juez competente podrá, además, , previa solicitud (art. 56.6).

55. Cinco meses después, en la sentencia de 26 de noviembre de 2013 (*As. X vs. Letonia*), el Tribunal de Estrasburgo parece retomar la línea jurisprudencial seguida antes de 2010. En esta sentencia, es cierto, se condena a Letonia al ordenar la restitución de la menor a Australia por el hecho de desatender los informes psicológicos que comprometían el interés de la menor sustraída, si bien, por otro lado, considera que puede llegarse a una interpretación armónica del CLH 1980 y la CEDH si se toman en consideración todos los factores que giran en torno a las excepciones establecidas en el CLH 1980, y ello con el propósito de que la decisión que se adopte se encuentre suficientemente motivada en las cuestiones examinadas y que estos sean evaluados a la luz del art. 8 del CEDH¹⁵³. En consecuencia, la no vulneración del art. 8 del CEDH quedará supeditada a una probada fundamentación de la ausencia de necesidad de mantenimiento de estas relaciones con el menor por resultar perjudiciales a su interés superior.

Sobre esta sentencia la profesora Rodríguez Pineau, sostiene que la misma puede entenderse “como una revisión de los excesos de la jurisprudencia *Neulinger y Shuruk* y probablemente será valorada en sentido positivo por los Estados contratantes no europeos del CH1980, que habían percibido la citada jurisprudencia como un estándar de protección ‘eurocéntrico’ frente a solicitudes provenientes de estos Estados. Tal vez lo menos satisfactorio del caso es que *X c. Letonia* confirma una creciente tendencia a que la aplicación del CH1980 no sea suficiente y se recurra al TEDH como última instancia, prolongando los casos de restitución de menores”¹⁵⁴.

56. De las distintas posturas seguidas por el TEDH en las sentencias analizadas asociadas al interés superior del menor en su interacción con el art. 8 de la CEDH, no es posible extraer patrones de referencia a seguir capaces de proporcionar una interpretación uniforme y coherente en torno a la garantía que sobre este principio rector asigna en el art. 3.1 CDN y de la OG 13/2011 cuando lo interpreta y desarrolla en el marco de sus límites. De todas formas, como hemos venido propugnando a lo largo de este trabajo, en el ámbito judicial, conviene retener que este principio no solo debe desarrollarse al margen del proceso que sanciona, sino que ha de estar presente en toda construcción y fundamentación de la decisión que se adopte a través de una valoración razonada y ponderada de todos los elementos en pugna.

De esta suerte, y en la medida que el interés del menor gobierna todo el sistema que les afecta, la cuestión decisiva radica en buscar un justo equilibrio entre los intereses contrapuestos, los del menor

¹⁵² L. CARPANETO, “L In-depth consideration of family life v. immediate return of the child in abduction proceedings within the EU”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n.º 50, 2014, pp. 931-958; S. BARTOLINI, “In name of the best interests of the child: the Principle of Mutual Trust in Child Abduction cases”, *Common Market Law Review*, n.º 56, 2019, pp. 91-119, p. 101

¹⁵³ Véase párrafo 106 (*As. X vs. Letonia*).

¹⁵⁴ Blog de DIPr., <https://aquiencia.net/2013/12/09/elena-rodriquez-pineau-sobre-el-caso-x-c-letonia-sustraccion-internacional-de-menores-a-la-luz-del-convenio-europeo-de-derechos-humanos/>

y el de los padres, donde el interés superior del menor va tener siempre una “consideración primordial” frente al resto de intereses en presencia, entre los que pueden encontrarse el derecho a la vida familiar y, claro está, los objetivos del CLH 1980.

V. Conclusiones

57. En la parte introductoria de este estudio comenzamos indicando que las estadísticas han revelado que la aplicación del art. 13.1 b) del CLH 1980, única excepción aplicable a las sustracciones motivadas por la violencia de género, es la menos acogida de todas las excepciones existentes. También allí referimos que este dato era por sí solo un indicador preocupante, ya que serían frecuentes los casos en que el menor víctima de este tipo de violencia fuera retornado al entorno donde ha sido maltratado, aunque ello no implique convivir con su maltratador.

Este indicador fue precisamente el que nos invitó a reflexionar, a través de distintas preguntas, acerca de si el problema radicaba en el diseño de esta excepción, en su inadecuada interpretación o aplicación, o en ambas inclusive. Y la respuesta a esta reflexión, desafortunadamente, es que, en este ámbito, se plantean problemas de todo tipo.

58. La devolución del menor es una solución necesaria en la mayoría de las sustracciones transfronterizas, pero a este resultado no debe llegarse cuando se configura alguna de las excepciones previstas en el CLH de 1980.

Las excepciones que incorpora el CHL 1980 tienen una finalidad legítima y se han habilitado para garantizar el interés superior de los menores, asumiendo el legislador convencional que la devolución no es en todos los casos lo más conveniente para el menor. Esto significa que tal finalidad no debe quedar mediatizada por los objetivos del CLH 1980, cuando su consecución comprometa la jerarquía o carácter hegemónico del interés superior del menor frente al resto de intereses en presencia, diga lo que diga el CLH 1980, las modulaciones que de la excepción del grave riesgo realiza el RB II ter, la interpretación que nos proporciona el Informe explicativo y la GBP, e incluso alguna de las posturas sostenidas por el TEDH.

59. Las excepciones, como de la propia acepción se desprende, presentan siempre carácter restrictivo; pero esto no significa que haya que priorizar los objetivos del CLH 1980 con interpretaciones que limiten aún más su acogida. Esto es precisamente lo que hace la GBP cuando reiteradamente recuerda la necesidad de centrarse en los objetivos del Convenio, al tiempo que intenta reducir su intervención sujetando el grave riesgo a medidas de protección ineficaces en sustracciones en las que media la violencia de género, una exigencia asimismo presente en el RB II bis y en la que reincide el RB II ter.

60. La postura de la Conferencia de la Haya materializada en la GBP de 2019 no parece avizorar un cambio de orientación en clave de género y buena muestra de ello ha sido optar por la elaboración de una guía que interpreta en exclusivo la excepción más controvertida del CHL 1980, el grave riesgo, en lugar de modificar este texto convencional para adaptarlo a las nuevas realidades que pautan a un cambio de perfil del sustractor y remueven la vulnerabilidad de los sujetos afectados por una violencia estructural en mujeres y menores, cada vez más frecuente y de acusada invisibilidad hasta hace poco tiempo.

61. La GBP, sin negar otros valores que contiene, no es un instrumento que proporcione pautas certeras ni convincentes capaces de garantizar la protección especial y adecuada que reclaman las víctimas de un flagelo social y cultural decimonónico. Su orientación, en estos casos, va dirigida en lo fundamental a consolidar los objetivos del CLH 1980. De hecho, uno de los problemas de partida detectados en la GBP es que equipara la violencia de género a otras situaciones de grave riesgo menos comprometidas que engloba esta excepción, desconociendo así la repercusión tan acusada de este motivo de excepción.

62. Tampoco la respuesta europea a esta cuestión es la más adecuada. La intervención del nuevo RB II ter en el ámbito de la sustracción intracomunitaria se ha centrado más en el sector del reconocimiento y ejecución, en gran medida para salvaguardar cuestiones sobrevenidas a la decisión de retorno en base al interés superior del menor, lo que resulta a todas luces saludable. En cambio, no ha ofrecido soluciones a la altura de la sensibilización que exige esta problemática *ex ante*.

Así, por ejemplo, en el sector de la competencia judicial internacional no existe ninguna regulación que incorpore el *gender mainstreaming*, toda vez que el tribunal de la residencia habitual del menor sigue conservando la competencia para resolver sobre el fondo en situaciones de violencia de género (art. 9), dando por sentado que tales autoridades son “en todo caso” las mejores situadas para atender al interés superior del menor. A ello se suma que el art. 27.3 del RB II ter mantiene la obligatoriedad de devolver al menor en supuestos de grave riesgo, haciendo descansar todo su peso en medidas de protección susceptibles de ser quebrantadas por el maltratador. Semejante solución no tiene en cuenta que en este tipo de situaciones siempre subyace el temor de ocasionar en el futuro daños físicos o psíquicos con resultados muy lamentables para las víctimas, llegando incluso a causar la muerte no solo al menor, sino a la madre sustractora que le acompaña.

Por su parte, el mecanismo de la segunda instancia, aunque mejorado, no se ha eliminado, lo que en la práctica posibilita que una resolución posterior sobre el fondo “modifique indirectamente” la decisión previa de no devolución, si tal decisión implica a la postre la devolución del menor.

63. Es bien sabido que cualquier medida de protección que se adopte puede ser quebrantada por el maltratador, y un claro reflejo de ello se advierte con más intensidad en la violencia que los maltratadores ejercen sobre los hijos con el objetivo de causar el mayor daño posible a sus parejas o exparejas (violencia vicaria). De ahí que las decisiones que se adopten en sustracciones transfronterizas de menores expuestos a la violencia de género deben estar presididas por la consideración primordial del interés superior del menor frente al resto de intereses en presencia. Y esta consideración implica, “en todo caso”, evaluar los límites que establece este principio rector al derecho a la vida familiar.

En este tipo de sustracciones la devolución del menor al Estado de su residencia habitual no se debe constituir en una garantía vinculada al derecho a la vida familiar, si existe una causa justificada que impide el mantenimiento de este derecho por no resultar conveniente para el menor. Las autoridades tampoco deben marginar en sus razonamientos y fundamentaciones que las situaciones violencia, en cualquiera de sus modalidades, implican, además, un ataque a la dignidad humana y a la integridad física y psíquica de los menores que, en los términos establecidos en la OG 13/2011, presenta carácter absoluto.

Las sustracciones de menores en situaciones demostradas de violencia de género son igual de peligrosas en el ámbito intraeuropeo que fuera de este. Por este motivo, no se justifica construir un trato desigual en atención al principio de confianza comunitaria ya que este parámetro no aporta ninguna garantía a la excepción del art. 13.1 b) en este tipo de sustracciones, sino, todo lo contrario, la convierte en más restrictiva si cabe.

Todo ello nos lleva a considerar que algunas de las soluciones que consagra el RB II ter se alejan de los estándares delineados por el Comité de Derechos del Niño (CDN y observaciones de desarrollo), en la medida siguen dando prioridad a los objetivos del CLH 1980 y al principio de confianza comunitaria frente a otros derechos que participan con brío en estos procedimientos.

64. Se debe abandonar la idea repetida como un mantra que confirma que la frecuente utilización de la excepción del art. 13.1 b) hace peligrar las bases del CLH 1980, convirtiéndolo en “papel mojado”. Las situaciones de violencia de género han de ser abordadas desde diversas perspectivas, al tratarse de un tema excesivamente sensible y comprometido debido a la gran complejidad que plantea su naturaleza multidimensional. Estos casos, es cierto, precisan un nivel de detalle que en su mayoría no está disponible en procesos tan breves como los de restitución. Pero esta limitación en modo alguno debe servir para omitir una evaluación de lo que resulta más conveniente al menor, sin comprometer el sentido y alcance del art. 3.1 del CDN y la OG 13/2011, de los arts. 8 y 7 de la CEDF y de la CDFUE, respectivamente.

65. Consideramos que la infravaloración del *gender mainstreaming* en este ámbito se puede contrarrestar, al menos, de tres maneras posibles: 1) excluyendo del ámbito de aplicación del CLH 1980 las sustracciones motivadas en la violencia de género; 2) introduciendo una excepción específicamente diseñada para abordar esta problemática; o 3) estableciendo un diálogo armónico entre el CLH 1980 y el RB II ter y el resto de instrumentos normativos de obligado cumplimiento en decisiones que afectan a los menores (CDN, observaciones generales de extensión, Convenio de Estambul, CEDH y CDFUE).

Somos, sin embargo, conscientes que las dos primeras propuestas son muy controvertidas y escasamente pacíficas en la doctrina. Como también asumimos que dejar a la suerte del intérprete la respuesta a esta problemática (tercera propuesta), solo conseguirá perpetuar un tratamiento desigual y una amenaza permanente que pesa, cual espada de Damocles, en los menores víctima de la violencia machista y en sus madres, sobre todo, a la vista de los resultados estadísticos existentes en torno a esta excepción y del enfoque de la GBP sobre cómo debe ser interpretado el art. 13.1 b), al que se suman con fuerza las restricciones que sigue manteniendo el RB II ter.

66. El mensaje que en nuestra opinión debe quedar claro en relación con esta problemática, es que, por encima de los objetivos del CLH 1980 y de otros derechos en pugna se sitúa “siempre” el interés superior del menor, al tratarse de un valor irreductible que gobierna todo el sistema de protección consagrado en la CDN, diseñado exclusivamente para garantizar que los menores reciban la protección debida con respecto a los derechos allí registrados, entre ellos, el de no ser objeto de “ningún tipo de violencia”.

El principio de subsidiariedad en la normativa europea para un mercado único digital

The Principle of Subsidiarity in European Rules for a Digital Single Market

RICARDO PAZOS CASTRO*

*Profesor Colaborador Asistente
Universidad Pontificia Comillas, Madrid (ICADE)*

ORCID ID: 0000-0003-0547-5788

Recibido: 14.06.2023 / / Aceptado: 04.07.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.8079

Resumen: El presente trabajo hace una aproximación al principio de subsidiariedad en el Derecho de la Unión Europea, exponiendo sus características e implicaciones; para luego examinar en qué medida el legislador lo ha tenido en cuenta a la hora de proponer o adoptar normas de cara a la consecución de un mercado único digital, o en materia de protección de los consumidores. El objetivo es determinar si se han materializado tres riesgos: un escaso grado de atención sobre la subsidiariedad, una estandarización de las consideraciones efectuadas con independencia del tipo de acto normativo, del grado de armonización, o de la materia regulada; y una exhaustividad semejante en los textos más antiguos y en los más recientes, a pesar de la mayor extensión y detalle de estos últimos.

Palabras clave: Subsidiariedad, armonización, mercado único digital, protección de los consumidores, proporcionalidad.

Abstract: This paper presents the principle of subsidiarity in European Union law, outlining its main characteristics and implications, and then examines to which extent the legislator has taken it into account when proposing or adopting rules aimed at achieving a digital single market, or on consumer protection. The goal is to determine whether three risks have materialized. First, a low degree of attention paid to subsidiarity. Second, a standardization of the remarks made about such principle, regardless of the type of regulatory act, the level of harmonization sought, or the subject matter regulated. And third, similar exhaustiveness in the older and the more recent texts, despite the greater length and detail of the latter.

Keywords: Subsidiarity, harmonization, digital single market, consumer protection, proportionality.

Sumario: I. Introducción. II. Aproximación al principio de subsidiariedad. 1. Consideraciones generales. 2. Presupuestos que amparan la acción a nivel de la Unión Europea en el marco de

*El autor desea agradecer a Paula García Andrade, Profesora Propia Adjunta de Derecho internacional público y Derecho de la Unión Europea en la Universidad Pontificia Comillas, sus valiosos comentarios y observaciones sobre el principio de subsidiariedad. En todo caso, la responsabilidad por las imprecisiones que puedan existir es única y exclusivamente del autor. Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación «La protección del consumidor en la era digital» (PID2021-122985NB-I00), cuyos investigadores principales son Nieves Fenoy Picón y Máximo Juan Pérez García (Universidad Autónoma de Madrid), financiado por la Agencia Estatal de Investigación (Ministerio de Ciencia e Innovación. Gobierno de España).

una competencia no exclusiva. A) La existencia de dos condiciones cumulativas. B) La insuficiencia de la acción a nivel estatal. C) El valor añadido de la acción a nivel europeo. D) La presunción a favor de la acción a nivel estatal: el principio de proximidad. E) La perspectiva dinámica de la subsidiariedad. 3. El estándar formal de motivación del cumplimiento del principio de subsidiariedad. III. Armonización, protección de los consumidores, y mercado único digital. IV. El principio de subsidiariedad en Directivas relacionadas con la protección de los consumidores y el mercado único digital. 1. Directivas de armonización mínima. 2. Directivas de armonización máxima. V. El principio de subsidiariedad en Reglamentos relacionados con la protección de los consumidores y el mercado único digital. VI. A modo de conclusión.

I. Introducción

1. El artículo 5.3 del Tratado de la Unión Europea (en adelante, TUE)¹ dice en su primer párrafo: «En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión». Este principio ha sido objeto de interesantes estudios, incluso algunos recientes, tanto desde una perspectiva amplia como enfocada hacia ámbitos concretos. Sin embargo, tales estudios han sido efectuados principalmente por publicistas. La subsidiariedad no ha suscitado una gran atención entre la doctrina privatista que analiza la regulación armonizadora europea en materias como, por ejemplo, la protección de los consumidores y el mercado único digital. Sin duda, han existido y existen debates sobre la necesidad de acometer una determinada tarea regulatoria en esos ámbitos, pero se puede constatar un escaso interés por el principio de subsidiariedad y sus implicaciones. Los argumentos a favor de regular una materia a nivel de la Unión, ofrecidos por la doctrina o recogidos en las propuestas y en los textos normativos aprobados, no suelen encontrar un verdadero contrapeso: las observaciones que cuestionan tales argumentos a menudo parecen simples matices sin un efecto práctico apreciable. Por este motivo, hay razones para preguntarse si tales argumentos están respondiendo adecuadamente a las exigencias del principio referido.

2. Especialmente en los últimos tiempos, algunos políticos europeos han mencionado el principio de subsidiariedad de manera expresa, sobre todo en su crítica a la tendencia seguida por las instituciones de la UE. Con ello, defendían que no corresponde hacer a Bruselas lo que se puede hacer desde los Estados miembros, patrocinando una Europa que se ocupe de menos cuestiones pero que consiga una mayor eficacia en las tareas que asuma; y subrayando la importancia de mantener y respetar la soberanía nacional, así como la cercanía a los ciudadanos². La cuestión no es baladí. A pesar de que en el espectro político-ideológico coexistan diferentes sensibilidades u opiniones relativas al proyecto europeo, de tal modo que la existencia de críticas no deba sorprender en absoluto, el hecho de aludir expresamente a un principio establecido en los tratados constitutivos añade un importante componente jurídico al debate social. Apelar sin más a los «intereses nacionales», o situar la «verdadera democracia» en la asamblea legislativa de cada país, nos mantiene en la retórica política. Por el contrario, recordar un principio recogido en los Tratados constitutivos, plenamente vigente, aparentemente dirigido a mantener una cierta descentralización, y que conecta con el propio lema de la Unión (*In varietate concordia*, Unida en la diversidad), supone incorporar al debate un enfoque distinto.

¹ DO C 202, de 7 de junio de 2016, p. 13 (versión consolidada).

² Como muestra: <https://www.theguardian.com/politics/blog/live/2016/feb/02/eu-renegotiation-donald-tusk-david-cameron-red-card-veto-eu-renegotiation-donald-tusk-publishes-draft-plan-to-address-camerons-concerns-politics-live?page=with:block-56b0a73ce4b0d8f6e767f133>;

<https://www.dailymail.co.uk/wires/reuters/article-5047877/Austrias-prospective-ruling-parties-agree-budget-discipline-cut-backs-migrants.html>; <https://www.europapress.es/nacional/noticia-vox-acusa-parlamento-europeo-prevaricar-pasarse-forro-separacion-poderes-soberania-espanola-20200106181437.html>;

<https://www.euronews.com/my-europe/2022/09/23/meloni-ready-to-break-taboo-and-become-italys-first-female-pm>.

3. En este contexto, conviene explorar en qué medida el legislador de la Unión presta atención al principio de subsidiariedad. Para mantener el estudio en límites razonables, se atenderá únicamente a algunas de las propuestas y textos normativos relacionados con el mercado único digital y con la protección de los consumidores³. La intención de acotar el objeto del estudio justifica no abordar el principio de proporcionalidad, pese a su conexión con aquel. Recordando que, según el artículo 5.4 del TUE, «en virtud del principio de proporcionalidad, el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados», baste decir ahora que este último principio exige tres cosas. En primer lugar, que el acto no rebase los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos legítimos perseguidos. Segundo, la elección de la medida menos onerosa de entre aquellas que se consideren adecuadas. Y, por último, que las desventajas ocasionadas no resulten desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos⁴.

4. Una vez planteado el problema de investigación, el punto de partida debe fijarse en tres riesgos principales. El primero, un grado de atención sobre el principio de subsidiariedad por parte de la Unión Europea que pudiera calificarse como escaso. El segundo consiste en una posible «estandarización» de las consideraciones efectuadas, sin una clara diferenciación en función de si se trata de una Directiva o de un Reglamento, del grado de armonización buscado, o de la materia regulada. Y el tercero, que las observaciones sobre el citado principio tengan una exhaustividad semejante en los textos más antiguos y en los más recientes, a pesar de que estos últimos sean más detallados y extensos. La materialización de estos tres riesgos restaría solidez a las conclusiones del legislador europeo. Ahora bien, debe quedar claro que un resultado de la investigación que arrojase un deficiente tratamiento del principio de subsidiariedad no podría interpretarse en modo alguno, ya no como un respaldo implícito a los políticos que hacen alusión a él para criticar a la UE, sino tampoco como una afirmación de que la legislación propuesta o aprobada resulta *injustificable* por no satisfacer el estándar de la subsidiariedad. El reproche sería únicamente la insuficiencia de motivación con respecto al nivel deseable, con las consecuencias que ello tiene para el debate político y social⁵.

5. Para desarrollar el tema se utilizará la siguiente estructura. El apartado II se centra en el principio de subsidiariedad en abstracto, presentando su finalidad y contenido. A continuación, el apartado III recoge una serie de consideraciones generales sobre la armonización legislativa, la protección de los consumidores, y el mercado único digital; como paso previo necesario al estudio que le sigue. En este sentido, el apartado IV observa cómo se ha recogido la subsidiariedad en relación con diferentes Directivas. Finalmente, el apartado V hace lo mismo, pero con respecto a Reglamentos.

II. Aproximación al principio de subsidiariedad

1. Consideraciones generales

6. Antes de abordar la manera en que el principio de subsidiariedad se encuentra reflejado en diferentes actos normativos o propuestas legislativas, es imprescindible hacer una aproximación suficiente al mismo. Solo un correcto entendimiento del citado principio permite examinar a continuación si, y hasta qué punto, el legislador de la Unión Europea ha tenido en cuenta sus implicaciones.

³ Sobre el enfoque general de la Unión Europea en materia de Derecho de Contratos, de cara a la consecución de un mercado único digital, cfr. R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER, «Introduction», en R. SCHULZE/ D. STAUDENMAYER (eds.), *EU Digital Law: Article-by-Article Commentary*, Baden-Baden, Nomos, 2020, pp. 1-9.

⁴ Sentencias del Tribunal de Justicia de 11 de julio de 1989, *Schröder/Hauptzollamt Gronau*, asunto 265/87, ECLI:EU:C:1989:303, apartado 21; de 13 de noviembre de 1990, *Fedesa y otros*, C-331/88, ECLI:EU:C:1990:391, apartado 13; de 12 de marzo de 2002, *Omega Air y otros*, asuntos acumulados C-27/00 y C-122/00, ECLI:EU:C:2002:161, apartado 62; y de 23 de octubre de 2012, *Nelson y otros*, asuntos acumulados C581/10 y C629/10, ECLI:EU:C:2012:657, apartado 71.

⁵ Cfr. P. CRAIG/ G. DE BÚRCA, *EU Law: Text, Cases, and Materials*, 7ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2020, pp. 132-133.

7. La consagración del principio de subsidiariedad tuvo lugar en 1992 con el Tratado de Maastricht (artículo B, en relación con el artículo 3 B del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea)⁶. Ciertamente, su idea de base podía encontrarse ya en el artículo 5 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, que hacía referencia a las «intervenciones limitadas» de la Comunidad para cumplir su misión; ejerciendo una acción directa sobre la producción y el mercado solo cuando las circunstancias así lo requiriesen, y con un aparato administrativo reducido. Y también en el Tratado de Roma constitutivo de la Comunidad Económica Europea, especialmente en su artículo 235, que aludía a la adopción de disposiciones pertinentes cuando una acción de la Comunidad resultase «necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad». A ello debe añadirse el «criterio de subsidiariedad» en un ámbito específico como el medio ambiente, recogido en el artículo 130 R del Tratado de la Comunidad Económica Europea, precepto añadido en 1986 por el Acta Única Europea⁷. De este modo, podría hablarse de una introducción «implícita» de la subsidiariedad en Derecho Comunitario, culminando en última instancia con su introducción «explícita»⁸. Tal y como declaró el Tribunal de Primera Instancia en su sentencia *SPO y otros/Comisión*, «el principio de subsidiariedad no constituía, antes de la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea, un principio general de Derecho conforme al cual hubiera de controlarse la legalidad de los actos comunitarios»⁹.

8. La consagración del principio de subsidiariedad estaba relacionada con el cambio que supuso el Acta Única Europea para la toma de decisiones en el Consejo, dando un mayor juego a la mayoría (cualificada), con el consiguiente retroceso de la unanimidad. Por ejemplo, en el apartado 1 del artículo 100 A del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, en materia de armonización legislativa que tuviese por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior. Esto suponía una reducción de la fuerza del control político que ejercían los Estados, surgiendo algunos riesgos como el alejamiento de los ciudadanos en la toma de decisiones, una centralización indirecta que afectaría al carácter descentralizado de ciertos países, o una pérdida de flexibilidad en la acción a escala nacional¹⁰. En definitiva, la codificación del principio intentaba ser un freno a la expansión competencial europea, si bien hay que subrayar que no solo contentó a los defensores de la proximidad, sino también a los federalistas, que veían positivamente la introducción de un principio clásico en los sistemas políticos federales en el Derecho primario de la Unión¹¹.

9. La atención despertada por el principio de subsidiariedad llevó al Consejo Europeo a hacer la Declaración de Birmingham de 16 de octubre de 1992 («Una Comunidad cercana a sus ciudadanos»)¹², antes incluso antes de la entrada en vigor del Tratado de Maastricht (que se produciría el 1 de noviembre de 1993). En dicha declaración se decía, entre otras cosas, que la aplicación de ese principio debería ser una de las prioridades de todas las instituciones comunitarias (punto 6). Le seguiría el Consejo Europeo de Edimburgo de 11 y 12 de diciembre de 1992, que elaboró un documento titulado «Enfoque general

⁶ DO C 191, de 29 de julio de 1992, p. 1.

⁷ DO L 169, de 29 de junio de 1987, p. 1.

⁸ Así lo dice J.-L. CLERGERIE, *Le principe de subsidiarité*, Paris, Ellipses, 1997, pp. 41-91, cuya exposición es indispensable. Cfr. también V. CONSTANTINESCO, «Le principe de subsidiarité : un passage obligé vers l'Union européenne ?», en *L'Europe et le droit : Mélanges en hommage à Jean Boulois*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 35-37; J. P. JACQUÉ, «Rapport communautaire», en AA.VV., *FIDE : XVI^e Congrès. Vol. I. Le principe de subsidiarité*, Rome, Fédération Internationale pour le Droit Européen, 1994, pp. 13-14; J. P. JACQUÉ, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 4^a ed., Paris, Dalloz, 2006, pp. 153-155; S. VAN RAEPENBUSCH, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 169-173; T. BLANKE, «The Principle of Subsidiarity in the Lisbon Treaty», en N. BRUUN, K. LÖRCHER, I. SCHÖMANN (eds.), *The Lisbon Treaty and Social Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2012, pp. 235-236, 242-243; M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, 11^a ed., Paris, Sirey, 2018, pp. 113-114; K. SHAW, *The Court of Justice of the European Union: Subsidiarity and Proportionality*, Leiden, Brill Nijhoff, 2018, pp. 51-55.

⁹ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 21 de febrero de 1995, *SPO y otros/Comisión*, T-29/92, ECLI:EU:T:1995:34, apartado 331.

¹⁰ JACQUÉ, «Rapport...», pp. 16-19; JACQUÉ, *Droit institutionnel...*, pp. 156-157.

¹¹ Así lo pone de relieve, por ejemplo, L. HINOJOSA MARTÍNEZ, «La regulación del principio de subsidiariedad en el Tratado Constitucional: espejismos y realidades», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n^o 19, 2004, pp. 788, 792 (nota 12), y 794. También se refiere a ello JACQUÉ, «Rapport...», p. 14.

¹² Boletín de las Comunidades Europeas, n^o 10, 1992, p. 9.

de la aplicación por el Consejo del principio de subsidiariedad y del artículo 3 B del Tratado de la Unión Europea» (en adelante, Declaración de Edimburgo)¹³. Asimismo, debe mencionarse la celebración de una conferencia interinstitucional en Luxemburgo el 25 de octubre de 1993, de la que resultaron una «Declaración interinstitucional sobre la democracia, la transparencia y la subsidiariedad» y un acuerdo sobre los procedimientos de aplicación del principio de subsidiariedad¹⁴. Más adelante, con el Tratado de Ámsterdam¹⁵, se añadió como anexo al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea un Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (en adelante, Protocolo de 1997)¹⁶. Finalmente, el Tratado de Lisboa¹⁷ dio una nueva redacción al precepto relevante, adoptándose también el Protocolo (nº 2) sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (en adelante, Protocolo nº 2), que sustituía al anterior¹⁸.

10. Hechas las observaciones anteriores, en este momento conviene reproducir íntegramente el actual artículo 5.3 del TUE:

«En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión.

Las instituciones de la Unión aplicarán el principio de subsidiariedad de conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Los Parlamentos nacionales velarán por el respeto del principio de subsidiariedad con arreglo al procedimiento establecido en el mencionado Protocolo».

11. En relación con el párrafo primero, y antes de estudiar las condiciones que amparan la acción al nivel de la Unión Europea, debe destacarse la acotación del *ámbito de aplicación* del principio de subsidiariedad, más restringido que el del principio de proporcionalidad previsto en el artículo 5.4 del mismo texto. Mientras que la subsidiariedad queda limitada a los ámbitos respecto de los cuales la Unión no ostenta una competencia exclusiva, la exigencia de proporcionalidad se extiende también a aquellos ámbitos en los que sí la tiene¹⁹.

12. Ahora bien, existen competencias cuyo carácter exclusivo no deriva de una disposición atributiva de los Tratados, sino del modo en que la UE ha ejercido una competencia compartida —esto es, de las medidas adoptadas para darle una aplicación práctica²⁰—. Siendo así, podría pensarse que el principio de subsidiariedad también sería aplicable en el contexto de las competencias compartidas con respecto a las cuales los Estados han perdido todo margen debido al grado de exhaustividad de la acción europea. De acuerdo con las observaciones de algunos autores, la incidencia de la subsidiariedad tendría entonces lugar a través de dos vías. Por un lado, cualquier acción nueva en el contexto de esa competencia devenida exclusiva en la práctica debería satisfacer los criterios derivados del principio. Y, por otro lado, se dice que tales competencias exclusivas dejarían de serlo —recuperando los Estados posibilidades de actuación— cuando, desde la óptica de la subsidiariedad, la exhaustividad de la acción

¹³ Boletín de las Comunidades Europeas, nº 12, 1992, p. 13.

¹⁴ Boletín de las Comunidades Europeas, nº 10, 1993, p. 120.

¹⁵ DO C 340, de 10 de noviembre de 1997, p. 1.

¹⁶ DO C 340, de 10 de noviembre de 1997, p. 105. Sobre los pasos dados entre el Tratado de Maastricht y la aprobación del Protocolo, cfr. CLERGERIE, *Le principe...*, pp. 91-104.

¹⁷ DO C 306, de 17 de diciembre de 2007, p. 1.

¹⁸ DO C 202, de 7 de junio de 2016, p. 206 (versión consolidada).

¹⁹ Por todos, A. WEBER, «Article 5. [Principles on the Distribution and Limits of Competences] (ex-Article 5 EC)», en H.-J. BLANKE, S. MANGIAMELI (eds.), *The Treaty on European Union (TEU): A Commentary*, Berlin, Springer, 2013, pp. 262-263, 266.

²⁰ Cfr. Dictamen del Tribunal de Justicia 2/91, de 19 de marzo de 1993 (Convenio nº 170 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre la seguridad en la utilización de los productos químicos en el trabajo), ECLI:EU:C:1993:106, apartado 9.

de la UE ya no estuviese justificada (aspecto relacionado con el carácter dinámico del principio objeto de estudio, del que se hablará en un momento posterior)²¹.

Sin embargo, estas conclusiones distan de ser pacíficas, habiendo voces que dejan claro que el principio de subsidiariedad queda al margen no solo cuando se trata de una competencia exclusiva por naturaleza, sino de una competencia compartida que se ha convertido en exclusiva porque la UE ha hecho un ejercicio integral de la misma²². Así, la justificación de la normativa a la luz del principio de subsidiariedad no sería necesaria en competencias exclusivas, con independencia del fundamento de este carácter exclusivo; conclusión que cabría basar en el objetivo de no limitar excesivamente los efectos de la *preemption*. Desde esta óptica, los efectos derivados de la exclusividad se extenderían a cualquier acción nueva en el marco de una competencia devenida exclusiva. De manera coherente con lo anterior, la recuperación de un margen de actuación por parte de los Estados miembros no se debería a la aplicación del principio de subsidiariedad. Ello resultaría del juego de la *preemption*, y dependería de una eventual decisión de la UE de dejar de ejercer su competencia, por ejemplo, derogando total o parcialmente los actos normativos relevantes; todo ello en consonancia con el artículo 2.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)²³: «Cuando los Tratados atribuyan a la Unión una competencia compartida con los Estados miembros [...] Los Estados miembros ejercerán su competencia en la medida en que la Unión no haya ejercido la suya. Los Estados miembros ejercerán de nuevo su competencia en la medida en que la Unión haya decidido dejar de ejercer la suya»²⁴.

13. Las materias a las que se refiere el presente trabajo no están incluidas entre las competencias exclusivas previstas en el artículo 3 del TFUE, ni han devenido exclusivas por ejercicio. En particular, entre los ámbitos principales a los que se aplican las competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros (artículo 4.2 del TFUE), figuran el mercado interior (letra a)) —con el que conecta el Derecho de Contratos²⁵— y la protección de los consumidores (letra f)). De este modo, no hay dificultades para situarse en la órbita del principio de subsidiariedad.

14. Como último inciso, puede advertirse también que la *función* de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad es distinta. El primero permite determinar si la Unión puede actuar o no, aunque no es un criterio de delimitación de competencias, sino relativo al ejercicio de las mismas (artículo 5.1 del TUE); mientras que el segundo resuelve la extensión de la acción europea, hasta dónde puede llegar, lo que presupone tanto la atribución de una competencia como la facultad para ejercerla²⁶.

²¹ Cfr. JACQUÉ, «Rapport...», pp. 27-29; HINOJOSA MARTÍNEZ, «La regulación...», pp. 806-807.

²² BLANQUET, *Droit général...*, pp. 114-115.

²³ DO C 202, de 7 de junio de 2016, p. 47 (versión consolidada).

²⁴ Las consideraciones efectuadas en este párrafo se basan en P. GARCÍA ANDRADE, «El principio de subsidiariedad en la acción exterior de la Unión Europea», en G. M. TERUEL LOZANO, A. PÉREZ MIRAS, E. C. RAFFIOTTA (dirs.), *Desafíos del constitucionalismo ante la integración europea*, Murcia, Universidad de Murcia. Servicio de Publicaciones, 2015, p. 164; P. GARCÍA ANDRADE, «La necesaria justificación del principio de subsidiariedad en la acción exterior de la Unión Europea», en A. PÉREZ MIRAS, G. M. TERUEL LOZANO, E. C. RAFFIOTTA (dirs.), *Constitución e integración europea: forma política, gobernanza económica, organización territorial*, Madrid, Dykinson, 2017, p. 289; así como en comentarios hechos al autor por la profesora citada.

²⁵ Cfr. S. WEATHERILL, *Contract Law of the Internal Market*, Cambridge, Intersentia, 2016, pp. 4-6, 54-55, 59-60.

²⁶ Cfr. JACQUÉ, «Rapport...», pp. 25-26; J. VERHOEVEN, *Droit de la communauté européenne*, Bruxelles, Larcier, 1996, pp. 111-112, 114; JACQUÉ, *Droit institutionnel...*, pp. 158 y 164; WEBER, «Article 5...», pp. 262 y 266; BLANQUET, *Droit général...*, pp. 114 y 124; F. FABBRINI, «The Principle of Subsidiarity», en R. SCHÜTZE, T. TRIDIMAS (eds.), *Oxford Principles Of European Union Law: Volume I. The European Union Legal Order*, Oxford, Oxford University Press, 2018, p. 224; CRAIG, DE BÚRCA, *EU Law...*, pp. 125-126, 583; A. MANGAS MARTÍN, D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 10ª ed., Madrid, Tecnos, 2020, pp. 83, 87-88. Sobre la subsidiariedad como criterio de ejercicio de competencias y no de atribución, introducen algún matiz BLANKE, «The Principle of Subsidiarity...», pp. 245-247; o F. BALAGUER CALLEJÓN, «La subsidiariedad en la Unión Europea», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 31, 2019, pp. 89-95; mientras que para D. J. LIÑÁN NOGUERAS («Rapport espagnol», en AA.VV., *FIDE : XVI^e Congrès. Vol. I. Le principe de subsidiarité*, Rome, Fédération Internationale pour le Droit Européen, 1994, pp. 191-196) era un criterio de «limitación» del ejercicio de las competencias que no afectaba al sistema general de ejercicio de las mismas.

2. Presupuestos que amparan la acción a nivel de la Unión Europea en el marco de una competencia no exclusiva

A) La existencia de dos condiciones cumulativas

15. Con relación a los presupuestos que facultan a la Unión Europea para ejercer una competencia no exclusiva, una lectura apresurada del artículo 5.3 del TUE podría hacer pensar que esta norma establece un criterio de mera eficacia: la acción europea estaría legitimada siempre que fuese más eficaz que la acción de los Estados miembros²⁷. Sin embargo, no es así, y esto tiene importancia en el debate político y social. En ocasiones, las voces críticas con la Unión Europea a las que se ha aludido en el apartado introductorio han señalado que la acción europea solo debe llevarse a cabo cuando esta genere un valor añadido. Pues bien, probablemente tales voces quieran repasar su discurso, porque lo cierto es que un análisis en términos de pura eficacia posiblemente conduciría a una mayor centralización, considerando especialmente los grandes recursos con los que cuenta la UE²⁸. Lo cual no impide que con la lectura acertada del principio de subsidiariedad quepa encontrar igualmente un gran margen para el camino centralizador, ya que la eficacia juega un papel significativo²⁹.

16. Una construcción de la subsidiariedad basada en un criterio de pura eficacia o mayor valor es perfectamente plausible. De hecho, existió en el apartado cuarto del artículo 130 R del Tratado de la Comunidad Económica Europea, introducido por el Acta Única Europea. Este precepto, relativo —como ya se ha apuntado— al medio ambiente, establecía que la Comunidad actuaría en dicho ámbito «en la medida en que los objetivos [...] puedan conseguirse en mejores condiciones en el plano comunitario que en el de los Estados miembros considerados aisladamente»³⁰. Semejante enfoque se inspiraba en el Proyecto Spinelli del año 1984, cuyo artículo 12.2 disponía que la Unión solo intervendría «para realizar aquellas funciones que puedan ser comprendidas en común de una manera eficaz que por los Estados miembros separadamente...»³¹. No obstante, el contenido del apartado cuarto del artículo 130 R, que llegó a ser calificado como un «banco de pruebas» de la subsidiariedad, desapareció de su ámbito específico para quedar integrado en la fórmula —de ámbito más amplio y sin duda distinta— del Tratado de Maastricht³².

17. Desde la codificación del principio de subsidiariedad, y por supuesto con el vigente artículo 5.3 del TUE, la actuación de la Unión requiere el cumplimiento de dos condiciones cumulativas: por un lado, la insuficiencia de la acción de los Estados miembros para alcanzar los objetivos del Tratado, y, por otro, una mejor situación para la consecución de tales objetivos si la actuación proviene de las instituciones europeas; mejora que debe tener por origen, bien la dimensión, bien los efectos, de la acción pretendida³³. Una correcta comprensión del principio de subsidiariedad revela que no depende simplemente de determinar cuál es el mejor nivel de actuación³⁴. Ya el Protocolo de 1997 sobre la aplicación

²⁷ Cfr. G. LE TALLEC, «Rapport général», en AA.VV., *FIDE : XVI^e Congrès. Vol. I. Le principe de subsidiarité*, Rome, Fédération Internationale pour le Droit Européen, 1994, pp. 481, 484 y 487; S. WEATHERILL, *EU Consumer Law and Policy*, Cheltenham, Edward Elgar, 2005, pp. 19 y 22; WEATHERILL, *Contract Law...*, pp. 192 y 194.

²⁸ MANGAS MARTÍN, LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho...*, pp. 83-84. En el mismo sentido, cfr. GARCÍA ANDRADE, «La necesaria...», p. 285.

²⁹ Cfr. LIÑÁN NOGUERAS, «Rapport...», pp. 188-199.

³⁰ BLANQUET, *Droit général...*, p. 114.

³¹ Cfr. CONSTANTINESCO, «Le principe de subsidiarité...», pp. 36-37, 41-42, y 44; CLERGERIE, *Le principe...*, pp. 60-63.

³² L. DUBOIS, C. BLUMANN, *Droit matériel de l'Union européenne*, 7^a ed., Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2015, p. 254.

³³ Cfr. punto I.18 de la Declaración de Edimburgo; así como, entre otras, las sentencias del TJCE de 13 de mayo de 1997, *Alemania/Parlamento y Consejo*, C-233/94, ECLI:EU:C:1997:231, apartados 26-27; y de 9 de octubre de 2001, *Paises Bajos/Parlamento y Consejo*, C-377/98, ECLI:EU:C:2001:523, apartado 32.

³⁴ Cfr. JACQUÉ, «Rapport...», pp. 20-21, 33; CLERGERIE, *Le principe...*, pp. 69 y 71; M. Díez de Velasco Vallejo, J. M. Sobrino Heredia, «El control jurisdiccional del principio de subsidiariedad en la Unión Europea», en N. Colneric, et al., *Une Communauté de droit : Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, Berlin, BWV, 2003, p. 582; H. Bribosia, «La répartition des compétences entre l'Union et ses États membres», en M. Dony, E. Bribosia (eds.), *Commentaire de la Constitution de l'Union européenne*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2005, p. 72; JACQUÉ, *Droit institutionnel...*, pp. 158-159; VAN RAEPENBUSCH, *Droit institutionnel...*, p. 181; WEBER, «Article 5...», p. 263; BLANQUET, *Droit général...*, p. 114; FABBRINI, «The Principle...», p. 226; MANGAS MARTÍN, LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho...*, pp. 83-84.

de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad se refería a ello en su párrafo 5, y la misma idea se recoge actualmente en la ficha técnica de la Unión Europea dedicada al principio objeto de estudio³⁵, que señala tres condiciones previas para la actuación de las instituciones de la Unión (p. 2): tratarse de una competencia no exclusiva (elemento que constituye, más bien, un criterio definidor del ámbito de aplicación del principio), el hecho de que los objetivos «no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros (necesidad)», y la constatación de que «la acción, debido a su dimensión o efectos, puede realizarse con más éxito a escala de la Unión (valor añadido)».

18. A las dos condiciones en sentido estricto se añade un tercer componente del principio de subsidiariedad, y que conecta con la proporcionalidad. El artículo 5.3 del TUE dice que la Unión intervendrá sólo «en la medida en que» se cumplan los dos presupuestos, lo que implica que la acción europea no debe exceder de lo que sea necesario para la consecución de los objetivos³⁶. Así, ha podido apuntarse que la insuficiencia de la acción a nivel estatal actúa al mismo tiempo como condición previa y como medida de la acción europea en cuanto a amplitud e intensidad³⁷. Aunque, en realidad, esa medida vendría dada por las dos condiciones *stricto sensu*, y no solo por la primera.

19. En definitiva, es correcto afirmar que la actuación de la UE en los ámbitos a los que afecta el principio de subsidiariedad requiere una demostración triple: «la insuficiencia de la acción estatal, la mayor eficacia de la acción común, [y] la dimensión supranacional de la acción pretendida»³⁸. A continuación se abordarán los dos primeros elementos, mientras que el tercero aparecerá tangencial e implícitamente en la exposición.

B) La insuficiencia de la acción a nivel estatal

20. La primera condición, consistente en la insuficiencia de la acción estatal —bien a nivel central, bien a nivel regional o local—, claramente reenvía a un criterio de necesidad. La propia ficha técnica sobre el principio estudiado utiliza expresamente este vocablo, aspecto a tener muy en cuenta, porque refuerza la idea de que no es suficiente con probar que la acción europea resulta más conveniente. Los elementos de comparación son la acción de la Unión y la acción estatal, debiendo considerarse insuficiente esta última, de modo que la primera deviene inevitable para lograr los objetivos del Tratado³⁹.

21. Establecer la insuficiencia de la acción estatal no es, ciertamente, tarea sencilla. El Protocolo de 1997 ofrecía unas mínimas pistas en su párrafo 5, con dos referencias. Por un lado, el hecho de que la cuestión presentase aspectos transnacionales que no pudieran ser regulados satisfactoriamente mediante la actuación de los Estados miembros; escenario que algunos han podido definir como un «fallo del mercado de carácter transnacional»⁴⁰. Por otro, que una acción exclusivamente a nivel estatal crease distorsiones de la competencia o restricciones encubiertas del comercio, que no permitiese reforzar la cohesión económica y social, o que perjudicase considerablemente de alguna forma los intereses de los Estados miembros. La combinación de ambos aspectos ha podido describirse como un «test de la acti-

³⁵ Disponible en https://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU_1.2.2.pdf. Su más reciente actualización en el momento de escribir estas líneas es de abril de 2023.

³⁶ Cfr. sentencia del TJCE de 10 de diciembre de 2002, *British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco*, C-491/01, ECLI:EU:C:2002:741, apartado 184; LE TALLEC, «Rapport...», pp. 481 y 484; CRAIG, DE BÚRCA, *EU Law...*, p. 125; A. MARTIN, «L'instrumentalisation du principe de subsidiarité, un révélateur de la nature juridique de l'Union européenne», tesis defendida el 13 de noviembre de 2020, Université de Strasbourg, pp. 83-88 (disponible en <https://theses.hal.science/tel-03204074>).

³⁷ VERHOEVEN, *Droit de la communauté...*, p. 112.

³⁸ GARCÍA ANDRADE, «El principio...», p. 160.

³⁹ GARCÍA ANDRADE, «El principio...», p. 168.

⁴⁰ J. ÖBERG, «Subsidiarity as a Limit to the Exercise of EU Competences», *Yearbook of European Law*, vol. 36, n° 1, 2017, pp. 392 y 396.

vidad transnacional» (*cross-border activity test*)⁴¹. Pero estas líneas directrices quedaron fuera del Protocolo nº 2 actualmente aplicable, cuyos elementos se relacionan más con el valor añadido de la acción europea y con el principio de proporcionalidad (artículo 5).

22. En relación con la insuficiencia de la acción a nivel estatal, cabe preguntarse si es posible tomar en consideración la acción potencial, esto es, las expectativas razonables de actuación de los Estados miembros en el futuro. Una respuesta afirmativa se impone, pues el artículo 5.3 del TUE no dice que los objetivos no hayan sido alcanzados ya de manera suficiente, sino que «no puedan ser alcanzados»⁴². Por consiguiente, no bastaría con llegar a la conclusión de que la acción europea permite alcanzarlos más rápidamente. Sería preciso, cuanto menos, concluir que los objetivos no se conseguirían lo suficientemente rápido con acciones a nivel estatal. En este sentido, conviene hacer una lectura atenta de la sentencia del TJCE de 9 de octubre de 2001, *Países Bajos/Parlamento y Consejo*: primero dice que evitar o eliminar las divergencias legislativas «no hubiera podido alcanzarse mediante una acción emprendida únicamente por los Estados miembros» (énfasis añadido), y posteriormente, «por otro lado», que la normativa europea «tiene efectos inmediatos en el comercio y, por consiguiente, en el comercio intracomunitario, es manifiesto que el objetivo de que se trata podía lograrse mejor, debido a la dimensión y a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario»⁴³. En otras palabras, la mayor rapidez incide en el valor añadido de la acción europea, pero no puede obviarse el primer requisito.

Por supuesto, el futuro no está escrito, y solo caben pronósticos que son siempre aventurados, especialmente en ámbitos como el mundo digital y las nuevas tecnologías⁴⁴. Pero, a fin de cuentas, el Derecho siempre se mueve en el terreno de la incertidumbre, incluso en una ficción: se legisla con base en información de un pasado que ya no existe, pronosticando un futuro que todavía no ha llegado, creando un presente distinto que evolucionará de una manera diferente a como lo haría en ausencia de la legislación aprobada⁴⁵. Y, además, esto afecta igualmente a la acción a nivel de la Unión Europea, cuyas consecuencias tampoco pueden ser conocidas de antemano.

23. Otra de las preguntas que se han planteado en relación con la subsidiariedad, es si la acción de los Estados que debe juzgarse como insuficiente tiene que valorar únicamente actuaciones individuales o independientes, o también la interacción de los países por medio de acuerdos y programas de cooperación⁴⁶. Abordar este interrogante implicaría un estudio de las competencias de la UE y la relación entre esta y los Estados, superando los contornos del presente trabajo⁴⁷. Sin embargo, sí considero necesario apuntar que, en mi opinión, el análisis debe incluir las *sinergias* derivadas de actuaciones nacionales no coordinadas. La competencia regulatoria permite utilizar la solución adoptada en cada país como un ensayo, observando sus beneficios y sus efectos colaterales negativos, erigiéndose así en una fuente de aprendizaje para los demás⁴⁸. En otras palabras, la competencia regulatoria, al igual que la competencia en el mercado, favorece un «estado de alerta natural» para detectar ventanas de oportunidad y ámbitos de mejora⁴⁹. Sea como fuere, lo que sí está claro es que la situación particular de un único Estado o de un grupo de ellos, en relación con la consecución de un objetivo del Tratado, no

⁴¹ FABBRINI, «The Principle...», pp. 226-227.

⁴² JACQUÉ, «Rapport...», p. 34; JACQUÉ, *Droit institutionnel...*, pp. 159-160.

⁴³ Sentencia *Países Bajos/Parlamento y Consejo*, apartado 32.

⁴⁴ Cfr. F. H. EASTERBROOK, «Cyberspace and the Law of the Horse», *University of Chicago Legal Forum*, vol. 1996, 1996, pp. 207-208, 210, 215-216; C. RAMBERG, «Digital Content – A Digital CESL II – A Paradigm for Contract Law via the Backdoor?», en S. GRUNDMANN (ed.), *European Contract Law in the Digital Age*, Cambridge, Intersentia, 2018, p. 326.

⁴⁵ R. PAZOS, «La nécessité de créer un nouveau régime ? Vers la reconnaissance d'une nouvelle personnalité juridique ? Rapport espagnol», en O. GOUT (coord.), *Responsabilité civile et intelligence artificielle*, Bruxelles, Bruylant, 2022, pp. 583-584.

⁴⁶ Cfr. JACQUÉ, «Rapport...», p. 34; JACQUÉ, *Droit institutionnel...*, p. 160.

⁴⁷ VERHOEVEN (*Droit de la communauté...*, p. 112) respondía de manera negativa, argumentando que lo contrario supondría que una organización que pretende la integración favorecería su propia destrucción, cediendo ante mecanismos de cooperación intergubernamental fuera del marco de aquella.

⁴⁸ Cfr. H. WAGNER, «Is harmonization of legal rules an appropriate target? Lessons from the global financial crisis», *European Journal of Law and Economics*, vol. 33, nº 3, 2012, pp. 549-550.

⁴⁹ Cfr. I. M. KIRZNER, «Entrepreneurial Discovery and the Competitive Market Process: An Austrian Approach», *Journal of Economic Literature*, vol. 35, nº 1, 1997, pp. 67-74.

basta para impedir la acción a nivel de la Unión: la evaluación debe ser global. Así lo ha manifestado el Tribunal de Justicia⁵⁰.

24. Igualmente, entiendo que procede dar una respuesta afirmativa a otra pregunta ligada a la anterior, como es si, para juzgar la suficiencia o no de la acción a un nivel inferior al de la Unión Europea, es posible valorar las acciones de las empresas privadas, los denominados agentes sociales, las organizaciones ciudadanas, etc.⁵¹. Indudablemente, todas estas entidades tienen un impacto mayor o menor en la vida social, pudiendo aumentar la consecución de objetivos europeos y fomentar los valores de la Unión. Al fin y al cabo, también se identifica una dimensión horizontal de la subsidiaridad que, traspasando la idea de federalismo o integración, incide más bien en la relación entre los poderes públicos y la libertad. Esto es, en la pregunta de si hay la necesidad de una intervención regulatoria en una determinada materia; observándose que esta perspectiva no se encuentra en el artículo 5.3 del TUE y que no ha sido acogida por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia⁵². A mi juicio, esta dimensión, no estando presente de manera explícita en los Tratados, existe al menos en un plano teórico por su propia esencia⁵³, por lo que no puede obviarse⁵⁴. Y es que la cuestión del nivel al que debe actuarse (cómo hacerlo) va ligada a la evaluación de la necesidad de acción (si se debe actuar o no).

C) El valor añadido de la acción a nivel europeo

25. Una vez que se ha concluido que la acción a nivel estatal es insuficiente, el principio de subsidiariedad obliga a probar que la intervención de la Unión resulta mejor que la acción a un nivel inferior. Habitualmente, la doctrina utiliza la noción de «eficacia», explicando que la acción europea debe comportar un valor añadido desde este punto de vista; pero creo que sería más correcto hablar de «eficiencia». Según el Diccionario en línea de la Real Academia Española de la Lengua, el primer vocablo es la «capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera»⁵⁵; mientras que el segundo es la «capacidad de lograr los resultados deseados con el mínimo posible de recursos»⁵⁶. Pues bien, el estándar que marca el artículo 5.3 del TUE no es el de una mayor eficacia, sino el de un mejor nivel para alcanzar los objetivos del Tratado⁵⁷. Siendo así, no parece bastar con conseguir los mayores objetivos en abstracto, con independencia de los recursos desplegados y de los efectos colaterales negativos; sino que debe conseguirse la mejor proporción entre objetivos, por un lado, y recursos y efectos negativos, por otro.

26. Esto guarda relación con una de las exigencias del principio de proporcionalidad, sin coincidir totalmente. En el marco de la subsidiariedad no sería suficiente demostrar que la medida adoptada es la menos onerosa de entre las adecuadas, y que las desventajas ocasionadas no son desproporcionadas

⁵⁰ Sentencia del TJUE de 18 de junio de 2015, *Estonia/Parlamento y Consejo*, C-508/13, ECLI:EU:C:2015:403, apartados 52-54, reiterado en la sentencia de 4 de mayo de 2016, *Polonia/Parlamento y Consejo*, C-358/14, ECLI:EU:C:2016:323, apartados 119-121.

⁵¹ Cfr. JACQUÉ, *Droit institutionnel...*, pp. 160-161.

⁵² Cfr. MARTIN, «L'instrumentalisation...», pp. 379, 393-395. A esa dimensión también se refieren, entre otros, BLANKE, «The Principle of Subsidiarity...», p. 238; FABBRINI, «The Principle...», p. 229; o BALAGUER CALLEJÓN, «La subsidiariedad...», p. 100.

⁵³ Esto nos conduciría a otro debate, como es el significado de la subsidiariedad según diferentes concepciones filosóficas, religiosas, y políticas; para lo cual también habría que examinar sus orígenes históricos. A este respecto pueden consultarse CLERGERIE, *Le principe...*, pp. 7-39; y, más concisamente, LE TALLEC, «Rapport...», p. 476; BLANKE, «The Principle of Subsidiarity...», pp. 240-242, 257-258; o FABBRINI, «The Principle...», pp. 228-231. También resulta interesante el artículo de J.-P. FELDMAN, «La subsidiarité, indispensable mais oubliée», *Contrepoints*, 16 de enero de 2022, disponible en <https://www.contrepoints.org/2022/01/16/419301-la-subsidiarite-indispensable-mais-oubliee>.

⁵⁴ En contra se posicionaría probablemente LIÑÁN NOGUERAS, «Rapport...», p. 187, quien defendía la necesidad de interpretar la subsidiariedad «teniendo en cuenta exclusivamente el contexto específico en el que está llamada a operar», al tratarse de una noción abierta y de significado variable.

⁵⁵ <https://dle.rae.es/eficacia>.

⁵⁶ <https://dle.rae.es/eficiencia>.

⁵⁷ MARTIN, «L'instrumentalisation...», p. 343.

con respecto a los objetivos perseguidos, tal y como obliga la proporcionalidad. Resultaría necesario probar que la acción a nivel de la Unión Europea ofrece una mejor relación entre la consecución de objetivos y los costes, desventajas, y efectos colaterales negativos. La asimilación de la subsidiariedad a la proporcionalidad favorece la integración europea, cuando, a la vista del artículo 5.3 del TUE, esa integración no debe producirse siempre. A veces la conclusión será favorable a la regulación a nivel nacional, y en ocasiones al de la Unión. También es posible que una materia satisfaga los criterios de subsidiariedad, pero que determinadas áreas de la misma deban ser objeto de regulación por parte de los Estados miembros, o que estos deban tener discreción para concretar algunos aspectos⁵⁸.

27. Si no resulta sencillo determinar la suficiencia o insuficiencia de la acción estatal, tampoco lo será establecer que la acción de la UE es mejor. Evaluar beneficios y costes, ventajas e inconvenientes, de cualquier proyecto es una ardua tarea. Por ello se comprende bien el artículo 5 del Protocolo nº 2 actualmente vigente, cuando alude al uso de «indicadores cualitativos y, cuando sea posible, cuantitativos» para sustentar la conclusión de que la acción europea es superior; como ya hacía el párrafo 4 del Protocolo de 1997. El referido artículo 5 también contempla la evaluación del impacto financiero y de los efectos en la normativa que han de desarrollar los Estados miembros; así como la necesidad de reducir tanto como sea posible la carga financiera y administrativa que se derive de la acción legislativa. Pero esto no proporciona genuinos criterios para determinar el nivel al que es preferible actuar. En este sentido, tampoco el Protocolo de 1997 era de gran ayuda. La tercera de las directrices recogidas en su párrafo 5 hacía referencia a que «la actuación comunitaria proporcionaría claros beneficios debido a su escala o a sus efectos en comparación con la actuación a nivel de los Estados miembros» (al igual que el punto I.18 de la Declaración de Edimburgo); sin mayores precisiones sobre cuáles podrían ser, o sobre qué áreas podrían proyectarse, esos beneficios. Quizás habría que remitirse a los objetivos ya señalados en la sección anterior, esto es, la promoción de una competencia no falseada, la eliminación o evitación de restricciones encubiertas del comercio, y el favorecimiento de la cohesión económica y social.

D) La presunción a favor de la acción a nivel estatal: el principio de proximidad

28. El artículo 5.3 del TUE no establece ninguna preferencia entre la insuficiencia de la acción a nivel nacional y la constatación de que la acción europea es mejor para el cumplimiento de objetivos. Ambas condiciones son cumulativas. La redacción del precepto relevante en el momento de la codificación del principio de subsidiariedad, el artículo 3 B del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, podía dar a entender que dicha insuficiencia otorgaba automáticamente a las instituciones europeas la facultad de ejercitar su competencia no exclusiva: «...la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario». El conector «por consiguiente» era desafortunado, ya que no existe necesariamente semejante relación consecucional⁵⁹, por lo que el cambio en la redacción («sino que...») merece ser aplaudido⁶⁰.

29. El carácter cumulativo de los presupuestos mencionados lleva a identificar una presunción de suficiencia de la acción de los Estados miembros, esto es, favorable a que la actuación se lleve a cabo a ese nivel⁶¹. En efecto, la subsidiariedad puede verse como un mecanismo de distribución de la carga de la prueba⁶². Coherentemente con lo anterior, debo discrepar de quien restringe el juego de dicha presunción al hipotético caso de que la acción centralizada y la descentralizada ofrezcan las mismas ventajas⁶³.

⁵⁸ CRAIG, DE BÚRCA, *EU Law...*, p. 129.

⁵⁹ VERHOEVEN, *Droit de la communauté...*, p. 113.

⁶⁰ WEBER, «Article 5...», pp. 262-263.

⁶¹ VAN RAEPENBUSCH, *Droit institutionnel...*, p. 181.

⁶² CONSTANTINESCO, «Le principe de subsidiarité...», pp. 41-42; CLERGERIE, *Le principe...*, p. 71.

⁶³ Cfr. WEATHERILL, *Contract Law...*, p. 194.

Esta última opinión sería correcta con un principio de subsidiariedad basado en una mera comparación de la eficiencia de los diferentes niveles de acción. Pero no puede predicarse con la configuración actual de la subsidiariedad según el artículo 5.3 del TUE, cuyo tenor literal dice que la Unión intervendrá «sólo en caso de que...» se cumplan los dos presupuestos o condiciones estudiados. Cabría decir que la fórmula, más que plasmar una invitación a que la UE actúe, presenta un límite a esa acción⁶⁴. Es más, existe otro elemento que refuerza la presunción comentada, ya que la mejor consecución de objetivos a nivel de la Unión no puede producirse por cualesquiera motivos, sino solo por la dimensión y los efectos de la acción pretendida⁶⁵. Y si nos retrotraemos al Protocolo de 1997 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, igualmente es posible encontrar un apunte que va en la misma línea. Entre las directrices aplicables a la hora de estudiar el cumplimiento de las dos condiciones, su párrafo 5, siguiendo al punto I.18 de la Declaración de Edimburgo, se refería a si la actuación a nivel europeo proporcionaría «claros» beneficios en comparación con los otros niveles⁶⁶.

30. El sentido de la presunción conecta con la idea de proximidad que subyace tras la subsidiariedad. En efecto, se da a entender que es preferible la actuación cuanto más pequeño y cercano al ciudadano sea el organismo o institución que la lleve a cabo⁶⁷. El valor de la proximidad es enfatizado con carácter general en el Preámbulo del Tratado de la Unión Europea, que habla de la resolución «a continuar el proceso de creación de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, en la que las decisiones se tomen de la forma más próxima posible a los ciudadanos, de acuerdo con el principio de subsidiariedad». Igualmente, aparece en el párrafo segundo del artículo 1 del mismo texto, así como en el artículo 10.3 del TUE, en las disposiciones sobre los principios democráticos. Tampoco el Protocolo nº 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad se olvida de ello, pues en las observaciones preliminares puede leerse que las Altas Partes Contratantes desean «hacer lo necesario para que las decisiones se tomen lo más cerca posible de los ciudadanos de la Unión». Por último, no está de más señalar que, además de reproducir una fórmula similar al inciso entrecomillado, el Protocolo de 1997 decía en su párrafo 7 que «...las medidas comunitarias deberían dejar un margen tan amplio como sea posible para que las decisiones se tomen a nivel nacional»⁶⁸.

31. A favor del principio de proximidad cabe interpretar la referencia expresa a los niveles regional y local en el actual artículo 5.3 del TUE, introducida por el Tratado de Lisboa⁶⁹; si bien también es posible contemplarla como un intento por parte de las instituciones europeas de debilitar el nivel estatal central, lo que vendría a favorecer el proceso de integración⁷⁰. Esta dualidad no sorprende. A fin de cuentas, mantener un nivel suficiente de proximidad, en combinación con la transparencia en la toma de decisiones, resulta imprescindible para conseguir el respaldo que permita el proceso de integración europea⁷¹, algo que ya decía el punto 5 de la Declaración de Birmingham de 16 de octubre de 1992: «Este principio —“subsidiariedad” o “cercanía”— es esencial si la Comunidad ha de desarrollarse con el apoyo de sus ciudadanos».

32. La referida dualidad debe ser puesta en relación con el carácter ambiguo de la propia subsidiariedad: esta puede servir para limitar la acción de la UE, pero también para favorecer la inte-

⁶⁴ JACQUÉ, «Rapport...», pp. 20-21.

⁶⁵ BLANQUET, *Droit général...*, p. 114.

⁶⁶ Cfr. JACQUÉ, «Rapport...», p. 35; ÖBERG, «Subsidiarity as a Limit...», pp. 403-404.

⁶⁷ Entre otros, cfr. CONSTANTINESCO, «Le principe de subsidiarité...», p. 38; CLERGERIE, *Le principe...*, pp. 68, 106-108; HINOJOSA MARTÍNEZ, «La regulación...», pp. 793-794; JACQUÉ, *Droit institutionnel...*, pp. 153-154, 157; WEBER, «Article 5...», p. 261; MARTÍN, «L'instrumentalisation...», p. 93.

⁶⁸ Relacionando la subsidiariedad con la presunción que se ha mencionado, con la distribución de la carga de la prueba, y con la idea de proximidad, cfr. LE TALLEC, «Rapport...», pp. 481 y 484.

⁶⁹ Cfr. M. PÉREZ GONZÁLEZ, «La incidencia del principio de subsidiariedad en las regiones», en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLESARES (coord.), *El Tratado de Lisboa: La salida de la crisis constitucional*, Madrid, Iustel, 2008, p. 296.

⁷⁰ MARTÍN, «L'instrumentalisation...», pp. 376-378. La misma idea era apuntada tangencialmente por CLERGERIE, *Le principe...*, p. 115.

⁷¹ MANGAS MARTÍN, LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho...*, pp. 62-63.

gración⁷². Se distinguiría así la subsidiariedad como «principio», que fomenta la proximidad; y como «técnica de delimitación competencial» que, desde una perspectiva funcional, hace prevalecer la mejor consecución de objetivos, aunque para ello se introduzca un elemento de lejanía⁷³. En efecto, la subsidiariedad no ha supuesto un freno real a la labor legislativa de la UE, y no ha tenido un impacto significativo a favor de la descentralización; al menos en determinados ámbitos como la protección de los consumidores⁷⁴. Frente al significado clásico del principio de subsidiariedad en los sistemas federales, en los que sirve a fines descentralizadores, su caracterización en el Derecho europeo lo dota de una mayor flexibilidad, a pesar de la existencia de la presunción favorable a la acción a nivel estatal⁷⁵.

E) La perspectiva dinámica de la subsidiariedad

33. Expuesto lo anterior, más que incidir en las posiciones centralizadora y descentralizadora, que cuentan con un marcado componente político e ideológico, considero más conveniente subrayar la perspectiva dinámica o reversible de la subsidiariedad. Es decir, la conclusión a la que se llegue en un momento dado sobre la posibilidad de que las instituciones europeas ejerciten una competencia no es definitiva e inmutable. El principio permite una actualización de esa facultad de ejercicio en función de las circunstancias de cada momento⁷⁶. En palabras de la Declaración de Edimburgo, y más tarde del párrafo 3 del Protocolo de 1997: «La subsidiariedad es un concepto dinámico y debe aplicarse a tenor de los objetivos que señala el Tratado. Permite que la intervención comunitaria, dentro de los límites de sus competencias, se amplíe cuando las circunstancias así lo exijan e, inversamente, que se restrinja o abandone cuando deje de estar justificada».

34. En suma, el principio de subsidiariedad obliga a que el ejercicio de una competencia no exclusiva se produzca al nivel más descentralizado que permita una consecución suficientemente satisfactoria de los objetivos del Tratado⁷⁷. *In varietate concordia*, reza el lema de la Unión Europea desde el año 2000, evocando «la manera en que los europeos se han unido, formando la UE, para trabajar a favor de la paz y la prosperidad, beneficiándose al mismo tiempo de la gran diversidad de culturas, tradiciones y lenguas del continente»⁷⁸.

3. El estándar formal de motivación del cumplimiento del principio de subsidiariedad

35. El artículo 5.3 del TUE cuenta con un segundo párrafo en el que se obliga a las instituciones de la Unión a aplicar el principio de subsidiariedad de conformidad con el Protocolo relevante; añadiendo que este último recoge el procedimiento mediante el cual los Parlamentos nacionales deben velar por aquel principio. Excedería de los márgenes del presente trabajo hacer un análisis teórico de los mecanismos de control político y jurisdiccional que aseguran el cumplimiento de la subsidiariedad⁷⁹.

⁷² CLERGERIE, *Le principe...*, pp. 105-116. También lo advierten, entre otros, BLANKE, «The Principle of Subsidiarity...», pp. 248-249; SHAW, *The Court of Justice...*, pp. 55-57; y MARTIN, «L'instrumentalisation...», pp. 93-95, 342-346.

⁷³ BALAGUER CALLEJÓN, «La subsidiariedad...», pp. 90-91.

⁷⁴ WEATHERILL, *EU Consumer Law...*, pp. 21-22.

⁷⁵ HINOJOSA MARTÍNEZ, «La regulación...», pp. 791-793.

⁷⁶ Por citar solo algunos autores, cfr. CONSTANTINESCO, «Le principe de subsidiarité...», p. 38 (que se refiere al ámbito interno alemán); VERHOEVEN, *Droit de la communauté...*, p. 112; HINOJOSA MARTÍNEZ, «La regulación...», p. 797; VAN RAEPENBUSCH, *Droit institutionnel...*, p. 182; BALAGUER CALLEJÓN, «La subsidiariedad...», pp. 97-98.

⁷⁷ BLANQUET, *Droit général...*, p. 114. De manera similar, cfr. J. M. SMITS, «Plurality of Sources in European Private Law, or: How to Live with Legal Diversity?», en R. BROWNSWORD, *et al.* (eds.), *The Foundations of European Private Law*, Oxford, Hart Publishing, 2011, p. 329.

⁷⁸ https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/symbols/eu-motto_es.

⁷⁹ Sobre tales mecanismos, pueden consultarse con carácter general VAN RAEPENBUSCH, *Droit institutionnel...*, pp. 174-180; WEBER, «Article 5...», pp. 263-265; BLANQUET, *Droit général...*, pp. 115-122; FABBRINI, «The Principle...», pp. 227-228, 232-242; CRAIG, DE BÚRCA, *EU Law...*, pp. 127-132; o MANGAS MARTÍN, LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho...*, pp. 85-87; así como la ficha técnica de la Unión Europea dedicada al principio de subsidiariedad (pp. 3-5).

El enfoque seguido también justifica dejar al margen observaciones de marcado carácter institucional, en relación con el trabajo del Grupo Operativo sobre Subsidiariedad, Proporcionalidad y «Hacer menos pero de forma más eficiente», la recepción de sus conclusiones por parte de la Comisión; o la presencia del principio de subsidiariedad en programas europeos, acuerdos interinstitucionales y resoluciones del Parlamento Europeo. Por el contrario, sí resulta imprescindible presentar brevemente el estándar formal requerido en cuanto a la motivación del cumplimiento del principio de subsidiariedad. Simplemente se trata de reflejar que, por exigentes que puedan parecer las consideraciones efectuadas en la sección anterior de esta contribución, el Tribunal de Justicia se ha mostrado bastante laxo al respecto, aligerando el deber de las instituciones europeas.

36. En primer lugar, destaca la sentencia del TJCE de 13 de mayo de 1997, *Alemania/Parlamento y Consejo*, en la que se debatía la anulación de la Directiva 94/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 1994, relativa a los sistemas de garantía de depósitos⁸⁰. Pues bien, en relación con el presunto incumplimiento de la obligación de motivar los actos, la sentencia dejó claro que no es preciso que estos contengan una mención expresa del principio de subsidiariedad, ni que expongan con detalle las consideraciones esenciales de hecho y de Derecho que justifican la acción europea desde el punto de vista de aquel. La obligación de motivar los actos, ciertamente, impone una exposición de las razones que han conducido a adoptarlos. Pero el requisito es satisfecho cuando de los considerandos del texto normativo pueden inferirse las razones por las cuales el legislador considera que el objetivo de la acción contemplada no puede conseguirse suficientemente a un nivel inferior de la Unión, y que puede alcanzarse mejor mediante una acción a nivel europeo⁸¹.

En esta misma línea, la jurisprudencia europea establece que, si bien la motivación de un acto debe revelar claramente el razonamiento seguido por la autoridad que lo emite, esto no significa que deba especificar todas las razones de hecho o de Derecho pertinentes, haciendo una exposición completa. Basta con que pueda identificarse lo esencial de los objetivos perseguidos, no pudiendo exigirse una motivación específica para cada una de las opciones de carácter técnico por las que se ha decantado⁸². Asimismo, el cumplimiento del deber de motivación no puede quedar circunscrito al tenor literal del acto normativo, sino que este debe ser puesto en contexto, mediante un enfoque caso por caso. Esto implica tener que tomar en consideración la Propuesta de acto normativo presentada y, en particular, la evaluación de impacto. Se cumple con el deber señalado cuando aparecen suficientes elementos que revelan «de manera clara e inequívoca las ventajas relacionadas con una acción emprendida a escala de la Unión», en comparación con una acción a nivel de los Estados miembros⁸³.

37. Por otro lado, el análisis de principio de subsidiariedad es conectado en gran medida, incluso hasta cierto punto confundido, con la proporcionalidad. Es paradigmática en este sentido la sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de noviembre de 1996, *Reino Unido/Consejo*⁸⁴, que giraba en torno a la posible anulación de la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo⁸⁵. Ahora bien, hay que matizar que el Gobierno demandante no invocaba la violación del principio de subsidiariedad como motivo autónomo para censurar la Directiva controvertida; aunque sí reprochaba al legislador no haber efectuado un examen completo de la cuestión, ni haber demostrado la insuficiencia de la acción a nivel nacional o los perjuicios que semejante acción tendría de cara al cumplimiento de los objetivos del Tratado, como tampoco las ventajas claras ofrecidas por una acción emprendida a escala de la Unión⁸⁶.

⁸⁰ DO L 135, de 31 de mayo de 1994, p. 5.

⁸¹ Sentencia *Alemania/Parlamento y Consejo*, C-233/94, apartados 22-28. Cfr. también sentencia *Países Bajos/Parlamento y Consejo*, apartado 33.

⁸² Entre otras, sentencia *Estonia/Parlamento y Consejo*, apartados 58-60.

⁸³ Por ejemplo, sentencias del TJUE *Estonia/Parlamento y Consejo*, apartado 61; *Polonia/Parlamento y Consejo*, apartados 122-124; y de 4 de mayo de 2016, *Philip Morris Brands y otros*, C-547/14, ECLI:EU:C:2016:325, apartados 225-227.

⁸⁴ Sentencia del TJCE de 12 de noviembre de 1996, *Reino Unido/Consejo*, C-84/94, ECLI:EU:C:1996:431.

⁸⁵ DO L 307, de 13 de diciembre de 1993, p. 18.

⁸⁶ Sentencia *Reino Unido/Consejo*, apartados 46-47, 54-55. Díez DE VELASCO VALLEJO y SOBRINO HEREDIA («El control

38. Del Tribunal de Justicia se ha dicho que ha mantenido un enfoque «ligero» a la hora de abordar la subsidiariedad, sin perjuicio de que se observe también una mayor atención en decisiones más recientes⁸⁷. Ciertamente, hay resoluciones de los últimos años que dedican un número más o menos elevado de apartados a la subsidiariedad⁸⁸. Resta por dilucidar, no obstante, si esa mayor atención tiene carácter sustantivo o es meramente formal; cuestión que exigiría un estudio detallado de la variedad y exhaustividad de las consideraciones efectuadas. En este sentido, un eventual énfasis en la disparidad regulatoria como un obstáculo para el mercado interior, sin más profundidad, permitiría justificar prácticamente cualquier tipo de acción a nivel de la Unión⁸⁹. Semejante riesgo existe porque, de hecho, hay quien identifica un sesgo general a favor de la UE en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia; tendencia que se evidenciaría sobre todo cuando se trata de cuestiones relacionadas con el mercado común⁹⁰. Es un debate en el que ahora no puede entrarse, dadas sus múltiples aristas: tan cierto es que el Tribunal carece de los incentivos para ser estricto a la hora de evaluar el cumplimiento del principio de subsidiariedad; como que un mayor rigor conllevaría fricciones desde el punto de vista institucional con el Parlamento y el Consejo⁹¹. Claro que, por otro lado, un examen más pormenorizado sería positivo tanto para los euroescépticos, que verían un límite al centralismo europeo, como para los partidarios de la integración, que tendrían en la exhaustividad un mecanismo de racionalización dirigido a evitar regulación innecesaria⁹²; e incluso para el propio Tribunal de Justicia, cuyas resoluciones contarían con una robustez y legitimidad añadidas⁹³.

39. En definitiva, aunque la motivación de los actos sea suficiente de acuerdo con los criterios jurisprudenciales, una autoexigencia más elevada redundaría en beneficio de todos, contribuyendo a un mejor debate político y social.

III. Armonización, protección de los consumidores, y mercado único digital

40. El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea dedica el Título XV de su Tercera Parte a la protección de los consumidores. El Título cuenta con un único precepto, el artículo 169, cuyo primer apartado dispone que «para promover los intereses de los consumidores y garantizarles un alto nivel de protección, la Unión contribuirá a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses». El segundo apartado presenta los dos mecanismos a través de los cuales se produce esa contribución. El primero consiste en medidas adoptadas en virtud del artículo 114 del TFUE, mientras que el segundo se refiere a medidas que apoyen, complementen y supervisen la política llevada a cabo por los Estados miembros. Centrándonos en la primera de las líneas de acción, el artículo 114 evoca en su primer párrafo «la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior». Además, su tercer apartado establece que la aproximación legislativa en materia de

jurisdiccional...», p. 585) subrayaban que el Tribunal había analizado la subsidiariedad también en cuanto a su dimensión material, sin mencionar ninguna conexión con la proporcionalidad, aunque sí el carácter «genérico» del examen por parte del TJCE (p. 586).

⁸⁷ CRAIG, DE BÚRCA, *EU Law...*, p. 131. Díez DE VELASCO VALLEJO y SOBRINO HEREDIA («El control...», p. 588) hablaban en 2003 de «una interpretación flexible de corte integracionista».

⁸⁸ Cfr. sentencias del TJUE de 8 de junio de 2010, *Vodafone y otros*, C-58/08, ECLI:EU:C:2010:321, apartados 72-80; de 12 de mayo de 2011, *Luxemburgo/Parlamento y Consejo*, C176/09, ECLI:EU:C:2011:290, apartados 76-84; *Estonia/Parlamento y Consejo*, apartados 44-55; *Polonia/Parlamento y Consejo*, apartados 111-126; *Philip Morris Brands y otros*, apartados 213-228; de 22 de noviembre de 2018, *Swedish Match*, C-151/17, ECLI:EU:C:2018:938, apartados 64-76.

⁸⁹ Cfr. WEATHERILL, *Contract Law...*, p. 200; ÖBERG, «Subsidiarity as a Limit...», pp. 396-397.

⁹⁰ Cfr. SHAW, *The Court of Justice...*, pp. 128-142. En un sentido similar, comentando la tendencia del Tribunal a la extensión de las competencias comunitarias, cfr. CLERGERIE, *Le principe...*, pp. 55-59, 61.

⁹¹ FABBRINI, «The Principle...», pp. 234 y 236.

⁹² Cfr. L. NIGLIA, «Of Jurisdictional Balancing in European Private Law», en R. BROWNSWORD, *et al.* (eds.), *The Foundations of European Private Law*, Oxford, Hart Publishing, 2011, p. 315.

⁹³ SHAW, *The Court of Justice...*, pp. 141-142.

consumidores se basará en un nivel de protección elevado; en consonancia con el artículo 38 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁹⁴.

41. A la vista de los artículos 114 y 169 del TFUE, la conexión entre la protección de los consumidores y el fomento del mercado interior es evidente. Si no se promueve este segundo efecto, no cabe la armonización legislativa en aquel ámbito, sino solo un apoyo o complemento de las políticas nacionales. Así, no sorprende que la doctrina europea especializada en Derecho contractual y en la protección de los consumidores haya incidido en los perjuicios de la fragmentación normativa. Establecer y desarrollar el mercado interior, por un lado, y la protección de los consumidores, por otro, son objetivos complementarios. Avanzando en el primero puede conseguirse aumentar la competencia y la oferta de bienes y servicios, precios más competitivos, e incentivar la innovación. Para la consecución del mercado interior, es preciso eliminar los obstáculos creados por la diversidad normativa, pues la existencia de regulaciones diferentes puede, en particular, crear distorsiones en el plano de la competencia y disuadir a empresarios y consumidores de actuar en países diferentes al suyo⁹⁵. Los costes de transacción microeconómicos derivados de la inseguridad jurídica, cuyo resultado último es un menor número de intercambios económicos, tienen consecuencias negativas también en el plano macroeconómico⁹⁶.

42. El enfoque seguido de manera general se predica, igualmente, cuando se trata del mercado único digital. Por ejemplo, en su comunicación de 6 de mayo de 2015 «Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa»⁹⁷, la Comisión apunta a la fragmentación normativa como una de las principales razones por las cuales los consumidores y las pequeñas empresas no participan más en el comercio electrónico transfronterizo (pp. 4-5). Lo mismo sucede en su Comunicación de 25 de mayo de 2016 «Las plataformas en línea y el mercado único digital: Retos y oportunidades para Europa»⁹⁸: de la existencia de normativas diferentes se dice que genera incertidumbre para los agentes económicos, limitando la disponibilidad de servicios digitales, y dando lugar a un entorno más confuso para usuarios y empresas (p. 5). También la doctrina ha subrayado el obstáculo que constituye la fragmentación normativa en materia de plataformas, enfatizando la naturaleza global de la economía digital⁹⁹. Y la misma idea aparece con relación a aspectos más concretos, como los sistemas reputacionales en línea a través de los cuales los usuarios comentan y evalúan sus experiencias de consumo; resaltándose la necesidad de crear un entorno que asegure una competencia en igualdad de condiciones para las plataformas¹⁰⁰.

43. Incidiendo en la confianza de los consumidores, se advierte que un verdadero desarrollo del mercado único no puede conseguirse si no se genera una suficiente disposición por parte de aquellos a contratar bienes y servicios en otros países¹⁰¹. Ciertamente, las diferencias regulatorias no carecen de re-

⁹⁴ DO C 202, de 7 de junio de 2016, p. 389 (versión consolidada). Nótese que el umbral necesario de protección es descrito como «elevado», por lo que no se obliga a establecer el mayor grado de protección posible, bastando uno lo suficientemente alto (S. GRUNDMANN, «The EU Consumer Rights Directive: optimizing, creating alternatives, or a dead end?», *Uniform Law Review*, vol. 18, n° 1, 2013, p. 120). Esto parece lógico, porque no existe necesariamente una relación de causalidad entre un incremento de la protección dispensada a los consumidores y un aumento de su bienestar (R. A. EPSTEIN, «Harmonization, heterogeneity and regulation: CESL, the lost opportunity for constructive harmonization», *Common Market Law Review*, vol. 50, Chicago conference special issue, 2013, p. 212). Los beneficios resultantes de una mayor protección pueden ser completamente eliminados, e incluso ir más allá, si se reduce la competencia por el aumento de costes empresariales, disminuye la oferta, aumentan los precios, empeoran otras condiciones de los bienes o servicios, etc.

⁹⁵ Por todos, cfr. WEATHERILL, *EU Consumer Law...*, pp. 10-13, 23-27, 34, 63-66, 69-70, 74-75, 161.

⁹⁶ Sobre tales costes, cfr. WAGNER, «Is harmonization of legal...», pp. 541-542, 546-548.

⁹⁷ COM(2015) 192 final.

⁹⁸ COM(2016) 288 final.

⁹⁹ T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, «The Legal Anatomy of Electronic Platforms: A Prior Study to Assess the Need of a Law of Platforms in the EU», *Italian Law Journal*, vol. 3, n° 1, 2017, pp. 155 y 175-176.

¹⁰⁰ C. BUSCH, «Crowdsourcing Consumer Confidence: How to Regulate Online Rating and Review Systems in the Collaborative Economy», en A. DE FRANCESCO (ed.), *European Contract Law and the Digital Single Market: The Implications of the Digital Revolution*, Cambridge, Intersentia, 2016, pp. 224 y 243.

¹⁰¹ S. A. DE VRIES, «The Court of Justice's 'Paradigm Consumer' in EU Free Movement Law», en D. LECZYKIEWICZ, S. WEATHERILL (eds.), *The Images of the Consumer in EU Law: Legislation, Free Movement and Competition Law*, Oxford, Hart Publishing, 2016, p. 401.

levancia, lo que recomienda un nivel mínimo de coordinación entre los Estados¹⁰²; pero es importante no sobredimensionar su efecto¹⁰³. Aparentemente, los consumidores no tienen preferencias excesivamente marcadas en cuanto a quién dicta la regulación aplicable, de modo que las empresas serían las principales interesadas en reemplazar numerosas estructuras regulatorias por solo una¹⁰⁴.

44. Sin embargo, la armonización también entraña costes que, en última instancia, asumen las empresas y los consumidores, aunque no sean conscientes de ello. En particular, pero no solo, a través de un incremento de los precios: la armonización, sin duda, tiene efectos redistributivos¹⁰⁵. Entre tales costes aparecen también los relacionados con el estudio y la elaboración de las normas, su implementación, la adaptación al cambio, o el control de su cumplimiento¹⁰⁶. A ello se añadiría la imposibilidad de comparar diversos conjuntos normativos, al faltar un entorno de competencia regulatoria; así como la insatisfacción de algunas preferencias de consumo o modelos de negocio¹⁰⁷.

45. El argumento de la protección de los consumidores es susceptible de ser utilizado por los Estados como pretexto para adoptar una regulación con objetivos proteccionistas, haciendo que las normas se adapten bien a sus empresas nacionales¹⁰⁸. La armonización europea podría paliar este problema, pero también simplemente camuflarlo. Por un lado, aquel pretexto puede servir para llevar a cabo una actividad proteccionista a nivel europeo¹⁰⁹. Por otro, en la práctica no todos los Estados miembros tienen la misma influencia, y algunos pueden conseguir que las normas y estándares comunes se correspondan con aquellos que más les interesan a sus empresas. También es posible que los costes operativos se incrementen como consecuencia de la regulación. Esto favorece a los modelos de negocio basados en ofrecer una mayor calidad aun si el precio es superior, y no la mejor relación calidad-precio. Por consiguiente, es lógico pensar que esas empresas intentarán promover programas regulatorios que establezcan altos estándares, con el fin de eliminar a los competidores que no puedan asumirlos. Aumentar los costes de los rivales por esa vía es un instrumento eficaz, a la vez que discreto, para obtener más beneficios¹¹⁰. Pues bien, parece más fácil capturar al regulador cuando los esfuerzos se concentran en un único nivel supranacional, que cuando tales esfuerzos deben distribuirse en una pluralidad de autoridades, cada una con sus propios intereses y peculiaridades.

46. En definitiva, quizás sean otras circunstancias de carácter práctico, como el desarrollo de las nuevas tecnologías o la reputación conseguida por ciertas empresas, las más directas responsables del notable desarrollo del mercado europeo experimentado en los últimos años. Sin olvidar que la disparidad normativa es solo una de las muchas dificultades, y posiblemente no la de mayor entidad, que encuentran las pequeñas empresas para ofrecer sus bienes y servicios en otros países¹¹¹. Las distancias geográficas, las diferencias lingüísticas, y el acceso a la Justicia pueden constituir barreras más importantes para el desarrollo del mercado único que el Derecho contractual, sin negar la incidencia de las disparidades en esta rama del ordenamiento¹¹².

¹⁰² K. LILLEHOLT, «European Private Law: Unification, Harmonisation or Coordination?», en R. BROWNSWORD, *et al.* (eds.), *The Foundations of European Private Law*, Oxford, Hart Publishing, 2011, p. 353.

¹⁰³ Este es el núcleo del trabajo de C. TWIGG-FLESNER, «The Importance of Law and Harmonisation for the EU's Confident Consumer», en D. LECZYKIEWICZ, S. WEATHERILL (eds.), *The Images of the Consumer in EU Law: Legislation, Free Movement and Competition Law*, Oxford, Hart Publishing, 2016, pp. 183-202.

¹⁰⁴ CRAIG, DE BÚRCA, *EU Law...*, pp. 129-130.

¹⁰⁵ WEATHERILL, *Contract Law...*, p. 198.

¹⁰⁶ F. GÓMEZ, J. J. GANUZA, «An Economic Analysis of Harmonization Regimes: Full Harmonization, Minimum Harmonization or Optional Instrument?», *European Review of Contract Law*, vol. 7, nº 2, 2011, p. 281.

¹⁰⁷ Cfr. SMITS, «Plurality of Sources...», p. 328.

¹⁰⁸ J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, 9ª ed., Paris, Dalloz, 2015, p. 214.

¹⁰⁹ Cfr. WAGNER, «Is harmonization of legal...», p. 550.

¹¹⁰ Cfr. S. C. SALOP, D. T. SCHEFFMAN, «Raising Rivals' Costs», *American Economic Review*, vol. 73, nº 2, 1983, pp. 267-268.

¹¹¹ Cfr. R. PAZOS CASTRO, *El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 150-152.

¹¹² Cfr. WEATHERILL, *EU Consumer Law...*, p. 163; J. STUYCK, «Setting the Scene», en H.-W. MICKLITZ, J. STUYCK, E. TERRY, N.

47. Considerando ventajas e inconvenientes, la existencia de una fragmentación normativa no conduce necesariamente a una peor situación general. En ocasiones sí habrá una situación subóptima transnacional que requiera soluciones comunes, pero en otros casos no será así, y el principio de subsidiariedad conlleva una presunción en este segundo sentido¹¹³. Esta presunción, paradójicamente, incluso podría ser más fuerte cuanto peor sea la situación de partida. Si los mercados digitales no pueden generar todo su potencial sin un buen entorno regulatorio que genere confianza y sea suficientemente protector de los consumidores, aceptando que ese potencial es enorme, y asumiendo que los Estados miembros quieren dinamizar al máximo su economía y que sus ciudadanos se beneficien de ello; en un entorno de competencia regulatoria ningún país tiene incentivo alguno para no descubrir el conjunto normativo que ofrezca el mejor equilibrio entre la protección de los consumidores, por un lado, y la flexibilidad que atrae a empresas y emprendedores, por otro¹¹⁴. De aceptarse este razonamiento, resultaría más complicado concluir que la acción a nivel nacional es insuficiente cuanto mayor fuese el fallo del mercado o regulatorio, porque habría más incentivos para su corrección, y todos los Estados tenderían a ir aproximándose de manera espontánea.

48. Partiendo de las observaciones efectuadas en el apartado II, y teniendo en cuenta que el legislador europeo no solo debe pretender la protección de los consumidores y el desarrollo de un mercado único, sino también el mantenimiento de la mayor variedad posible de Derechos nacionales¹¹⁵; el principio de subsidiariedad debería recibir una atención especial, y ser objeto de análisis más o menos exhaustivos que no olviden las múltiples caras del fenómeno.

IV. El principio de subsidiariedad en Directivas relacionadas con la protección de los consumidores y el mercado único digital

1. Directivas de armonización mínima

49. Las Directivas que solo pretenden fijar estándares mínimos cuentan con la ventaja de que alcanzar consensos resulta más sencillo, porque los Estados miembros conservan un mayor margen de maniobra. Sin embargo, si la fragmentación normativa es un problema serio para el mercado interior, los efectos positivos de este tipo de armonización serán necesariamente limitados; sobre todo, si la armonización solo afecta a determinados aspectos de una materia¹¹⁶.

50. No está de más retrotraerse a un momento inmediatamente anterior a la codificación del principio de subsidiariedad, y citar la Directiva 90/314/CEE sobre viajes combinados¹¹⁷. Ninguna referencia expresa a tal principio se encuentra en ella, pero sus considerandos 1 a 3 y 7 a 9 recogen ideas frecuentes en textos posteriores. Inciden en la necesidad de fomentar el mercado interior, en que el turismo es un aspecto esencial de este, en la disparidad normativa existente, y en que esto supone un obstáculo a la libre prestación de servicios que genera distorsiones en la competencia entre operadores de países diferentes. Armonizando las normas en el ámbito correspondiente, se dice, más consumidores contratarán viajes combinados, y más operadores ofrecerán sus servicios, en Estados distintos al suyo¹¹⁸.

Cases, Materials and Text on Consumer Law, Oxford, Hart Publishing, 2010, pp. 19-20; WEATHERILL, *Contract Law...*, pp. 80 y 213. Cfr. también Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo, de 18 de junio de 1996, COM(95) 520 final (apartado I.A, punto 3).

¹¹³ Cfr. ÖBERG, «Subsidiarity as a Limit...», pp. 396-398, 400-402, 405.

¹¹⁴ Cfr. R. PAZOS, «The Case for a (European?) Law of Reputational Feedback Systems», *InDret*, nº 3, 2021, p. 208.

¹¹⁵ GRUNDMANN, «The EU Consumer Rights...», p. 120.

¹¹⁶ Cfr. RAMBERG, «Digital Content...», pp. 326-327.

¹¹⁷ Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados (DO L 158, de 23 de junio de 1990, p. 59).

¹¹⁸ Sobre las diferencias que existían en las legislaciones nacionales en materia de viajes combinados, cfr. H. SCHULTE-NÖLKE, L. MEYER-SCHWICKERATH, «Package Travel Directive (90/314)», en H. SCHULTE-NÖLKE, C. TWIGG-FLESNER, M. EBERS (eds.), *EC Consumer Law Compendium*, Munich, Sellier, 2008, pp. 112-114.

Estas observaciones aparecían ya en la Propuesta de Directiva de 23 de marzo de 1988¹¹⁹. Para vislumbrar elementos adicionales sobre la conveniencia de una armonización legislativa, habría que acudir a textos previos más generales, como la Comunicación de la Comisión al Consejo «Nuevo Impulso para la Política de Protección del Consumidor», de 27 de junio de 1985¹²⁰. Sin embargo, se trataría de un texto genérico, no enfocado directamente a la Propuesta referida, y que tampoco ofrece muchas pistas susceptibles de un análisis en los términos del principio de subsidiariedad.

51. Algo muy similar puede decirse de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas¹²¹. Sus considerandos 1 a 8 aluden a la necesidad de promover el mercado interior, a las distorsiones de la competencia derivadas de la disparidad normativa, al hecho de que estas divergencias pueden disuadir a los empresarios de ofrecer sus bienes y servicios, y a los consumidores de contratar, en otros países, etc. Así, el mercado interior y la protección del consumidor son dos objetivos que solo se verían facilitados con normas armonizadas. Estas mismas ideas eran desarrolladas en la Propuesta de Directiva presentada por la Comisión el 24 de julio de 1990¹²². Además, el Anexo Técnico que acompaña al proyecto de texto articulado en un documento de la Comisión fechado el 19 de septiembre de 1990¹²³ contiene una exposición general sobre la contratación en masa y la problemática de las cláusulas abusivas, así como una extensa exposición de la respuesta que han dado los diferentes países ante ella, resaltando la diversidad normativa y la diferente protección que reciben los consumidores europeos. En dicho Anexo llega a decirse (pp. 12-13) que «en un mercado interior que abiertamente pretende operar como un mercado único, el Derecho [en materia de cláusulas abusivas] debería ser el mismo en todos los Estados miembros», ya que de lo contrario empresarios y consumidores actuarían en un escenario de incertidumbre¹²⁴. Nuevamente, textos anteriores servirían para completar el análisis, pudiendo citar el Programa preliminar de la Comunidad Económica Europea sobre política de protección e información de los consumidores (de 1975)¹²⁵, o el segundo programa al respecto (1981)¹²⁶. Pero no responderían a las cuestiones de fondo cuyo tratamiento recomienda el principio de subsidiariedad, expuestas en el apartado II del presente trabajo.

52. En la Directiva 1999/44/CE sobre venta de bienes de consumo¹²⁷, los considerandos 1 a 6 van en la misma línea que las Directivas anteriores. Aquí destacaría, además, la referencia a las nuevas tecnologías de comunicación como elemento que aumenta las opciones de consumo. Otra idea que recuerda a la subsidiariedad —aunque también a la proporcionalidad— es la constatación de que la principal fuente de conflictos entre vendedores y consumidores se refiere a la falta de conformidad del bien; motivo por el cual la aproximación de las legislaciones nacionales debe enfocarse en ello, sin afectar a los regímenes de responsabilidad contractual y extracontractual.

La Propuesta de Directiva en la materia, de 18 de junio de 1996¹²⁸, incluía varias alusiones a la subsidiariedad. El apartado I.B de la Exposición de Motivos justificaba en ese principio el no contemplar las prestaciones de servicios relativas a la utilización, el mantenimiento y la reparación de bienes. Por su parte, el apartado II ofrecía una justificación de la Propuesta a la luz del principio de subsidiariedad que, pese a lo genérico de sus apreciaciones, en realidad puede competir perfectamente con la justificación de actos posteriores, más extensos, y que pretenden un nivel superior de aproximación de las legisla-

¹¹⁹ COM(88) 41 final.

¹²⁰ COM(85) 314 final.

¹²¹ Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DO L 95, de 21 de abril de 1993, p. 29).

¹²² COM(90) 322 final (DO C 243, de 28 de septiembre de 1990, p. 2).

¹²³ COM(90) 322 final/2; disponible en <http://aei-dev.library.pitt.edu/5704/1/5704.pdf>.

¹²⁴ Analizando la posición común adoptada por el Consejo el 22 de septiembre de 1992 sobre la Propuesta de Directiva de cláusulas abusivas, P. DUFFY («Unfair contract terms and the draft E.C. Directive», *Journal of Business Law*, 1993, pp. 67-70) sintetizaba los principales enfoques de los países europeos ante la problemática abordada.

¹²⁵ DO C 92, de 25 de abril de 1975, p. 1.

¹²⁶ DO C 133, de 3 de junio de 1981, p. 1.

¹²⁷ Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (DO L 171, de 7 de julio de 1999, p. 12).

¹²⁸ COM(95) 520 final.

ciones. Los principales objetivos de la acción prevista son, una vez más, mejorar el funcionamiento del mercado interior, reducir las distorsiones de la competencia, reforzar la confianza de los consumidores asegurándoles una protección mínima uniforme, y facilitar las compras transfronterizas. Las exigencias del principio de subsidiariedad harían que la Directiva se limitase a ciertos aspectos esenciales. La subsidiariedad vuelve a aparecer en la evaluación de las repercusiones, afirmando la insuficiencia de la acción estatal y el valor añadido de la acción a nivel europeo; aunque la explicación es más bien escasa: una mejora de la calidad de los productos, el incremento de la competitividad de la economía europea, y una mayor duración de los productos que beneficiaría al medio ambiente y al empleo —en este último caso, por la mano de obra que se necesita en los servicios de reparación y control—.

53. El siguiente acto normativo que merece ser destacado es la Directiva 97/7/CE sobre protección de los consumidores en contratos a distancia¹²⁹. Los considerandos 1 y 2 reiteran el objetivo del mercado interior y la voluntad de que los consumidores accedan a bienes y servicios en otros Estados; y el considerando 3 dice que la venta transfronteriza a distancia es una de las principales manifestaciones de dicho mercado. El considerando 4 contiene dos ideas. La primera, que las nuevas tecnologías son instrumentos que facilitan el acceso a ofertas hechas en otros países. La segunda, que los países han reaccionado de manera dispar, por lo que la introducción de normas comunes se hace necesaria, en particular para asegurar una adecuada competencia entre las empresas¹³⁰. La Propuesta de Directiva de 20 de mayo de 1992¹³¹ abre la exposición en la ficha de evaluación de impacto mencionando el principio de subsidiariedad; y lo que allí se dice está relacionado con el contenido de lo que más tarde sería el considerando 4. Asimismo, cita la Comunicación de la Comisión «Hacia un mercado único de la distribución», de 11 de marzo de 1991¹³², que insistía en el carácter multinacional del mercado y manifestaba que, de precisarse un marco jurídico, este debía elaborarse desde el principio a nivel europeo (p. 17)¹³³. Volviendo a la Propuesta, las referencias a la dimensión transfronteriza de la actividad económica merecen ser destacadas, por su relación con la noción de «fallo del mercado de carácter transnacional» a la que se ha hecho alusión en un momento anterior del trabajo.

54. Otro ámbito que debe traerse a colación es el de la publicidad. En este sentido, los considerandos 1 a 4 de la Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa¹³⁴ constatan la disparidad normativa, la distorsión de la competencia derivada de ello, así como el hecho de que la publicidad rebasa las fronteras de los Estados: las divergencias normativas obstaculizan la realización de campañas publicitarias en otros países, con el consecuente efecto negativo sobre la libre circulación de las mercancías y la prestación de servicios¹³⁵. Más adelante, en la Directiva 97/55/CE sobre publicidad comparativa¹³⁶, cuyo objetivo era incluir este tipo de publicidad en la Directiva anterior, el considerando 23 afirma que el texto resulta acorde al principio de subsidiariedad, pero sin argumentarlo verdaderamente¹³⁷. Los considerandos 1 a 3 ofrecen alguna idea adicional, pero siempre en el mismo sentido que la Directiva 84/450/

¹²⁹ Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (DO L 144, de 4 de junio de 1997, p. 19).

¹³⁰ Una presentación concisa de las diferencias entre la respuesta de los Estados miembros antes de la aprobación de la Directiva se encuentra en H. SCHULTE-NÖLKE, A. BÖRGER, «Distance Selling Directive (97/7)», en H. SCHULTE-NÖLKE, C. TWIGG-FLESNER, M. EBERS (eds.), *EC Consumer Law Compendium*, Munich, Sellier, 2008, pp. 310-311.

¹³¹ COM(92) 11 final.

¹³² COM(91) 41 final.

¹³³ La Comunicación continuaba diciendo: «Lo que queda abierto a discusión es si se precisa o no tal regulación». Se trata de un inciso que conecta con la dimensión horizontal del principio de subsidiariedad, mencionada solo tangencialmente en este trabajo.

¹³⁴ Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de publicidad engañosa (DO L 250, de 19 de septiembre de 1984, p. 17).

¹³⁵ Aceptando el contenido esencial de los considerandos 1 a 5 de la Propuesta de Directiva, enviada por la Comisión al Consejo el 1 de marzo de 1978 (DO C 70, de 21 de marzo de 1978, p. 4).

¹³⁶ Directiva 97/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 1997, por la que se modifica la Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa, a fin de incluir en la misma la publicidad comparativa (DO L 290, de 23 de octubre de 1997, p. 18).

¹³⁷ Así lo constata WEATHERILL, *EU Consumer Law...*, p. 22.

CEE¹³⁸. Igualmente, resulta imprescindible mencionar la Propuesta modificada de Directiva sobre publicidad comparativa, de 21 de abril de 1994¹³⁹, ya que la Propuesta inicial de 1991 fue revisada justamente a la luz del principio de subsidiariedad¹⁴⁰. No sorprende entonces la presencia de un apartado bastante completo dedicado a la motivación desde la subsidiariedad, así como la mención del principio en la ficha revisada de evaluación del impacto. A pesar de que se sustente en la subsidiariedad la reducción del alcance del texto y el descarte de algunas opciones, lo cierto es que todo sigue girando a la fragmentación normativa como un obstáculo al mercado interior, en particular por la distorsión de la competencia; perjudicando a los consumidores en cuanto a su derecho a la información. La dimensión europea del problema se establece en el hecho de que algunos países permiten la publicidad comparativa, mientras que en otros se prohíbe. El valor añadido se sitúa en la mejora de la información de los consumidores y de la competencia, y en la adaptación a las nuevas técnicas de comunicación.

55. Por último, hay que dar un salto en el tiempo para referirse a la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial (IA), de 28 de septiembre de 2022¹⁴¹. El apartado relativo a la base jurídica, la subsidiariedad y la proporcionalidad, incide en que la fragmentación jurídica supone un obstáculo significativo al comercio transfronterizo de productos y servicios basados en la IA. Esto se debe, especialmente, a la inseguridad derivada del desconocimiento de los regímenes de responsabilidad civil aplicables a los daños causados, lo que puede disuadir a las empresas del sector de dar el paso a otros mercados nacionales. También aparece el riesgo de que las normas específicas que dicten los Estados sigan caminos distintos, manteniendo la disparidad normativa, los costes de transacción que van con ella, y el establecimiento de varios niveles de protección para los consumidores, falseando la competencia. Estas consideraciones se plasmarían especialmente en los considerandos 4 a 9, de los cuales deben resaltarse el 7 y el 8. El primero de estos dice expresamente que el objetivo no puede ser alcanzado de manera suficiente por los Estados miembros, sobre todo por el riesgo de una evolución dispar en cuanto a las normas sobre responsabilidad civil por daños derivados de la IA; insistiendo en la naturaleza digital de la materia, lo que se traduce en una dimensión transfronteriza. Por su parte, el considerando 8 retoma la idea expuesta en el anterior y afirma que «por tanto, el objetivo de garantizar la seguridad jurídica y evitar las discrepancias en la indemnización en aquellos casos en que medien sistemas de IA puede lograrse mejor a escala de la Unión».

2. Directivas de armonización máxima

56. La armonización máxima o plena resulta más coherente con el argumento de que la fragmentación normativa supone un obstáculo al establecimiento del mercado interior, y que esto perjudica a los consumidores. Lo cual no impide, por supuesto, que puedan persistir diferencias entre los países a la hora de interpretar y aplicar la normativa, sobre todo si el texto europeo se sirve de fórmulas o conceptos generales, y todo ello a pesar de la importante labor del Tribunal de Justicia¹⁴². El principal riesgo que se identifica en la armonización máxima es la eventual reducción del nivel de protección reconocido en determinados países, como única forma de alcanzar consensos en el plano político europeo. Eventualmente, tal reducción podría ampararse en la conveniencia de dar un margen algo más amplio a los empresarios, observando que el riesgo de desprotección de los consumidores no es excesivo porque, en todo caso, la legislación resultante deberá reconocer un nivel «elevado» de protección¹⁴³.

¹³⁸ Igualmente, cfr. considerandos 1 a 6 de la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, y que deroga la Directiva 84/450/CEE (DO L 376, de 27 de diciembre de 2006, p. 21).

¹³⁹ COM(94) 151 final.

¹⁴⁰ Cfr. punto I.23 de la Declaración de Edimburgo; WEATHERILL, *EU Consumer Law...*, p. 178.

¹⁴¹ COM(2022) 496 final.

¹⁴² STUYCK, «Setting...», p. 61.

¹⁴³ Cfr. WEATHERILL, *EU Consumer Law...*, pp. 25, 27, 64-65; LILLEHOLT, «European Private Law...», pp. 355-356; GRUNDMANN, «The EU Consumer Rights...», pp. 114-115, 123.

57. Como primer acto normativo en esta sección debe destacarse la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales¹⁴⁴; al ser considerada la referencia que marca el cambio de enfoque de la Unión en materia de protección de los consumidores, ganando terreno la armonización máxima en detrimento de la armonización mínima¹⁴⁵. En sus considerandos 1 a 5, 12 y 13, aparecen las ya conocidas ideas de promoción de las actividades transfronterizas, fragmentación normativa, distorsión de la competencia, incertidumbre, y falta de confianza. Indudablemente, hay paralelismos con los textos en materia de publicidad que han sido mencionados en la sección anterior, ya que, a fin de cuentas, todo va en la línea de la atracción de clientes¹⁴⁶. Tales ideas se complementan con una mención de la subsidiariedad para justificar que no se aborden las disposiciones nacionales sobre prácticas comerciales desleales que perjudican únicamente a los intereses económicos de los competidores, o que se refieren a transacciones entre empresarios. La aproximación solo afecta a las normas relativas a las prácticas directamente perjudiciales para los intereses de los consumidores, sin perjuicio de que también puedan serlo, indirectamente, para los intereses de los competidores legítimos (considerando 6). Finalmente, el considerando 23 afirma que los objetivos de la Directiva «no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, pueden lograrse mejor a nivel comunitario», sin profundizar más en ello.

La Propuesta de Directiva de 18 de junio de 2003¹⁴⁷ solo contenía una referencia expresa a la subsidiariedad, en el considerando 17 proyectado (análogo al 23 del texto aprobado). Ciertamente, su Exposición de Motivos refleja aspectos que conectarían con la subsidiariedad, como son el efecto de la publicidad en la circulación transfronteriza de bienes y servicios, las divergencias normativas que obstaculizan el mercado interior y la distorsión de la competencia; pero se echan en falta, por ejemplo, referencias expresas a la insuficiencia de la acción a nivel nacional.

58. Hablando de un cambio de enfoque para favorecer la armonización plena, y habiendo mencionado en la sección anterior la Directiva sobre viajes combinados de 1990, necesariamente hay que comentar la Directiva 2015/2302 sobre la misma materia¹⁴⁸. Los considerandos 1 a 6 de esta última vuelven a subrayar la importancia del turismo para el mercado interior y la necesidad de infundir confianza y seguridad jurídica. Además, constatan que la Directiva de 1990 dejó un amplio margen de apreciación a los Estados miembros, por lo que las disparidades normativas subsisten, y con ellas los costes de transacción y el efecto disuasorio para las operaciones transfronterizas¹⁴⁹. Así, el objetivo de la nueva Directiva es doble: el buen funcionamiento del mercado interior, y conseguir un nivel de protección de los consumidores elevado y lo más uniforme posible. A este respecto, el considerando 51 sentencia que «Dado que el objetivo de la presente Directiva [...] no puede ser alcanzado de manera suficiente por los Estados miembros, sino que, debido a su dimensión, puede lograrse mejor a escala de la Unión, esta puede adoptar medidas, de acuerdo con el principio de subsidiariedad». En cuanto a la Propuesta de Directiva, de 9 de julio de 2013¹⁵⁰, incluye estudios de impacto y resultados de las consultas efectuadas. Pero el apartado 3.3 de la Exposición de Motivos, sobre el principio de subsidiariedad, es más bien escueto:

¹⁴⁴ Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n° 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo (DO L 149, de 11 de junio de 2005, p. 22).

¹⁴⁵ H.-W. MICKLITZ, «Unfair Commercial Practices and Misleading Advertising», en H.-W. MICKLITZ, N. REICH, P. ROTT, *Understanding EU Consumer Law*, Antwerp – Oxford – Portland, Intersentia, 2009, p. 79.

¹⁴⁶ Cfr. MICKLITZ, «Unfair Commercial...», pp. 64-72; H.-W. MICKLITZ, G. HOWELLS, «Commercial Practices and Advertising», en H.-W. MICKLITZ, J. STUYCK, E. TERRY, *Cases, Materials and Text on Consumer Law*, Oxford, Hart Publishing, 2010, pp. 71-74.

¹⁴⁷ COM(2003) 356 final.

¹⁴⁸ Directiva (UE) 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados, por la que se modifican el Reglamento (CE) n° 2006/2004 y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y por la que se deroga la Directiva 90/314/CEE del Consejo (DO L 326, de 11 de diciembre de 2015, p. 1).

¹⁴⁹ Sobre las diferencias entre las legislaciones nacionales después de la transposición de la Directiva de 1990, así como los aspectos que podían obstaculizar el comercio transfronterizo, y planteando la posible conveniencia de una armonización máxima como la que finalmente tuvo lugar, cfr. SCHULTE-NÖLKE, MEYER-SCHWICKERATH, «Package Travel...», pp. 108-112.

¹⁵⁰ COM(2013) 512 final.

proclama que la Propuesta respeta el principio, y a continuación afirma que el objetivo perseguido «no puede ser alcanzado de manera suficiente por los Estados miembros actuando de una manera descoordinada. Por consiguiente, la Unión está en mejores condiciones de resolver los problemas detectados con una medida legislativa que aproxime las normas nacionales».

59. En cuanto a la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores¹⁵¹, la voluntad de respetar el principio de subsidiariedad se proclama en el considerando 4, mientras que el considerando 65 insiste en que el objetivo perseguido («contribuir, a través del logro de un nivel elevado de protección de los consumidores, al buen funcionamiento del mercado interior») no puede alcanzarse de manera suficiente por los Estados miembros, por lo que se puede lograr mejor a nivel de la Unión. Por su parte, los considerandos 1 a 7 giran en torno a la ya habitual fragmentación normativa como un obstáculo para el mercado interior. La Propuesta de Directiva presentada el 8 de octubre de 2008¹⁵² recoge una Exposición de Motivos bastante extensa, destacando también la extensión de la parte dedicada a la subsidiariedad en el apartado 3. Lamentablemente, esto no se traduce realmente en un incremento de la motivación sustancial. Su lectura vuelve a revelar la insistencia en que la fragmentación normativa, resultante de la armonización mínima contemplada en varias directivas entonces vigentes, no puede ser resuelta por los estados individualmente. Solo la acción coordinada de la UE, al reemplazar múltiples conjuntos normativos por uno solo, reduciría suficientemente las cargas administrativas y los costes de cumplimiento para los empresarios, garantizando al mismo tiempo a los consumidores un elevado nivel de protección. Igualmente, se deja constancia de que solo se armonizan con carácter pleno «todos los aspectos de protección de los consumidores que resultan pertinentes para el comercio transfronterizo, es decir, los aspectos que los comerciantes consideran fundamentales».

60. Acercándonos en mayor medida al mercado digital, es imprescindible tratar la Directiva 95/46/CE sobre protección de datos personales¹⁵³. Indudablemente, la dimensión digital de los consumidores está fuertemente relacionada con dos derechos fundamentales recogidos en la Carta de la Unión Europea, a saber, el respeto a la vida privada y familiar (artículo 7) y la protección de datos de carácter personal (artículo 8). De hecho, el artículo 38 de la Carta, dedicado a la protección de los consumidores, está recogido en un Título IV rubricado «Solidaridad», lo que añade una visión de la política europea de consumo que va más allá del plano económico en sentido estricto¹⁵⁴.

Pues bien, la Directiva sobre protección de datos personales no hace referencia a la subsidiariedad. Pero sí expresa la necesidad de reconocer un alto nivel de protección en materia de datos personales, el avance de la economía basada en la información, la disparidad entre las legislaciones nacionales, y cómo la armonización garantizará la libre circulación de datos y el desarrollo del mercado interior (considerandos 1 a 9). También resulta interesante consultar un documento general de la Comisión que agrupa varios textos relacionados con el tratamiento de datos y la seguridad de la información, de 24 de septiembre de 1990¹⁵⁵. La Comunicación de la Comisión que abre el documento constata la existencia de diferentes enfoques nacionales (apartado 2), constituyendo esta diversidad un obstáculo para el mercado interior, especialmente, porque el intercambio transfronterizo de datos podría verse entorpecido (apartado 6). Son observaciones muy similares a las que aparecen en la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva presentada por la Comisión el 27 de julio de 1990¹⁵⁶. El principio de subsidiariedad no es

¹⁵¹ Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DO L 304, de 22 de noviembre de 2011, p. 64).

¹⁵² COM(2008) 614 final.

¹⁵³ Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (DO L 281, de 23 de noviembre de 1995, p. 31).

¹⁵⁴ DE VRIES, «The Court of Justice's...», pp. 417, 426-428.

¹⁵⁵ Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:51990DC0314>.

¹⁵⁶ COM(90) 314 final.

mencionado expresamente, aunque sí aparece en la Propuesta de Decisión del Consejo en el ámbito de la seguridad de la información (p. 104, apartado 17), incluida en el documento general.

61. La exposición puede continuarse con la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico¹⁵⁷, cuyo objeto era garantizar la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información mediante la aproximación de determinadas disposiciones nacionales aplicables a tales servicios (artículo 1). Su artículo 3 contiene el denominado «principio del país de origen», mientras que el artículo 4 prohíbe el establecimiento de regímenes de autorización previa u otros requisitos que se apliquen específica y exclusivamente a los prestadores de dichos servicios; definiendo después el marco jurídico aplicable. Como viene siendo habitual, los primeros considerandos (en particular, 1 a 8) conectan el mercado interior, la necesidad de desarrollar el comercio electrónico en el marco de la sociedad de la información, y los obstáculos jurídicos cuyo origen último se encuentra en la disparidad de legislaciones. La plena coherencia con el principio de subsidiariedad es afirmada en el considerando 6, «al no tratar [la Directiva] sino algunos puntos específicos que plantean problemas para el mercado interior»; sin intentar justificarlo seriamente¹⁵⁸. También la Propuesta de Directiva presentada por la Comisión el 23 de diciembre de 1998¹⁵⁹ afirmaba el cumplimiento del principio de subsidiariedad y, del mismo modo, la argumentación era que el texto solo incluía las cuestiones imprescindibles (apartado 4.1 de la ficha de financiación). Para obtener más información sobre la necesidad de abordar tales cuestiones, habría que adentrarse en la Comunicación de la Comisión «Iniciativa europea de comercio electrónico» de 16 de abril de 1997¹⁶⁰. Baste ahora observar que la Comunicación, sin mencionar en ningún momento la subsidiariedad de manera expresa, decía que «sólo se requerirá una actuación comunitaria cuando el reconocimiento mutuo no baste para eliminar los obstáculos en el mercado o proteger objetivos de interés general» (apartado 39)¹⁶¹.

62. Finalmente, dos textos del año 2019 que pueden ser tratados conjuntamente son la Directiva 2019/770 sobre suministro de contenidos y servicios digitales¹⁶², y la Directiva 2019/771 sobre contratos de compraventa de bienes¹⁶³. Entre los considerandos 1 a 11 de la primera, y 1 a 10 de la última, se observan notables paralelismos. En ambos se reitera el potencial del mercado interior o del mercado único digital, el cada vez mayor componente tecnológico de la economía, la importancia del Derecho contractual para incitar a los consumidores a adquirir bienes y servicios en otros países, o los efectos de la disparidad de las legislaciones sobre las empresas. Como pequeña diferencia cabe observar que la fragmentación normativa es una realidad ya en el caso de la compraventa de bienes, porque el tipo de armonización ha sido mínimo y no pleno en aspectos importantes (considerando 6); mientras que en el caso del suministro de contenidos y servicios digitales es un riesgo que, comenzando ya a aparecer, más bien podría materializarse en el futuro, si los Estados responden de manera diferente ante los desafíos planteados (considerando 7)¹⁶⁴. Sus respectivos considerandos núm. 2 afirman la voluntad de garantizar el respeto del principio de subsidiariedad, y ambos textos señalan que «dado que» sus respectivos objetivos no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ya que estos no pueden asegurar la evitación de la fragmentación jurídica y mantener la coherencia de sus normas, tales obje-

¹⁵⁷ Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (DO L 178, de 17 de julio de 2000, p. 1).

¹⁵⁸ Así lo dice WEATHERILL, *EU Consumer Law...*, p. 21.

¹⁵⁹ COM(1998) 586 final.

¹⁶⁰ COM(97) 157 final.

¹⁶¹ Cfr. también la Resolución del Parlamento Europeo A4-0173/98, relativa a la Comunicación sobre una Iniciativa europea de comercio electrónico (DO C 167, de 1 de junio de 1998, p. 203).

¹⁶² Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales (DO L 136, de 22 de mayo de 2019, p. 1).

¹⁶³ Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) n.º 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE (DO L 136, de 22 de mayo de 2019, p. 50).

¹⁶⁴ Sobre el contexto y los objetivos de la Directiva sobre suministro de contenidos y servicios digitales, cfr. R. SCHULZE, «Digital Content Directive (2019/770). Article 1», en R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER (eds.), *EU Digital Law: Article-by-Article Commentary*, Baden-Baden, Nomos, 2020, pp. 33-36.

tivos pueden lograrse mejor a escala de la Unión (considerandos 86 de la Directiva sobre contenidos y servicios digitales, y 70 de la Directiva sobre compraventa de bienes).

De la misma manera, pueden citarse simultáneamente las Propuestas que dieron lugar a las dos Directivas, ambas de 9 de mayo de 2015. En un caso se abordaban los contratos de suministro de contenidos digitales¹⁶⁵, mientras que el otro proyecto versaba sobre contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes¹⁶⁶. En sus respectivos apartados sobre el principio de subsidiariedad, las dos Propuestas comentan que la fragmentación normativa, eventual o ya efectiva, no puede ser evitada por los Estados miembros. Las dos iniciativas pretenden la coordinación de los derechos reconocidos a los consumidores, la seguridad jurídica de las empresas que desean realizar operaciones en otros Estados, y, en definitiva, eliminar o evitar los obstáculos derivados de las diferencias regulatorias. Solo una acción a nivel de la UE puede lograrlo.

V. El principio de subsidiariedad en Reglamentos relacionados con la protección de los consumidores y el mercado único digital

63. Dedicarle un apartado propio a la subsidiariedad en Reglamentos de la Unión Europea podría parecer superfluo, porque se trata de un principio con el que dilucidar *si* la Unión puede ejercer una competencia compartida, más que *cómo* hacerlo. Además, en numerosas ocasiones las Directivas de armonización plena tienen el mismo resultado práctico que un texto unificador, quedándoles a los Estados miembros poco margen de maniobra¹⁶⁷. No obstante, el interés de este apartado viene dado por que regular o no una materia, y cómo hacerlo, no son cuestiones independientes. A veces, responder a la primera exige haber presumido que sí es necesario una actividad regulatoria, y haber respondido a la pregunta de cómo se llevaría a cabo eventualmente¹⁶⁸.

Además de la dimensión horizontal de la subsidiariedad, que ya ha sido mencionada en algún momento, refleja bien esa interrelación el artículo 5.3 del TUE cuando subraya que la Unión Europea intervendrá sólo en caso de que, *y en la medida en que*, se cumplan las dos condiciones establecidas, a saber, la insuficiencia de la acción a nivel estatal y el valor añadido de la acción a nivel europeo. Así, estas dos condiciones acotan la intensidad que puede alcanzar la acción de la UE, cuestión no desligada completamente del principio de proporcionalidad¹⁶⁹. Desde esta óptica, la subsidiariedad no estaría actuando tanto para excluir la regulación a nivel de la UE, como para hacerla «menos densa»¹⁷⁰. En esta misma línea, cabe recordar el párrafo 6 del Protocolo de 1997 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad: «La forma de la actuación comunitaria deberá ser lo más sencilla posible, coherente con el logro satisfactorio del objetivo de la medida y con la necesidad de su ejecución eficaz. La Comunidad deberá legislar únicamente en la medida de lo necesario. En igualdad de condiciones, las directivas serán preferibles a los reglamentos, y las directivas marco a las medidas detalladas»¹⁷¹.

64. Puesto que en el apartado anterior se ha hecho referencia a Directivas relacionadas con el turismo, puede abrirse el análisis con el Reglamento nº 261/2004 sobre compensación y asistencia a los

¹⁶⁵ COM(2015) 634 final.

¹⁶⁶ COM(2015) 635 final.

¹⁶⁷ LILLEHOLT, «European Private Law...», p. 355.

¹⁶⁸ GÓMEZ, GANUZA, «An Economic Analysis...», p. 280. Sobre las observaciones efectuadas en este párrafo, y refiriéndose a la relación entre la subsidiariedad y la proporcionalidad, cfr. también JACQUÉ, «Rapport...», pp. 22-24 (situando el análisis desde la óptica del primer principio en un momento anterior al estudio de la cuestión desde el punto de vista del segundo, sin negar la influencia mutua de ambos).

¹⁶⁹ Cfr. sentencia *British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco*, apartado 184; JACQUÉ, «Rapport...», pp. 21-22.

¹⁷⁰ WEATHERILL, *Contract Law...*, p. 198.

¹⁷¹ Sentencias *Vodafone y otros*, apartado 73; *Luxemburgo/Parlamento y Consejo*, apartado 77; así como VAN RAEPENBUSCH, *Droit institutionnel...*, pp. 182-183. La relación entre la voluntad de acotar la intensidad de la acción de la UE, la consagración del principio de subsidiariedad, y el enfoque plasmado en el párrafo 6 del Protocolo de 1997, es reflejada por D. SIMON, *La directive européenne*, Paris, Dalloz, 1997, pp. 11-12, 19-20.

pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso¹⁷². Insistiendo en la necesidad de proteger a los pasajeros y a los consumidores, lamentando el número de interrupciones en el transporte aéreo de pasajeros, y la necesidad de garantizar una competencia en igualdad de condiciones para los transportistas (considerandos 1 a 4); el Reglamento viene a plasmar ideas muy próximas a las que aparecen en las Directivas. Conviene señalar que existe una Propuesta para la modificación de este Reglamento, y que se remonta al 13 de marzo de 2013¹⁷³. El principio de subsidiariedad es analizado en el apartado 3.2 de la Propuesta, aunque de manera extremadamente breve. Por un lado, se constata el poco margen de los Estados miembros para actuar solos en el ámbito de la protección de los consumidores en el transporte aéreo, dada la existencia de normas uniformes que les impiden establecer requisitos adicionales a los transportistas aéreos que operan dentro de la UE. Y, por otro lado, se dice que «la mayor parte de los problemas que plantean los derechos de los pasajeros aéreos están vinculados a las divergencias de aplicación o cumplimiento del Reglamento (CE) n° 261/2004 y del Reglamento (CE) n° 2027/97 entre los Estados miembros, que debilitan los derechos de los pasajeros y comprometen la igualdad de condiciones entre transportistas aéreos. Estos problemas solo puede resolverlos la intervención coordinada de la UE». La Propuesta también presenta los resultados de las consultas efectuadas y de las evaluaciones de impacto, pero las observaciones ahí recogidas tienen mejor encaje en la proporcionalidad.

Con respecto a las citadas normas uniformes, se trata en particular del Reglamento n° 1008/2008 sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad¹⁷⁴. Su considerando 18 afirma el cumplimiento de las dos exigencias del principio de subsidiariedad, en la medida en que el objetivo perseguido es «la aplicación más homogénea de la legislación comunitaria en relación con el mercado interior de la aviación». La Propuesta de Reglamento de 18 de julio de 2006¹⁷⁵ ya dejaba constancia del carácter transnacional de los problemas detectados, a saber, las divergencias en la interpretación y aplicación de los Reglamentos que culminaban el proceso de liberalización del transporte aéreo («tercer paquete»), y la falta de homogeneidad en la que operaban las compañías aéreas, con sus repercusiones en materia de competencia. Por ello, la cuestión solo podía abordarse mediante una acción de la UE (apartado 3 de la Exposición de Motivos).

65. En el apartado anterior también se incluyó la protección de datos personales, por lo que en esta sección hay que tratar el Reglamento General de Protección de Datos¹⁷⁶. La afirmación de que pueden adoptarse medidas de acuerdo con el principio de subsidiariedad porque se cumplen las dos condiciones enunciadas en el artículo 5.3 del TUE, aparece en el considerando 170. La fórmula, introducida por «Dado que...», coincide con otras que aparecen en Directivas ya presentadas, cambiando únicamente (por motivos obvios) el enunciado de los objetivos del texto articulado. Resaltando que la protección de datos personales es un derecho fundamental, los considerandos 1 a 13 del Reglamento recuperan ideas bien conocidas ya. Entre ellas, la importancia de los datos en la economía actual, la necesidad de un marco jurídico sólido que aporte confianza a las personas y empresas, y que la fragmentación normativa no ha podido ser eliminada con la Directiva 95/46/CE: sus objetivos y principios siguen siendo válidos, pero han permitido algunas diferencias que han dado lugar a niveles de protección no uniformes. Todo ello afecta al desarrollo del mercado interior.

En la Propuesta de Reglamento sobre protección de datos de 25 de enero de 2012¹⁷⁷, el apartado que la contextualiza incide en la persistencia de una fragmentación en cuanto la aplicación de la protección de datos de carácter personal en el seno de la UE. Por ello, y dada la evolución tecnológica, se

¹⁷² Reglamento (CE) n° 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos (DO L 46, de 17 de febrero de 2004, p. 1).

¹⁷³ COM(2013) 130 final.

¹⁷⁴ Reglamento (CE) n° 1008/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de septiembre de 2008, sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad (DO L 293, de 31 de octubre de 2008, p. 3).

¹⁷⁵ COM(2006) 396 final.

¹⁷⁶ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (DO L 119, de 4 de mayo de 2016, p. 1).

¹⁷⁷ COM(2012) 11 final.

dice que ha llegado el momento de un marco «más sólido y coherente [...] con una aplicación estricta», alertando de que «la falta de confianza hace que los consumidores vacilen a la hora de adquirir productos en línea y adoptar nuevos servicios, con lo que se corre el riesgo de que se ralentice el desarrollo de usos innovadores de las nuevas tecnologías». El principio de subsidiariedad es tratado en el apartado 3.2 de la Exposición de Motivos de la Propuesta, argumentándose la necesidad de una normativa común a nivel de la UE en los siguientes aspectos. Primero, siendo el derecho a la protección de datos un derecho fundamental, es necesario que haya el mismo nivel de protección en toda la Unión. Segundo, la unidad de aplicación del Derecho de la Unión requiere una respuesta común, sobre todo ante el creciente número y entidad de las transferencias internacionales de datos. Tercero, los Estados miembros no están en disposición de mitigar los problemas debidos a la fragmentación de las legislaciones nacionales. Y, finalmente, y en relación con lo anterior, la naturaleza y magnitud de los problemas va más allá de las fronteras de solo de uno o varios Estados miembros, de modo que las iniciativas de la Unión son más efectivas que las adoptadas a nivel nacional.

66. Al igual que en el apartado anterior del presente estudio, hay dos textos que pueden ser comentados simultáneamente, en este caso, del año 2022. Se trata del Reglamento 2022/1925 de Mercados Digitales¹⁷⁸, por un lado, y del Reglamento 2022/2065 de Servicios Digitales¹⁷⁹, por otro. Dentro de los considerandos, solo hay una referencia expresa a la subsidiariedad. Se trata de los respectivos considerandos 107 y 155, que no hacen más que proclamar que los objetivos perseguidos no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, pudiendo lograrse mejor a escala de la Unión Europea. En el caso del Reglamento de Mercados Digitales, esto se debe «al modelo de negocio y las operaciones de los guardianes de acceso, y a las dimensiones y efectos de estas». En el Reglamento de Servicios Digitales, se explica por su «ámbito de aplicación territorial y personal».

Los dos considerandos citados enuncian de manera sintética cuáles son esos objetivos, pero, para conocer algo más sobre el enfoque, hay que ir a los primeros (especialmente los números 1 a 8 del Reglamento de Mercados Digitales; y los números 1 a 4, y 6 del Reglamento de Servicios Digitales). En el caso de los mercados digitales, el punto de partida es la concentración de los servicios básicos de plataforma en un reducido número de prestadores, que son grandes empresas. Así, se trata de garantizar la disputabilidad y la equidad, promover la innovación y productos y servicios digitales de alta calidad, pero manteniendo los precios en niveles razonables. En cuanto a los servicios digitales, se observa una clara transformación digital y una proliferación de aquellos. Pero, como con cualquier desarrollo tecnológico, aparecen nuevos riesgos y desafíos. Por ello, hay que garantizar el respeto de los derechos fundamentales de la Carta, creando un entorno en línea seguro, predecible y fiable. Tanto en un ámbito como en otro se enfatiza el potencial del mercado interior y la voluntad de contribuir a su desarrollo, para lo que se revela imprescindible evitar la fragmentación normativa y el aumento de costes de transacción. La fragmentación ya empieza a existir, habiendo el riesgo de que se acreciente en el futuro ante los proyectos legislativos de los Estados miembros.

Acudiendo a las Propuestas de Reglamento sobre mercados digitales¹⁸⁰ y sobre servicios digitales¹⁸¹, las dos presentadas el 15 de diciembre de 2020, la subsidiariedad es tratada en el apartado 2 de la Exposición de Motivos de cada una. Se le dedican tres párrafos en ambos casos, aunque más extensos en la primera de las propuestas, que principalmente vienen a exponer lo que aparece en los primeros considerandos. Las dos resaltan el carácter transfronterizo del sector digital y los servicios de plataformas básicos, o de Internet en general, respectivamente. Además, la Propuesta sobre mercados digitales enuncia varios tipos de servicios prestados por actores digitales que suelen tener implantación en varios Estados miembros, cuando no en toda la Unión Europea. Se presenta así el carácter transnacional de la

¹⁷⁸ Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2022, sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828 (DO L 265, de 12 de octubre de 2022, p. 1).

¹⁷⁹ Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (DO L 277, de 27 de octubre de 2022, p. 1).

¹⁸⁰ COM(2020) 842 final.

¹⁸¹ COM(2020) 825 final.

problemática. A continuación, los dos textos aluden a la ineficacia de las leyes nacionales: en cuanto a los mercados digitales se asevera sin precisar más por qué, advirtiendo la fragmentación normativa emergente; mientras que en los servicios digitales se dice que no pueden garantizar «la seguridad y la protección uniforme de los derechos de los ciudadanos y las empresas de la Unión en línea». La Propuesta sobre mercados digitales incluye una referencia a las dificultades de las empresas emergentes y las pequeñas empresas para crecer, acceder a nuevos mercados, ofrecer mejores y más variados productos a precios más competitivos, e incluso competir con los grandes actores del sector digital. En este escenario general, la acción a nivel de la Unión Europea mejora el funcionamiento del mercado interior y aporta claridad y seguridad jurídicas, así como un nivel de protección uniforme para los ciudadanos.

67. Para cerrar este apartado, se abre una ventana al futuro con la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (ley de inteligencia artificial), de 21 de abril de 2021¹⁸². El apartado 2.2 de la Exposición de Motivos defiende la propuesta desde el punto de vista de la subsidiariedad, justificando la insuficiencia de la acción a nivel de los Estados en la naturaleza de la inteligencia artificial, susceptible de integrarse en cualquier producto o servicio que se beneficia de la libre circulación por el mercado interior. También alerta de la incipiente fragmentación normativa, debido a que los Estados están comenzando a adoptar o proyectar normas en materia de IA, con el consiguiente efecto colateral de crear inseguridad jurídica y obstaculizar el mercado interior. Igualmente, el Reglamento garantizará la igualdad, tanto en relación con la competencia como en el nivel de protección de las personas, reforzando la competitividad y la base industrial de Europa, además de proteger la soberanía digital de la UE. En el texto proyectado, es el considerando 87 el que proclama el cumplimiento del principio de subsidiariedad, simplemente afirmando la insuficiencia de la acción nacional y el valor añadido de la acción a nivel de la Unión.

VI. A modo de conclusión

68. A la vista de los textos presentados en las páginas anteriores, podrían tener cierta dosis de razón las voces que afirman que, desde la óptica del principio de subsidiariedad, la motivación de las propuestas normativas es a veces «ritual e insignificante»; siendo escasa la motivación explícita en los actos legislativos propiamente dichos¹⁸³. En estos últimos, se dice, hay más una aseveración rutinaria del cumplimiento del principio de subsidiariedad, que una explicación o justificación¹⁸⁴.

69. Ciertamente, los considerandos permiten deducir los motivos que han llevado al legislador a concluir que la acción a nivel europeo resulta necesaria para cumplir suficientemente con los objetivos del Tratado, generando un valor añadido con respecto a una acción a nivel nacional. Se satisface así el estándar de motivación exigido por el Tribunal de Justicia. Ahora bien, para conocer verdaderamente esos motivos, habría que adentrarse en las Propuestas, cuyo contenido, evidentemente, no puede ser reflejado de manera completa en solo unas páginas. Los elementos directa o indirectamente relacionados con la subsidiariedad aparecen con mayor frecuencia en las Propuestas más recientes y que pretenden una armonización plena, lo cual es positivo. No obstante, incluso acudiendo a las más o menos extensas explicaciones en las propuestas, la sensación es que la justificación del cumplimiento del principio de subsidiariedad permanece en la superficie. Sin duda, suelen ofrecerse análisis de impacto y datos de consultas cuyo resultado es que una parte de los consumidores y empresarios europeos manifiesta que realizaría más operaciones transfronterizas si la legislación estuviese armonizada. Pero esto tampoco son datos *decisivos*. El número de personas y entidades que responden a las consultas resulta en general muy bajo, teniendo en cuenta el impacto de la regulación proyectada¹⁸⁵. El porcentaje de opiniones que

¹⁸² COM(2021) 206 final.

¹⁸³ BLANQUET, *Droit général...*, p. 117.

¹⁸⁴ WEATHERILL, *Contract Law...*, pp. 196-197.

¹⁸⁵ Cfr. la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva sobre viajes combinados de 2013 (apartado 2.1); de la Pro-

dan importancia a la disparidad normativa no siempre refleja una mayoría amplia¹⁸⁶. Y las manifestaciones, no respaldadas por hechos o compromisos, no sirven para calibrar cuantitativamente la mayor inversión o gasto que se haría¹⁸⁷.

70. La justificación debe huir de abstracciones y ser lo más concreta posible, con análisis económicos y de mercado que consideren diferentes escenarios¹⁸⁸. Las Propuestas intentan hacerlo, pero, al insistir sobre todo en los aspectos más evidentes del problema, el razonamiento termina siendo circular. El énfasis en la fragmentación normativa, la competencia, y la confianza de los consumidores con reflexiones más bien generales, posiblemente sea excesivo. Recuérdese que la jurisprudencia europea ha dicho que «si la mera comprobación de disparidades entre las regulaciones nacionales y de un riesgo abstracto de aparición [...] de distorsiones de la competencia que puedan resultar de tales disparidades bastase [...] el control jurisdiccional del respeto de la base jurídica podría quedar privado de toda eficacia»¹⁸⁹. En relación con el objetivo de evitar distorsiones concurrenciales, la jurisprudencia también observa que estas deben ser sensibles; porque de lo contrario la competencia del legislador de la Unión se expandiría prácticamente sin límites, socavando el principio de atribución (artículo 5.1 del TUE)¹⁹⁰. Tampoco basta con insistir en el carácter transfronterizo de las operaciones comerciales o de Internet, para justificar que la acción debe ser llevada a cabo a nivel de la Unión Europea. Recluírse en ese aspecto no solo conllevaría una inversión de la presunción a favor de la acción a nivel de los Estados, sino que, de hecho, generaría la impresión de que las instituciones europeas ven muy poco sentido a la acción nacional en un mundo interconectado como el de hoy en día; lo que sería tanto como desdeñar la idea de proximidad que subyace tras el principio de subsidiariedad.

En suma, la acción a nivel de la Unión Europea debe tener un efecto directo sobre el funcionamiento del mercado interior, eliminando obstáculos más o menos importantes a la libre circulación de mercancías y a la libre prestación de servicios, o suprimiendo o evitando distorsiones de la competencia de las que pueda decirse que sus consecuencias son considerables¹⁹¹.

71. Sería deseable que el legislador ofreciese un análisis más completo sobre aspectos de fondo que parecen relevantes, pero que rara vez son estudiados. Y también que dejase constancia de los elementos contraintuitivos o menos evidentes. Como ilustración cabe apuntar a la Propuesta de Directiva sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo, cuando dice que la promoción de productos más duraderos es una acción positiva para el medio ambiente y para el empleo. En cuanto a lo primero, es correcto como conclusión general por motivos obvios. Pero no debería olvidarse que, cuantos más

puesta de Reglamento general de protección de datos (apartado 2); y de la Propuesta de Directiva sobre contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes (apartado 3).

¹⁸⁶ Cfr. la Exposición de Motivos de la Propuesta de la Directiva sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo (apartado I.A, punto 3); de la Propuesta de Directiva sobre prácticas comerciales desleales (puntos 10 y 15); y de la Propuesta de Directiva sobre contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes (apartado 1).

¹⁸⁷ Por ofrecer solo un ejemplo con algo más de detalle, en el punto 27 de la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva sobre prácticas comerciales desleales se hace constar: que el 38 por ciento de las empresas «esperaba» incrementar su presupuesto de publicidad y comercialización transfronterizas como consecuencia de la armonización, que el 46 por ciento de las compañías «espera» que la proporción de sus ventas transfronterizas aumente con la armonización plena de varias normativas de protección de los consumidores, que 10 millones de consumidores realizarían «muchas más» compras transfronterizas si tuviesen la misma confianza en los empresarios de otro país de la UE, y que 70 millones de consumidores podrían comprar «un poco más» con esa misma confianza homogénea.

¹⁸⁸ ÖBERG, «Subsidiarity as a Limit...», p. 398.

¹⁸⁹ Por todas, sentencia del TJCE de 5 de octubre de 2000, *Alemania/Parlamento y Consejo*, C-376/98, ECLI:EU:C:2000:544, apartado 84.

¹⁹⁰ Sentencia del TJCE *Alemania/Parlamento y Consejo*, C-376/98, apartados 106-107, en relación con la sentencia de 11 de junio de 1991, *Comisión/Consejo*, C-300/89, ECLI:EU:C:1991:244, apartado 23.

¹⁹¹ Cfr. sentencias *Alemania/Parlamento y Consejo*, C-376/98, apartados 83 y 95; *Países Bajos/Parlamento y Consejo*, apartado 17; de 22 de mayo de 2003, *Comisión/Alemania*, C-103/01, ECLI:EU:C:2003:301, apartado 47; de 12 de diciembre de 2006, *Alemania/Parlamento y Consejo*, C-380/03, ECLI:EU:C:2006:772, apartado 37; de 10 de febrero de 2009, *Irlanda/Parlamento y Consejo*, C-301/06, ECLI:EU:C:2009:68, apartados 63; *Vodafone y otros*, apartado 32; y WEATHERILL, *Contract Law...*, pp. 61-62, 71.

incentivos tenga un consumidor para mantenerse con un producto ya adquirido (efecto que se potencia si el precio que ha pagado es alto), son menos las probabilidades de que adquiera un producto nuevo más eficiente y sostenible que el antiguo; operación de reemplazo que, si va acompañada de un correcto reciclaje de este último o de su ofrecimiento en mercados de segunda mano, a veces podría arrojar un saldo medioambiental positivo¹⁹². Y, con respecto a la mano de obra necesaria en servicios de reparación y control, no puede obviarse el hecho de que esa mano de obra no está disponible en otros sectores en los que, quizás, sería más productiva.

72. Otro aspecto que debe resaltarse es la ocasional llamada a actuar antes de que exista una fragmentación normativa, como sucedía por ejemplo en los contratos a distancia. Esto podría entrar en conflicto con la necesidad de demostrar la insuficiencia de la acción a nivel estatal. Pero no porque haya que esperar a que el problema se manifieste para poder llevar a cabo la armonización, sino porque, si no se ha verificado ya esa insuficiencia, la argumentación debe ser mucho más exhaustiva. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, es posible justificar la armonización apelando al objetivo de evitar que aparezcan en el futuro obstáculos a los intercambios comerciales derivados de la evolución heterogénea de las legislaciones nacionales; pero esa aparición debe ser «probable» y, por supuesto, el acto normativo debe estar dirigido a evitar que se materialice ese riesgo¹⁹³. La Propuesta de Directiva sobre responsabilidad en materia de IA, por ejemplo, incide acertadamente en ese riesgo potencial. Sin embargo, comete un error que, pudiendo ser meramente técnico o formal, adquiere gran relevancia cuando se analiza desde la subsidiariedad. El considerando 7 proyectado alude a la insuficiencia de la acción a nivel nacional, y el 8 dice que, «por tanto», los objetivos pueden alcanzarse mejor con una actuación a nivel de la Unión. El uso de semejante conector es incorrecto, porque dicha insuficiencia no implica necesariamente que la UE pueda hacerlo mejor.

73. Un ejemplo relacionado con los dos tipos de reflexiones efectuadas viene dado por la Propuesta de Directiva sobre suministro de contenidos y servicios digitales. En ella se afirma que los Estados miembros no pueden eliminar adecuadamente los obstáculos que supone la disparidad entre sus legislaciones nacionales «de forma individual». Al mismo tiempo, se observa que varios Estados ya han adoptado normas en la materia o han comenzado los trabajos para ello, de modo que la fragmentación ya existe en cierta medida, pero también es un riesgo de cara al futuro. Pues bien, si el suministro de contenidos y servicios digitales es una cuestión relativamente novedosa, no parece posible definir dónde está el equilibrio entre la protección de los consumidores y la flexibilidad que permite varios modelos de negocio y que fomenta la innovación. En este contexto, no cabe descartar los beneficios de la competencia regulatoria y la posibilidad de que, a través de un proceso de comparación, en no demasiado tiempo los países se acerquen progresiva y espontáneamente a una normativa más o menos similar.

74. Hay quien ha puesto de relieve cómo las instituciones europeas favorecen la acción a nivel de la Unión sobre la acción estatal, privilegiando la mayor eficiencia de la primera, sin detenerse en exceso a evaluar la insuficiencia de la segunda¹⁹⁴. Alguna resolución del Tribunal de Justicia, en efecto, enuncia las dos condiciones, pero luego el control efectuado parece llevarse a cabo en términos de estricta mayor eficacia¹⁹⁵. Evidentemente, quien define e interpreta los objetivos a conseguir, y esta es la UE, tenderá a considerar que su acción es mejor; otorgando una mayor importancia a la eficiencia que a

¹⁹² Cfr. R. PAZOS, «Sustainability, the Circular Economy and Consumer Law in Spain», *Journal of European Consumer and Market Law*, nº 5, 2020, p. 214.

¹⁹³ Sentencias *Alemania/Parlamento y Consejo*, C-376/98, apartado 86; *British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco*, apartado 61; *Países Bajos/Parlamento y Consejo*, apartado 15; *Alemania/Parlamento y Consejo*, C-380/03, apartados 38 y 41; *Irlanda/Parlamento y Consejo*, apartado 64; *Vodafone y otros*, apartado 33.

¹⁹⁴ Cfr. MARTIN, «L'instrumentalisation...», pp. 92-95, 352, 354, 362-375.

¹⁹⁵ Cfr. sentencias *Estonia/Parlamento y Consejo*, apartados 45, 48, 53-54; y *Philip Morris Brands y otros*, apartados 218-219, 222, 226.

la proximidad¹⁹⁶. Pero ambas dimensiones reflejan exigencias cumulativas impuestas por el artículo 5.3 del TUE, por lo que ninguna merece más atención que la otra. Descuidos como el descrito con relación a la Propuesta sobre responsabilidad en materia de IA llevarían a la conclusión de que, a veces, la mayor eficiencia de la acción a nivel europeo se da por sentada¹⁹⁷.

75. Todo esto no significa que las opciones escogidas por el legislador de la Unión sean erróneas. Simplemente, estas lagunas o deficiencias deberían evitarse porque, de lo contrario, resultará más difícil contradecir a quien afirme que ninguna institución europea está verdaderamente interesada en respetar el principio de subsidiariedad¹⁹⁸. Aun así, podría alegarse que los Estados miembros son parcialmente responsables de esa falta de interés, y que un eventual exceso en el ejercicio de competencias por parte de la Unión sería de alguna forma consentida por aquellos¹⁹⁹. En realidad, tampoco debería llamar la atención este consentimiento. A fin de cuentas, el debate político y social de una norma aprobada por la UE no es tan exigente como el de una norma aprobada al nivel de un Estado miembro: aquella recibe menos atención por parte del público y de los medios de comunicación²⁰⁰. Este hecho aconseja que se discuta con más cercanía a los ciudadanos todo aquello que no sea estrictamente necesario regular al nivel de la Unión.

76. En conclusión, parecen materializarse en cierta medida los tres riesgos a los que se aludía en la introducción del presente trabajo, retroalimentándose entre sí. En primer lugar, las consideraciones relacionadas con el principio de subsidiariedad son bastante escuetas en los textos aprobados, y las Propuestas de las que parten ofrecen algunos elementos adicionales, pero sin llegar a una gran exhaustividad. La sensación general es que la subsidiariedad no está entre los elementos que más preocupan al legislador europeo. En segundo lugar, las explicaciones ofrecidas por este no evitan la estandarización. Dejando a un lado la ocasional utilización de fórmulas similares, el propio desarrollo sigue una estructura más o menos definida. Como no podía ser de otra manera, la materia regulada conlleva alusiones a aspectos específicos en cada caso. Pero la idea de fondo se repite: la existencia de normas diferentes genera inseguridad y costes de transacción, desincentiva las operaciones transfronterizas y distorsiona la competencia, y por lo tanto solo una armonización legislativa orientada desde la Unión Europea permite alcanzar los objetivos de los Tratados. Rara vez se evalúan las desventajas y riesgos de la armonización. Por último, en general puede decirse que las propuestas de actos normativos más recientes dedican una mayor extensión a comentar extremos directa o indirectamente relacionados con el principio de subsidiariedad. Pero la estandarización referida hace que esa mayor extensión tenga una dimensión más formal que sustantiva. Existen propuestas más antiguas que, llevando a cabo una armonización mínima, contienen una justificación a la luz de la subsidiariedad que está al mismo nivel, si no por encima, de la efectuada en textos más recientes y de armonización máxima o en Reglamentos. Desde luego, la profundidad del análisis de las iniciativas desde la óptica de la subsidiariedad no avanza en la misma medida que el detalle de la legislación aprobada²⁰¹.

¹⁹⁶ BALAGUER CALLEJÓN, «La subsidiariedad...», pp. 99-100, 103.

¹⁹⁷ Una impresión similar podría generarse con fórmulas como las de los considerandos número 23 de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales, y número 65 de la Directiva sobre los derechos de los consumidores.

¹⁹⁸ Así lo expresó Alain Lamassoure, miembro del Parlamento Europeo, tal y como se recoge en las columnas 1209 y 1210 del 9º informe del Comité Europeo del Parlamento Escocés *EU Governance and the Future of Europe* (con respecto a la sesión celebrada el 30 de octubre de 2001), disponible en <https://www.parliament.scot/api/sitecore/CustomMedia/OfficialReport?meetingId=1371>.

¹⁹⁹ Cfr. HINOJOSA MARTÍNEZ, «La regulación...», pp. 796-797; así como las sentencias *Estonia/Parlamento y Consejo*, apartado 62; y *Polonia/Parlamento y Consejo*, apartado 125.

²⁰⁰ LILLEHOLT, «European Private Law...», pp. 356-357; ÖBERG, «Subsidiarity as a Limit...», pp. 404-405. También aludía a ello Alain Lamassoure, algo de lo que deja constancia el ya citado informe *EU Governance and the Future of Europe* (columna 1210).

²⁰¹ En los inicios de la construcción europea, la necesidad de establecer normas uniformes que evitasen distorsiones concurrenciales llevó a la adopción de directivas bastante detalladas que iban más allá de una simple fijación de los resultados u objetivos perseguidos, reduciendo el margen de apreciación de los Estados miembros. Sin embargo, esa tendencia cambió posteriormente para favorecer directivas más generales y flexibles. En este sentido, cfr. SIMON, *La directive...*, pp. 4-5, 18-19. De manera en cierta forma curiosa, actualmente cabría identificar un retorno a la perspectiva inicial.

77. Por todo ello, existe un margen de mejora en el tratamiento de la subsidiariedad en las normas de protección de los consumidores o relacionadas con el mercado único digital. No se está diciendo que los actos normativos y las propuestas presentadas sean injustificables, ni que infrinjan el deber de motivación. Sencillamente, cuanta mayor atención (genuina) recaiga en la subsidiariedad, más fácil será evitar normas innecesarias y poner el foco en las cuestiones más relevantes, mejorando el proceso de integración y favoreciendo el debate constructivo en los planos político y social.

La publicidad de l@s influencers¹

Influencer marketing

JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO

*Profesora Titular (acred. Catedrática) de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid*

ORCID ID: 0000-0002-5896-983X

Recibido: 12.04.2023 / Aceptado: 08.05.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.8080

Resumen: Los estudios muestran que la publicidad encubierta es una práctica habitual llevada a cabo por l@s influencers. Esta conducta atenta contra l@s seguidores y contra l@s competidores/as del anunciante. En relación con l@s primer@s, porque no es clara acerca del carácter mercantil del mensaje del influencer y les puede hacer pensar que se encuentran ante una opinión personal de su líder. Respecto de l@s segund@s, porque, con ella, están haciendo que la marca compita de manera desleal con el resto de competidores en el mercado. Es importante, por tanto, identificar cuándo la publicidad que realizan l@s influencers es ilícita por ser encubierta. Son dos los elementos que deben concurrir para llegar a esta conclusión. En primer lugar, debe existir una finalidad comercial o mercantil, la cual, se puede comprobar por la existencia de una contraprestación. Y, en segundo lugar, este propósito promocional del influencer no aparece claro e inequívoco para el/la usuari@. En relación con esto último, el/la follower no puede deducir este carácter comercial ni del contenido del mensaje y de su ubicación y, por otro lado, el/la influencer no ha incorporado información necesaria para dar a conocer el mismo.

Palabras clave: publicidad encubierta, influencer, ley de competencia desleal, ley general de publicidad.

Abstract: Studies show that surreptitious advertising is a common practice carried out by influencers. This behaviour is an attack on the followers and on the advertiser's competitors. In relation to the former, because it is not clear about the commercial nature of the influencer's message and may make them think that they are dealing with a personal opinion of their leader. Regarding the latter, because, with it, they are making the brand compete unfairly with the rest of the competitors in the market. It is important, therefore, to identify when the advertising carried out by influencers is illegal because it is covert. There are two elements that must be present in order to reach this conclusion. Firstly, there must be a commercial purpose, which can be proven by the existence of a remuneration. And, secondly, this promotional purpose of the influencer does not appear clear and unequivocal to the user. In relation to the latter, the follower cannot deduce this commercial character either from the content of the message or from its location and, on the other hand, the influencer has not incorporated the necessary information to make it known.

Keywords: surreptitious advertising, influencer, unfair competition law, general advertising law.

Sumario: I. Introducción; II. Normativa española reguladora de la publicidad; 1. Ley 13/2022, General de Comunicación Audiovisual; 2. Ley 34/1988, General de Publicidad; 3. Ley 3/1991, de

¹ Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i PID2020-112707GB-I00, MODA Y BIENES INMATERIALES, financiado por MCI/AEI/10.13039/501100011033.

Competencia Desleal; 4. Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de comercio electrónico; 5. Autorregulación: Código de conducta sobre el uso de influencers en la publicidad; III. Ámbito de aplicación de la normativa española; IV. Publicidad encubierta; 1. Carácter comercial, no claro y equívoco; A. Finalidad promocional o comercial; B. Elementos que transmiten el carácter comercial del mensaje; C. Información que aclare el carácter comercial; 2. Consumidor medio; V. Otros casos resueltos por el Jurado de AUTOCONTROL en el último año; VI. Conclusiones.

I. Introducción

1. Nos encontramos totalmente inmersos en la era digital, caracterizada por el dominio de las redes sociales en las que determinadas personas crean tendencia e influyen en el comportamiento de los demás. Sobre todo, de los más jóvenes, los nativos digitales, los que se comunican a través de Internet y condicionan su bienestar al número de “likes” que obtienen sus publicaciones en las redes. Tan es así, que esas personas han adquirido cierta categoría social, y también jurídica, y se les ha asignado una denominación que describe perfectamente el objetivo de su actuación; y ese nombre es “influencer”.

Influencer puede definirse como *“a content creator with a commercial intent, who builds trust and authenticity based relationships with their audience (mainly on social media platforms) and engages online with commercial actors through different business models for monetisation purposes”*¹.

El Código de conducta sobre el uso de los influencers en la publicidad, de AUTOCONTROL, del que hablaremos más adelante, l@s define como *“personas que se considera tienen un alto nivel de influencia sobre el público por su elevado número de seguidores en redes sociales y/o medios de comunicaciones digitales y que interactúan tanto a través de tweets, videos y posts, como a través de mensajes en blogs u otros. En este grupo se vienen incluyendo los denominados “social media influencers”: “bloggers”, “Youtubers”, “Instagrammers” y “Facebookers”*².

2. Influencers hay much@s³. La inclusión en esta categoría depende del número de seguidores/as que tengan en las redes y, con ello, del impacto de sus publicaciones. Precisamente, porque influyen en el comportamiento de l@s demás y, como ya se ha mencionado, de l@s más jóvenes e influenciables, es necesario que sus acciones se rijan por un marco jurídico que proteja a l@s usuari@s y evite que puedan ser engañad@s.

3. Debido al éxito de l@s influencers entre la población y a la clara realidad de que se han convertido en creadores/as de tendencias -de moda, entre otras-, las marcas se han sentido atraídas hacia la idea de que ell@s, en sus vídeos, publiciten sus productos, sean sus prescriptores/as⁴. Son tres las razones por las que l@s anunciantes se fijan en l@s influencers como medio para publicitar sus productos⁵:

¹ F. MICHAELSEN/L. COLLINI/ et al., “The impact of influencers on advertising and consumer protection in the Single Market”, European Parliament, February 2022, p. 25.

² <https://www.autocontrol.es/wp-content/uploads/2020/10/codigo-de-conducta-publicidad-influencers.pdf>

³ El país europeo con mayor proporción de influencers por población es Italia, seguido de España, Irlanda y Portugal (F. MICHAELSEN/L. COLLINI/ et al., “The impact of influencers on advertising and consumer protection in the Single Market”, European Parliament, February 2022, p. 29).

⁴ En el año 2021, el valor global del marketing realizado por l@s influencers fue de 13,8 billones de dólares, un 700% más que el que tuvieron en el año 2016 (F. MICHAELSEN/L. COLLINI/ et al., “The impact of influencers on advertising and consumer protection in the Single Market”, European Parliament, February 2022, p. 28).

⁵ A. TATO PLAZA, “Aspectos jurídicos de la publicidad a través de líderes de opinión en redes sociales (influencers)”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 311, 2019, p. 3.

Según J. MARTÍNEZ OTERO, las ventajas de la publicidad a través de influencer son las siguientes: *“ofrece públicos muy segmentados a quienes dirigir la campaña; aprovecha la capacidad de influencia del líder de opinión; atrae la atención del usuario de una manera más amable que la publicidad tradicional, al no resultar tan intrusiva; incrementa la credibilidad de los mensajes; permite vincular el producto con el estilo de vida del influencer; aumenta el recuerdo y el reconocimiento de la marca; fomenta empatía hacia la organización que vende el producto; incrementa la probabilidad de compra; evita el bloqueo de la publicidad por parte de programas específicos conocidos como ad-blockers; y se integra de forma natural dentro de los contenidos editoriales del influencer disimulando su naturaleza publicitaria, lo que reduce los mecanismos de rechazo o escepticismo de la audiencia. Una ventaja adicional de la publicidad a través de influencers es que contribuye a la generación*

la influencia del líder de opinión sobre sus seguidores/as, la consideración, positiva, para los followers de que los productos que promociona el/la influencer responden a sus propios valores y estilo de vida y, por último, que la publicidad que realiza el/la prescriptor/a no es tan agresiva como la tradicional⁶.

4. Así es, en relación con lo primero, los anunciantes son conscientes de que l@s influencers no llegan a toda la población, llegan sólo a sus seguidores, a ese grupo de personas que comparte gustos y visión de la vida⁷. Pero l@s followers, pese a no ser toda la población, son fieles, siguen los consejos del influencer y van a comprar en mayor medida los productos que muestre él/ella en las redes. Las marcas se han dado cuenta de esto y prefieren que la publicidad de sus artículos no llegue a tod@s, en general, y sí a ese sector concreto de la población con el que tienen garantizado un volumen mayor de compras.

5. En segundo lugar, y muy relacionado con lo anterior, l@s followers van a adquirir los productos que consuma el/la influencer porque comparten su estilo de vida y desean seguir sus consejos para parecerse lo más posible a él/ella⁸.

6. Por último, el mensaje publicitario del líder de opinión no va a ser tan agresivo como lo son los que siguen el formato tradicional de la publicidad y, por ello, no va a generar rechazo en l@s destinatari@s⁹; o, al menos, no tanto como el que genera la publicidad más intrusiva. Cuanto más sutil sea la promoción de los productos más confianza generará en l@s usuari@s, y eso lo consiguen l@s influencers¹⁰. El canal de l@s influencers resulta más rentable para las marcas que el tradicional de la publicidad, es más eficaz, precisamente, entre otras razones, por esta, porque no responde a la forma agresiva y evidente de un anuncio publicitario¹¹.

de contenido espontáneo sobre la marca, debido a los comentarios e interacciones que sobre la campaña se producen en las redes sociales" (J. MARTÍNEZ OTERO, "Nuevas formas de publicidad encubierta en las plataformas digitales de internet", *Revista de Derecho Mercantil*, nº 314, 2019, p. 244).

⁶ Por parte de l@s influencers, con esta actividad promocional se convierten en profesionales del sector y los rendimientos obtenidos con ella tributarán, por tanto, como fruto de actividades económicas. De esta manera, "... *procede calificar como rendimientos de actividad económica —profesional— los obtenidos por los "influencers" en el desarrollo de su actividad independiente como creativos o marcadores de tendencias en redes sociales a través de internet*" (Resolución vinculante de la Dirección General de Tributos V1417-20, de 14 de mayo de 2020).

En relación con la conversión de los influencers en profesionales del sector, *vid.*, L. GONZÁLEZ VAQUÉ, "¿Es preciso legislar a nivel comunitario (UE) de forma armonizada sobre el marketing/publicidad encubierta de los «influencers» en los medios sociales?", *La Ley Unión Europea*, nº 88, 2021, pp. 1 y 8; J. MUÑOZ RODRÍGUEZ/N. GONZÁLEZ, "Problemáticas jurídicas de influencers y modelos" en E. ORTEGA BURGOS (coord.), *Fashion Law (Derecho de la moda)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020. Según la doctrina, l@s influencers pueden ser considerados como un medio de publicidad en el marco del artículo 8 de la Ley general de publicidad (A. SERRANO ACITORES/L. GARCÍA MARTÍN, "Influencers y prácticas de competencia desleal a través de Instagram", *La Ley Mercantil*, nº 63, 2019, p. 6). Este precepto indica que "*Tendrán la consideración de medios de publicidad las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que, de manera habitual y organizada, se dediquen a la difusión de publicidad a través de los soportes o medios de comunicación social cuya titularidad ostenten*".

⁷ E. GUTIÉRREZ GARCÍA, "La publicidad encubierta a través de los influencers: la urgencia de una regulación", *Revista de Derecho de la Competencia y a Distribución*, nº 29, julio 2021, pp. 3-4.

⁸ *Vid.*, en este sentido, E. GONZÁLEZ PONS, "Prácticas comerciales desleales e influencers: un nuevo reto para el derecho de la competencia desleal", en A. TATO PLAZA/J. COSTAS COMESAÑA/P. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO/F.J. TORRES PÉREZ (dirs.), *Nuevas tendencias en el derecho de la competencia y de la propiedad industrial II*, Comares, Granada, 2019, p. 53.

⁹ A. CASTELLÓ MARTÍNEZ, "La comunicación publicitaria con influencers", *Redmarka*, núm. 14, 2015, p. 37.

¹⁰ E. GUTIÉRREZ GARCÍA, "La publicidad encubierta a través de los influencers: la urgencia de una regulación", *Revista de Derecho de la Competencia y a Distribución*, nº 29, julio 2021, p. 9.

Vid., en este sentido, C. C. CARPENTER, "Don't believe everything you read on Twitter -The Federal Trade Commission's Regulation of celebrity endorsements on social media", *Entertainment Law*, Spring 2012, p. 5; E. P. GOODMAN, "Peer promotion and false advertising law", *South Carolina Law Review*, vol. 58, nº 4, 2007, p. 705.

Según el *Estudio anual de redes sociales del año 2018*, del *Internet Advertising Bureau* en España, 7 de cada 10 usuarios siguen a algún influencer y lo consideran creíble y poco publicitario (p. 55).

¹¹ *Vid.*, en este sentido, A. CASTELLÓ MARTÍNEZ, "El marketing de influencia. Un caso práctico", en I. ZACIPA-INFANTE/V. TUR-VIÑES/J. SEGARRA-SAAVEDRA, *Tendencias publicitarias en Iberoamérica. Diálogo de saberes y experiencias*, Universidad de Alicante, 2016, p. 50.

El formato utilizado por ell@s, intercalando la publicidad de manera natural con historias de su vida privada, hace más imperceptible para el/la destinatari@ el carácter comercial del mensaje¹². Este tipo de publicidad se conoce como *branded content* o publicidad nativa¹³. Precisamente, esa naturalidad con la que se integra el mensaje publicitario dentro del contenido editorial del influencer es lo que puede suscitar dudas en l@s usuari@s acerca de si la información que emite el/la influencer es comercial o es opinión personal.

7. Siguiendo con lo anterior, si se trata de un mensaje publicitario, debe quedar claro en el mismo que tiene carácter comercial para que el/la destinatari@ lo conozca y lo reciba con las debidas cautelas, sabiendo que el/la influencer, normalmente, cobrará una remuneración por promocionar el producto o servicio en cuestión. Si nos encontramos en el segundo supuesto, si no tiene propósito promocional, el/la follower puede estar tranquil@ en relación a que la opinión emitida por el/la influencer en el mensaje es objetiva, personal y real.

8. Esto es lo que vamos a analizar en este trabajo, cómo podemos distinguir si la publicidad que generan l@s influencers en las redes es lícita o es encubierta. Con este objetivo, lo primero que debemos conocer es la normativa que regula la publicidad y prohíbe la que es encubierta por ser engañosa.

II. Normativa española reguladora de la publicidad

1. Ley 13/2022, General de Comunicación Audiovisual

9. Recientemente se ha publicado la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual, en cuyo Título V se recogen una serie de reglas que deben observar los prestadores de servicios de intercambio de vídeos en plataforma¹⁴. Sin embargo, los “vloggers”, “influencers” o “prescriptores de opinión” no son estos prestadores de servicios, serían los usuarios de la plataforma (Exposición de Motivos). Por lo anterior, no parece que las prescripciones de la Ley sean de aplicación a la actividad de los influencers¹⁵. No obstante lo cual, creemos interesante explicar algunos extremos de la norma.

10. El objeto de la Ley es “regular la comunicación audiovisual de ámbito estatal, así como establecer determinadas normas aplicables a la prestación del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma. 2. Igualmente se establecen las normas básicas para la prestación del servicio de comunicación audiovisual autonómico y local, sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas y los Entes Locales en sus respectivos ámbitos” (art. 1).

¹² G. ALFANO/S. LOPOLO, “Propuestas para un influencer marketing transparente en el marco reglamentario comunitario”, *Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías*, nº 50, 2019.

¹³ Sobre el concepto de publicidad nativa, *vid.*, J. UNZÚE ROSSI, «Publicidad nativa mediante influencers», en A. TATO PLAZA/J. COSTAS COMESAÑA/P. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO/F.J. TORRES PÉREZ (Dir.) *Nuevas tendencias en el Derecho de la Competencia y de la Propiedad Industrial*, Comares, Granada, 2017, pp. 203-225; M. T. BENDITO CAÑIZARES, “La autenticación de publicidad y anunciantes en la publicidad nativa y, en particular, en la publicidad de influencers”, *Revista Aranzadi*, nº 8, 2020; S. BATANÁS RODRÍGUEZ, “Publicidad en redes sociales: la actividad de los influencers”, en R. PEREA ORTEGA (coord.), *Estudios de derecho digital*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, p. 379.

¹⁴ La publicidad nativa es aquella que *se inserta como parte de un contenido editorial* (Dictamen del Jurado de AUTOCONTROL, de 13 de enero de 2023, número de asunto 225/R/ Diciembre 2022, Fundamento Deontológico 3). Para que se diferencie de la publicidad encubierta debe *diferenciarse lo suficiente del medio en el que se integra como para que el espectador o destinatario sea consciente de que se encuentra ante contenido publicitario* (S. BATANÁS RODRÍGUEZ, “Publicidad en redes sociales: la actividad de los influencers”, en R. PEREA ORTEGA (coord.), *Estudios de derecho digital*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 379-380).

¹⁴ Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual, BOE núm. 163, de 8 de julio de 2022.

¹⁵ En el marco del Anteproyecto de Ley general de comunicación audiovisual, *vid.*, M. F. MARTÍN MORAL, “La actividad de los influencers y su encaje en el Anteproyecto de Ley general de comunicación audiovisual”, en A. TATO PLAZA/J. COSTAS COMESAÑA/P. I. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO/F. J. TORRES PÉREZ/ S. LOUREDO CASADO (dirs.), *Nuevas tendencias en el Derecho de la competencia y de la propiedad industrial III*, Comares, Granada, 2022, p. 196.

A los prestadores de servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma se les imponen determinadas obligaciones relacionadas con la publicidad, además de las que puedan tener en virtud de, entre otras, la Ley 34/2002, de servicios de la sociedad de la información, a la que aludiremos más adelante (art. 42)¹⁶.

11. El artículo 122.3 de la Ley prohíbe la publicidad encubierta, definiéndola como aquella que, “*mediante la presentación verbal o visual, directa o indirecta, de bienes, servicios, nombres, marcas o actividades, tenga de manera intencionada un propósito publicitario y pueda inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de dicha presentación*”. Por su parte, en el apartado cuarto de este precepto, también prohíbe la publicidad subliminal, entendiéndose por tal, aquella que “*mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida*”. El artículo 91 prescribe que los prestadores de servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma deberán respetar, entre otras, las prohibiciones mencionadas¹⁷. También deben hacerlo los usuarios de especial relevancia -de estos servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma-, cuando *comercialicen, vendan u organicen las comunicaciones que acompañen o se inserten en sus contenidos audiovisuales* (art. 94). A estos efectos, se consideran usuarios de especial relevancia a aquellos que empleen servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma, que cumplan una serie de requisitos de forma acumulativa. Estos requisitos son los siguientes: “*a) El servicio prestado conlleva una actividad económica por el que su titular obtiene unos ingresos significativos derivados de su actividad en los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma; b) El usuario de especial relevancia es el responsable editorial de los contenidos audiovisuales puestos a disposición del público en su servicio. c) El servicio prestado está destinado a una parte significativa del público en general y puede tener un claro impacto sobre él. d) La función del servicio es la de informar, entretener o educar y el principal objetivo del servicio es la distribución de contenidos audiovisuales. e) El servicio se ofrece a través de redes de comunicaciones electrónicas y está establecido en España de conformidad con el apartado 2 del artículo 3*” (art. 94.2). Teniendo en cuenta estas exigencias, podemos concluir que l@s influencers no son *usuarios de especial relevancia* en el marco de esta Ley.

2. Ley 34/1988, General de Publicidad

12. La Ley 34/1988, general de publicidad, califica como publicidad ilícita, entre otras, la publicidad subliminal y la engañosa (art. 3)¹⁸. Y define la primera como aquella que *mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida* (art. 4)¹⁹.

13. El artículo 9 de esta norma recoge el principio general de identificación, según el cual, “*Los medios de difusión deslindarán perceptiblemente las afirmaciones efectuadas dentro de su función in-*

¹⁶ Las sanciones por incumplimiento de la Ley se encuentran en el artículo 160 y son multas económicas. *Vid.*, en relación con el Anteproyecto de la Ley, M. F. MARTÍN MORAL, “La actividad de los influencers y su encaje en el Anteproyecto de Ley general de comunicación audiovisual”, en A. TATO PLAZA/J. COSTAS COMESAÑA/P. I. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO/F. J. TORRES PÉREZ/ S. LOUREDO CASADO (dirs.), *Nuevas tendencias en el Derecho de la competencia y de la propiedad industrial III*, Comares, Granada, 2022, pp. 185-200.

¹⁷ El artículo 91.3 establece que “*Los prestadores del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma informarán claramente a los usuarios cuando los programas y vídeos generados por usuarios contengan comunicaciones comerciales audiovisuales, siempre que los usuarios que suban vídeos hayan declarado que, a su entender, o hasta donde cabe razonablemente esperar que llega su entendimiento, dichos vídeos contienen comunicaciones comerciales audiovisuales, o siempre que el prestador tenga conocimiento de ese hecho*”.

¹⁸ Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 1988.

¹⁹ La publicidad ilícita que realizan l@s influencers puede ser calificada de subliminal. Sin embargo, según la doctrina, no están bien delimitados los contornos de la misma y el legislador y la jurisprudencia han desarrollado en mayor medida la publicidad encubierta, dentro de la cual, se puede encuadrar mejor este comportamiento desleal de l@s influencers (J. SIXTO-GARCÍA/A. ÁLVAREZ-VÁZQUEZ, “Influencers en Instagram y publicidad engañosa: la necesidad de regular y autorregular”, *Estudios sobre el mensaje periodístico*, vol. 26, nº 4, 2020, p. 1612).

formativa de las que hagan como simples vehículos de publicidad. Los anunciantes deberán asimismo desvelar inequívocamente el carácter publicitario de sus anuncios”²⁰.

14. Esta misma norma remite, con carácter general, a la Ley de competencia desleal para conocer las acciones que se puede adoptar frente a estos comportamientos de publicidad ilícita (art. 6).

3. Ley 3/1991, de Competencia Desleal

15. La Ley 3/1991, de competencia desleal, considera desleal la publicidad ilícita a la que alude la Ley general de publicidad (art. 18). Las acciones que se pueden iniciar frente a estas conductas son las recogidas en el artículo 32, esto es, la declarativa de deslealtad, la de cesación de la conducta y prohibición de reproducirla en el futuro, la acción de remoción de los efectos producidos, la de rectificación de las informaciones engañosas, la acción de responsabilidad civil y la de enriquecimiento injusto cuando haya infracción de un derecho de exclusiva.

16. Del mismo modo, el artículo 7, relativo a las omisiones engañosas, indica que será ilícita la práctica cuando no se da a conocer el propósito comercial de la misma, salvo que resulte evidente por el contexto. La publicidad encubierta que pueden realizar l@s influencers podría incardinarse más específicamente en este precepto²¹.

También, el artículo 5, relativo a los actos de engaño, considera ilícita la presentación de la información que pueda inducir a error en l@s destinatari@s y hacerles pensar que no están ante un mensaje comercial.

Por lo tanto, tenemos que el mismo comportamiento puede ser encuadrado en los dos preceptos mencionados. En efecto, en la publicidad encubierta, por un lado, existe un acto de engaño en la forma de presentación del mensaje (art. 5) y una omisión de información sobre el propósito promocional del mismo (art. 7)²².

17. Por otro lado, el artículo 26 es el que más específicamente se refiere a estas conductas de l@s influencers, siempre que se trate de práctica comercial con consumidores o usuarios. En su apartado 1 se indica que serán desleales, por engañosas, las conductas que “*Incluyan como información en los medios de comunicación o en servicios de la sociedad de la información o redes sociales, comunicaciones para promocionar un bien o servicio, pagando el empresario o profesional por dicha promoción, sin que quede claramente especificado en el contenido, o a través de imágenes y sonidos claramente identificables para el consumidor o usuario, que se trata de un contenido publicitario*”. Este tipo de publicidad se denomina redaccional²³. Con ella se pretende transmitir una apariencia de objetividad en el mensaje, generando seguridad a l@s destinatari@s, que confiarán en que lo que reciben no es publicidad sino información²⁴.

Este artículo 26 tiene una relación de especialidad respecto de los preceptos 5 y 7. De esta forma, si, por ejemplo, no concurre en el comportamiento el requisito de la contraprestación pagada por el anunciante al influencer, la conducta podrá seguir siendo desleal por engañosa en el marco de los artículos 5 y 7²⁵.

²⁰ Vid., entre otras, Resolución del Jurado de AUTOCONTROL, de 13 de enero de 2023, número de asunto 224/R/ Diciembre 2022, Fundamento Deontológico 2.

²¹ E. GUTIÉRREZ GARCÍA, “La publicidad encubierta a través de los influencers: la urgencia de una regulación”, *Revista de Derecho de la Competencia y a Distribución*, nº 29, julio 2021, p. 6.

²² A. TATO PLAZA/P. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO/C. HERRERA PETRUS, “Actos de engaño y omisiones engañosas”, en *La reforma de la Ley de competencia desleal*, La Ley, Madrid, 2010, p. 132.

²³ Vid., J. M. HERNÁNDEZ-RICO BARTOLOMÉ, “Publicidad ilícita (II)”, en AA.VV., *Derecho de la publicidad*, 2015, pp. 111-126.

²⁴ E. BERNARD MONTFERRER, “Aproximación a la publicidad redaccional: inadecuación al principio de actuación de los códigos deontológicos de la profesión periodística», en A. CASERO RIPOLLÉS (coord.), *Redefiniendo los vínculos entre periodismo y democracia en la era digital. XIX Congreso Internacional Sociedad Española de Periodística : Actas de las comunicaciones presentadas en el Congreso*, Sociedad Española de Periodística, Castellón, 2015, p. 887.

²⁵ A. TATO PLAZA/P. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO/C. HERRERA PETRUS, “Actos de engaño y omisiones engañosas”, en *La reforma de la Ley de competencia desleal*, La Ley, Madrid, 2010, p. 133.

4. Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de comercio electrónico

18. Podemos mencionar, también, en este apartado de normativa aplicable, la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información²⁶. Esta norma establece que *las comunicaciones comerciales realizadas por vía electrónica deben ser claramente identificables* como tales (art. 20.1).

Las sanciones recogidas en la norma son de naturaleza administrativa y son multas económicas que se gradúan en función a la gravedad de la conducta (art. 39)²⁷.

5. Autorregulación: Código de conducta sobre el uso de influencers en la publicidad

19. Por último, debemos destacar los códigos de autorregulación que existen en el sector. Códigos que, si bien no tienen el efecto vinculante que poseen las normas, los operadores los tienen en cuenta a la hora de actuar en el mercado y de calificar las conductas. En este campo contamos con el Código de conducta sobre el uso de influencers en la publicidad, elaborado por la Asociación Española de Anunciantes (aea) y por la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (AUTOCONTROL) y de obligado cumplimiento para tod@s l@s miembros a ambas asociaciones y para tod@ aquel/la que quiera adherirse al mismo²⁸. Este Código entró en vigor el 1 de enero de 2021.

20. En este documento se define el contenido publicitario como aquel en el que concurren los tres siguientes requisitos: 1) que esté dirigido a la promoción de productos o servicios; 2) que haya una remuneración, monetaria o en especie, por parte del anunciante²⁹; 3) que el anunciante ejerza un control editorial sobre el contenido. Especifica el Código que no habrá contenido publicitario cuando el/la influencer no tengan relación con el anunciante y actúen por iniciativa propia.

²⁶ Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, BOE núm. 166, de 12 julio 2002.

²⁷ *Vid.*, en este sentido, J. C. ERDOZAÍN LÓPEZ, “Un análisis somero del fenómeno de los influencers desde la perspectiva de la Ley General Publicitaria y la Ley de Competencia Desleal”, *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, nº 83, 2018, p. 143.

²⁸ <https://www.autocontrol.es/wp-content/uploads/2020/10/codigo-de-conducta-publicidad-influencers.pdf>.

Según consta en la página web de AUTOCONTROL, “*En este momento, alrededor de 600 miembros directos y 4.000 indirectos* están vinculados aproximadamente con el **70% de la inversión publicitaria en nuestro país**” (<https://www.autocontrol.es>).

El grado de cumplimiento de los Dictámenes realizados por el Jurado de AUTOCONTROL -Jurado que aplica estos Códigos de conducta-, es muy elevado. Aunque no sean vinculantes para los no asociados ni adheridos, son acatados de manera voluntaria por ellos en la mayoría de los casos. Lo anterior se debe la alta consideración que la labor de AUTOCONTROL tiene entre los operadores jurídicos, “*tanto a nivel comunitario (véase el Considerando 18, y los artículos 6 y 8 de la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa; los Considerandos 32, 40, 49 y 51 y los artículos 16 y 17 de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, de comercio electrónico) como a nivel estatal (véase la Exposición de Motivos de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad); previsiones normativas a las que se ha sumado el reconocimiento explícito de los códigos de conducta y el fomento de la autorregulación y la corrección introducidos por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre en la Ley 3/1991, de 10 de enero de Competencia Desleal (véase su Capítulo V), y por la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual (véase su Preámbulo -apartado IV- y sus artículos 6, 7, 12, 14, 15, 89, 91, 94, 97, 98, 99, 105, 108 y 153). Con toda probabilidad, es esta misma fuerza moral la que explica también la coincidencia sustancial existente entre los dictámenes y resoluciones del Jurado y las decisiones de Jueces y Tribunales en aquellos casos en los que, de forma consecutiva, los mismos hechos han sido conocidos por éstos*” (Dictamen del Jurado de AUTOCONTROL, de 13 de enero 2023, número de asunto 222/R/ Diciembre 2022).

Vid., en relación con este Código, entre otros, F.J. GARCÍA PÉREZ, “El nuevo Código de conducta sobre el uso de influencers en la publicidad: una buena (y esperada) noticia en el ámbito de la publicidad digital”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 967, 2020.

²⁹ La remuneración en especie, normalmente, se realizará con la entrega gratuita de bienes o servicios (J. MARTÍNEZ OTERO, “Nuevas formas de publicidad encubierta en las plataformas digitales de internet”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 314, 2019, p. 246). *Vid.*, en relación con la posibilidad de pago no dinerario, J. C. ERDOZAÍN LÓPEZ, “Un análisis somero del fenómeno de los influencers desde la perspectiva de la Ley General Publicitaria y la Ley de Competencia Desleal”, *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, nº 83, 2018, p. 141.

III. Ámbito de aplicación de la normativa española

21. Conocida la normativa española que regula estos supuestos de publicidad encubierta, habrá que saber cuándo va a ser aplicada la misma. En efecto, nuestro supuesto de hecho se ubica en las redes sociales y, con ello, en una dimensión transfronteriza. Así es, la publicidad que realizan l@s influencers puede verse en todo el planeta, l@s seguidores/as pueden encontrarse en todos los países del mundo³⁰. Nos situamos, por tanto, ante supuestos de hecho internacionales por la vinculación que tienen con más de un Estado³¹.

En este contexto de relaciones privadas internacionales debemos preguntarnos en qué casos l@s influencers deberán respetar esta normativa española en materia de publicidad.

22. Las normas que se encargan de regular específicamente las actuaciones transnacionales sí indican en qué casos internacionales van a ser aplicadas. Este es el supuesto de la Ley 13/2022 -Ley general de comunicación audiovisual- y de la Ley 34/2002 -Ley de servicios de la sociedad de la información-.

La primera indica que, en el caso de los prestadores del servicio de intercambio de vídeos a través de plataformas, se aplicará la Ley en los supuestos en los que el operador se encuentre establecido en España de conformidad con la Ley 34/2002, de servicios de la sociedad de la información (art. 3)³². Esta Ley de servicios de la sociedad de la información, a su vez, establece que un prestador de servicios se encuentra establecido en España cuando “*su residencia o domicilio social se encuentren en territorio español, siempre que éstos coincidan con el lugar en que esté efectivamente centralizada la gestión administrativa y la dirección de sus negocios. En otro caso, se atenderá al lugar en que se realice dicha gestión o dirección*” (art. 2.1)³³.

23. El resto de normas mencionadas no especifican nada en relación con su ámbito de aplicación. En estos casos, el criterio para conocer cuándo se tendrán en cuenta es el del mercado afectado.

³⁰ J. MUÑOZ RODRÍGUEZ/N. GONZÁLEZ, “Problemáticas jurídicas de influencers y modelos” en E. ORTEGA BURGOS (coord.), *Fashion Law (Derecho de la moda)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

³¹ *Vid.*, por tod@s, A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Derecho Internacional Privado: Concepto, caracteres, objeto y contenido”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, t. I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 127-135.

³² La norma recoge supuestos específicos cuando el prestador del servicio es una persona jurídica con matriz y filiales. Así, según este mismo precepto 3, “4. *El prestador del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma que no esté establecido en un Estado miembro se considerará establecido en España a efectos de la presente ley cuando dicho prestador:* a) *Tenga una empresa matriz o una empresa filial establecida en España, o b) forme parte de un grupo y otra empresa de ese grupo esté establecida en España. A estos efectos se entenderá por:* 1.º) «Sociedad matriz»: *Una sociedad que controla una o varias empresas filiales.* 2.º) «Empresa filial»: *Una empresa controlada por una sociedad matriz, incluidas las empresas filiales de una empresa matriz de mayor jerarquía.* 3.º) «Grupo»: *Una empresa matriz, todas sus empresas filiales y todas las demás empresas que tengan vínculos organizativos, económicos y jurídicos con ellas.* 5. *A efectos de la aplicación del apartado anterior, cuando la empresa matriz, la empresa filial o las demás empresas del grupo estén establecidas en distintos Estados miembros, se considerará que el prestador del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma está establecido en España si está establecida en España su empresa matriz o, en su defecto, si lo está su empresa filial o, en su defecto, si lo está la otra empresa del grupo.* 6. *A efectos de la aplicación del apartado 5, cuando existan varias empresas filiales y cada una de ellas esté establecida en un Estado miembro diferente, se considerará que el prestador del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma está establecido en España si la filial establecida en España inició su actividad en primer lugar, siempre que mantenga una relación estable y efectiva con la economía de España. Cuando existan varias empresas que formen parte del grupo y cada una de ellas esté establecida en un Estado miembro diferente, se considerará que el prestador del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma está establecido en España si una de dichas empresas inició su actividad en España en primer lugar, siempre que mantenga una relación estable y efectiva con la economía de España”.*

³³ En los siguientes apartados del artículo 2 se contemplan supuestos aclaratorios del primero. De esta manera, “2. *Asimismo, esta Ley será de aplicación a los servicios de la sociedad de la información que los prestadores residentes o domiciliados en otro Estado ofrezcan a través de un establecimiento permanente situado en España. Se considerará que un prestador opera mediante un establecimiento permanente situado en territorio español cuando disponga en el mismo, de forma continuada o habitual, de instalaciones o lugares de trabajo, en los que realice toda o parte de su actividad.* 3. *A los efectos previstos en este artículo, se presumirá que el prestador de servicios está establecido en España cuando el prestador o alguna de sus sucursales se haya inscrito en el Registro Mercantil o en otro registro público español en el que fuera necesaria la inscripción para la adquisición de personalidad jurídica. La utilización de medios tecnológicos situados en España, para la prestación o el acceso al servicio, no servirá como criterio para determinar, por sí solo, el establecimiento en España del prestador”.*

De esta forma, si el mercado afectado es el español, los operadores deberán respetar estas normas de regulación del mismo³⁴.

24. En este punto debemos distinguir entre el contrato que formalicen el anunciante y el/la influencer para la promoción de los productos del primero por parte del segundo y, por otro, el mercado en el que se va a ejecutar dicho negocio jurídico.

Efectivamente, el contrato puede quedar sujeto a la ley que las partes elijan en virtud del artículo 3 Reglamento Roma I -RRI-, aplicable en todos los Estados miembros de la UE con excepción de Dinamarca³⁵. Pero, si la actividad publicitaria se lleva a cabo en el mercado español, deberá respetar las normas españolas que rigen esta materia, independientemente de lo que prescriba el Derecho rector del contrato a estos efectos.

La Ley general de publicidad y la Ley de competencia desleal son normas de policía que deben ser respetadas cuando el mercado de ejecución del contrato publicitario sea España³⁶. En este caso, debemos distinguir dos planos de actuación. Por un lado, la actuación, que podríamos llamar pública, por la que se reclama la vulneración de estas normas reguladoras de la publicidad llevada a cabo por influencers o anunciantes que ofrecen mensajes promocionales en España (art. 8 CC)³⁷. Por otro lado, la actuación privada, iniciada por una de las partes contratantes, por el incumplimiento o nulidad del contrato. En este caso, para saber si la demanda puede tener éxito, habrá que aplicar el Derecho elegido por las partes (art. 3 RRI) o, en su defecto, el ordenamiento rector del contrato según los puntos de conexión subsidiarios del Reglamento Roma I (art. 4 RRI), si el órgano jurisdiccional competente es europeo -excepto, si es danés-. Ese ordenamiento aplicable podría considerar válido el contrato, sin embargo, el tribunal podrá tener en cuenta otras normas para llegar a esta conclusión o a la contraria. Así, en virtud del artículo 9 del Reglamento, la autoridad competente deberá aplicar las leyes de policía del foro y, por otro lado, podrá dar efecto a las leyes de policía del Estado de ejecución de las obligaciones en la medida en que hagan ilegal la ejecución del contrato. Por tanto, si el juez competente se encuentra en España, deberá aplicar las normas españolas mencionadas como leyes de policía del foro. En otro caso, si el juez competente forma parte del Poder Judicial de otro Estado UE -salvo Dinamarca-, podrá dar efecto a estas normas como leyes de policía del país de ejecución del contrato cuando se ha pactado que la publicidad se realice en España³⁸.

IV. Publicidad encubierta

25. Antes de comenzar calificando de ilícita la publicidad que pueden realizar l@s influencers, debemos saber qué se entiende por publicidad. Según el artículo 2 de la Ley general de publicidad, ésta es *“Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones”*.

³⁴ Esta afirmación se deduce del art. 2.1 Ley de competencia desleal.

³⁵ Reglamento (CE) N° 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), DOUE L177, de 4 de julio de 2008.

³⁶ En relación a las normas de policía, *vid.*, por tod@s, A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales I”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, t. II, 2ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 3078-3117.

³⁷ Si bien el artículo 8 del Código Civil indica que *“Las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español”*, se ha de entender que, no se aplican a todos los que se hallen en territorio español, sino a todos los comportamientos que se verifiquen en territorio nacional (A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales I”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, t. II, 2ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, p. 514).

³⁸ *Vid.*, en relación a la existencia de un contrato entre la marca y la influencer puesto de manifiesto en el asunto para concluir que era válido por respetar las normas de publicidad, Resolución del Jurado de AUTOCONTROL, de 13 de enero de 2023, número de asunto 224/R/ Diciembre 2022, Fundamentos Deontológicos 6 y 7.

26. Como vemos, el elemento característico de la publicidad es que conlleva el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional que debe desarrollar el/la anunciante. El objetivo de la publicidad, por otro lado, es claro, la persona física o jurídica, pública o privada, tiene como finalidad promover la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones.

27. Precisamente, este elemento del carácter comercial es el que destacan todas las normas mencionadas para distinguir la publicidad lícita de la ilícita. No su existencia misma, que concurre en los dos tipos de publicidad, sino el hecho de que se manifieste claramente frente al destinatario. Así es, el/la usuari@ debe ser consciente de que se encuentra ante un mensaje publicitario, por eso, si el propio contenido y su ubicación no son claros al respecto, el anunciante deberá incorporar al mismo determinada información para que el/la destinatari@ no tenga dudas de que, efectivamente, se trata de un contenido comercial o publicitario. Recordando el artículo 9 de la Ley general de publicidad, el anunciante debe *desvelar inequívocamente el carácter publicitario de sus anuncios*.

28. En la publicidad encubierta, siendo publicidad, los destinatarios no perciben que se trate de un mensaje comercial. El contexto en el que actúan l@s influencers es propicio para que haya este tipo de publicidad ilícita. En efecto, estas personas utilizan las redes sociales para subir vídeos personales, de su vida diaria. La ubicación -red social propia- y el contenido del mensaje -información personal- no son aptos para que l@s destinatari@s sepan claramente que están ante un contenido publicitario. Destinatari@s que, por otra parte, son seguidores/as del influencer, confían en él y seguirán los consejos que ofrezca en sus vídeos.

29. En un estudio de 750 publicaciones, el 75,46% tenía contenido publicitario y, sólo en el 6,52% de los casos, la influencer indicaba que se trataba de mensajes promocionales; y lo hizo con el hashtag “#ad”³⁹. En otro, en el que se analizaron 758 publicaciones (*post*) desde el 1 de octubre de 2020 al 30 de marzo de 2021, se comprobó que el 83,9% de los contenidos no identificaban el carácter publicitario de los mismos⁴⁰. El porcentaje sube al 95% en otro estudio realizado⁴¹. Estos datos muestran la asiduidad con la que se recurre a la publicidad encubierta en las redes sociales⁴². Se podría decir, por tanto, que se trata de una actividad habitual de l@s influencers.

1. Carácter comercial, no claro y equívoco

30. Como acaba de mencionarse, la publicidad conlleva el ejercicio de una actividad comercial, mediante la cual, se busca conseguir que l@s destinatari@s de la misma compren o soliciten los productos o servicios publicitados.

Como el objetivo de la publicidad es influir en l@s ciudadan@s, el carácter comercial de la misma debe percibirse de forma clara e inequívoca por ellos, esto es, l@s destinatari@s deben saber que están recibiendo un mensaje publicitario (art. 9 Ley general de publicidad, arts. 5, 7 y 26 de la Ley de competencia desleal y art. 20 de la Ley de servicios en la sociedad de la información). Por esta razón, en sentido contrario, se considera ilícita la publicidad que no se identifica como tal por l@s ciudadan@s, la publicidad encubierta⁴³.

³⁹ J. SIXTO-GARCÍA/A. ÁLVAREZ-VÁZQUEZ, “Influencers en Instagram y publicidad engañosa: la necesidad de regular y autorregular”, *Estudios sobre el mensaje periodístico*, vol. 26, nº 4, 2020, p. 1618.

⁴⁰ M. RAMOS GUTIÉRREZ/E. FERNÁNDEZ-BLANCO, “La regulación de la publicidad encubierta en el marketing de influencers para la generación Z. ¿Cumplirán los/as influencers el nuevo Código de conducta de AUTOCONTROL?”, *Revista Prisma Social*, nº 34, p. 81.

⁴¹ L. GONZÁLEZ VAQUÉ, “¿Es preciso legislar a nivel comunitario (UE) de forma armonizada sobre el marketing/publicidad encubierta de los «influencers» en los medios sociales?”, *La Ley Unión Europea*, nº 88, 2021, p. 8.

⁴² *Vid.*, en este sentido, J. MUÑOZ RODRÍGUEZ/N. GONZÁLEZ, “Problemáticas jurídicas de influencers y modelos” en E. ORTEGA BURGOS (coord.), *Fashion Law (Derecho de la moda)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

⁴³ E. GUTIÉRREZ GARCÍA, “La publicidad encubierta a través de los influencers: la urgencia de una regulación”, *Revista de Derecho de la Competencia y a Distribución*, nº 29, julio 2021, p. 5.

31. La publicidad encubierta es un tipo de publicidad engañosa⁴⁴. En ella, el/la influencer promociona el producto o servicio en cuestión sin parecer, a los ojos de l@s destinatari@s, que están ante un mensaje publicitario y, con ello, dotando al contenido de mayor credibilidad y confianza.

Reproduciendo de nuevo el concepto de la Ley general de comunicación audiovisual, publicidad encubierta es aquella que, “*mediante la presentación verbal o visual, directa o indirecta, de bienes, servicios, nombres, marcas o actividades, tenga de manera intencionada un propósito publicitario y pueda inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de dicha presentación* (art. 122.3).

32. Son tres los requisitos que deben concurrir en el mensaje para calificarlo de publicidad encubierta⁴⁵. Por un lado, debe tener finalidad promocional o comercial. En segundo lugar, no debe ser cla-

⁴⁴ E. GUTIÉRREZ GARCÍA, “La publicidad encubierta a través de los influencers: la urgencia de una regulación”, *Revista de Derecho de la Competencia y a Distribución*, nº 29, julio 2021, p. 6; A. TATO PLAZA, “Aspectos jurídicos de la publicidad a través de líderes de opinión en redes sociales (influencers)”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 311, 2019, p. 3.

La publicidad encubierta es publicidad engañosa por la forma, porque engaña en relación con el carácter comercial que tiene y aparenta ser mera información o contenido editorial (A. CASTELLÓ MARTÍNEZ, “La comunicación publicitaria con influencers”, *Redmarka*, núm. 14, 2015, p. 41).

⁴⁵ A. TATO PLAZA, “Aspectos jurídicos de la publicidad a través de líderes de opinión en redes sociales (influencers)”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 311, 2019, p. 3; A. TATO PLAZA/P. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO/C. HERRERA PETRUS, “Actos de engaño y omisiones engañosas”, en *La reforma de la Ley de competencia desleal*, La Ley, Madrid, 2010, p. 133-135; Dictamen de 13 de enero de 2023, número de asunto 225/R/ Diciembre 2022, Fundamento Deontológico 3.

La doctrina incluye un cuarto requisito para calificar la práctica de publicidad encubierta, cual es, que sea apto para influir en el comportamiento económico de los consumidores, ya que, esta exigencia es necesaria para que cualquier acción u omisión sea ilícita en el marco de la Ley de competencia desleal (A. TATO PLAZA/P. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO/C. HERRERA PETRUS, “Actos de engaño y omisiones engañosas”, en *La reforma de la Ley de competencia desleal*, La Ley, Madrid, 2010, p. 135; A.M. TOBÍO RIVAS, “Competencia desleal y publicidad encubierta: recientes desarrollos en la regulación española y de la Unión Europea”, en L.M. MIRANDA SERRANO/J. COSTA COMESAÑA (dirs.), *Derecho de la competencia. Desafíos y cuestiones de actualidad*, Marcial Pons, Madrid, 2018, p. 70).

Hay que diferenciar la publicidad encubierta de la publicidad testimonial. Esta última es aquella que realiza un tercero -influencer, en nuestro caso- emitiendo opinión sobre los productos del anunciante. La principal distinción entre ambas es que, en la testimonial, el tercero interviene en el anuncio que difunde la marca, dando su opinión sobre el producto. En este caso, por la ubicación del contenido, el consumidor lo percibe como procedente del anunciante. En cambio, en el supuesto de la publicidad encubierta, el mensaje es difundido por el propio influencer, en sus redes sociales, creando, con ello, confusión en el destinatario acerca del carácter comercial del mismo (A. TATO PLAZA, “Aspectos jurídicos de la publicidad a través de líderes de opinión en redes sociales (influencers)”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 311, 2019, p. 8).

Vid., en relación con la regulación existente al respecto en Estados Unidos, Federal Trade Commission, 16 CFR Part 255 *Guides concerning the use of endorsements and testimonial in advertising* (<https://www.ecfr.gov/current/title-16/chapter-I/subchapter-B/part-255>). En este sentido, C. C. CARPENTER, “Don’t believe everything you read on twitter -the Federal Trade Commission’s regulation of celebrity endorsements on social media”, *Entertainment Law*, Spring 2012, pp. 1-16; R. TUSHNET, “Attention must be paid: commercial speech, user-generated ads, and the challenge of regulation”, *Buffalo Law Review*, vol. 58, nº 4, 2010, pp. 721-793; E. P. GOODMAN, “Peer promotion and false advertising law”, *South Carolina Law Review*, vol. 58, nº 4, 2007, pp. 683-707; L. GONZÁLEZ VAQUÉ, “¿Es preciso legislar a nivel comunitario (UE) de forma armonizada sobre el marketing/publicidad encubierta de los «influencers» en los medios sociales?”, *La Ley Unión Europea*, nº 88, 2021, pp. 4-6; J. MUÑOZ RODRÍGUEZ/N. GONZÁLEZ, “Problemáticas jurídicas de influencers y modelos” en E. ORTEGA BURGOS (coord.), *Fashion Law (Derecho de la moda)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020. *Vid.*, también, el caso Lord & Taylor, de promoción de la colección de ropa Design Lab 2015 por parte de 50 influencers contratadas por la marca (<https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2016/03/lord-taylor-settles-ftc-charges-it-deceived-consumers-through>).

También habría que distinguir la publicidad encubierta del emplazamiento del producto. Este último está definido en el artículo 129 de la Ley general de comunicación audiovisual como “*toda forma de comunicación comercial audiovisual que incluya, muestre o se refiera a un producto, servicio o marca comercial de manera que figure en un programa o en un vídeo generado por usuarios, a cambio de una remuneración o contraprestación similar*”. El apartado 3 del precepto exige que el emplazamiento del producto cumpla los siguientes requisitos: “*a) No influir en el contenido editorial ni en la organización del horario de programación ni en la del catálogo de una manera que afecte a la responsabilidad e independencia editorial del prestador del servicio de comunicación audiovisual. b) No incitar directamente a la compra o arrendamiento de bienes o servicios ni incluir referencias de promoción concretas a dichos bienes o servicios. c) No conceder una prominencia indebida a los productos de que se trate. d) Identificar que se trata de un emplazamiento de producto al principio, al inicio de cada reanudación posterior a una interrupción y al final del programa cuando dichos programas hayan sido producidos o encargados por el prestador del servicio de comunicación audiovisual o por una de sus filiales*”. Como vemos, una de las principales diferencias entre la publicidad encubierta y el emplazamiento de producto es que, con este, no se incita directamente a la compra o arrendamiento, a diferencia de lo que ocurre con la actividad promocional de la publicidad encubierta. En el emplazamiento de producto hay una simple presencia del producto y en la publicidad encubierta hay una promoción del mismo. Tal como

ramente identificable este carácter mercantil del contenido por parte de l@s destinatari@s del mismo. Y, por último, no debe haber ninguna indicación en el mensaje que aclare la naturaleza comercial del mismo.

A. Finalidad promocional o comercial

33. El ejercicio de una actividad comercial que implica la publicidad, supone que la promoción del producto o servicio se realice, normalmente, a cambio de una remuneración por parte del anunciante. Por ello, un elemento importante para saber si se trata de publicidad es si ha habido contraprestación para el/la influencer. Si la ha habido, ésta será prueba del carácter comercial del mensaje⁴⁶.

34. En este sentido, por ejemplo, en la Resolución del Jurado de AUTOCONTROL, de fecha 7 de octubre de 2022, el influencer pudo probar que no tenía relación profesional con el anunciante y el Jurado rechazó la reclamación por publicidad encubierta contra él⁴⁷. La forma de probarlo fue aportando los recibos de compra de las botellas de un determinado vino -de la bodega de Abadía Retuerta, S.A.-, que era el producto que se veía en segundo plano en un vídeo que el influencer colgó en Instagram mientras cocinaba. La reclamación tenía por objeto la publicidad encubierta que realizaba el líder de opinión del vino en cuestión.

En otro asunto, de 20 de enero de 2023, el Jurado desestima la reclamación porque la marca indica que no hay ninguna relación contractual entre ella y la influencer y porque aquella aporta como prueba las muestras de productos que envió a ésta y la nota en la que no había ninguna solicitud de promoción de los mismos⁴⁸.

35. El Código de conducta de uso de los influencers en la publicidad estipula que habrá contenido publicitario cuando haya un pago u otra contraprestación por parte del anunciante hacia el líder de opinión (norma 3). Al igual que establece el artículo 26 de la Ley de competencia desleal, ya transcrito en otro apartado. Sin embargo, los artículos 5 y 7 de esta última norma no exigen que deba haber una contraprestación por la actividad promocional del influencer.

El Jurado de AUTOCONTROL sigue la práctica consistente en que, cuando no puede probarse la existencia de una contraprestación, analiza la ubicación y el contenido del mensaje para poder encontrar indicios que confirmen el carácter comercial del mensaje. Por lo tanto, aún cuando no haya contraprestación podría calificarse la conducta de publicidad encubierta. En la Resolución comentada de 20 de enero de 2023, se descartó la existencia de relación comercial entre el anunciante y la influencer y, a pesar de ello, a pesar de comprobar que no había habido remuneración, se investigó el contenido del mensaje para comprobar que, al hablar la líder de opinión de productos de otras marcas, además de la del anunciante, no podía calificarse el mensaje de comercial⁴⁹.

recoge la SAN de 11 de noviembre de 2010, refiriéndose a la SAN de 23 de marzo de 2009, “*La diferencia entre publicidad (y en especial la publicidad encubierta) y la mera presentación (“asentamiento” o “emplazamiento”) del producto, reside en que en la publicidad existe una finalidad promocional para la compra del producto por parte del público, mientras que en el “asentamiento” la aparición del producto o servicio de que se trate es sólo eso, una presentación carente de suplementaria carga promocional o apologetica*” (SAN de 11 de noviembre de 2010, ECLI:AN:ES:2010:5064; SAN de 23 de marzo de 2009, ECLI:ES:AN:2009:1685). En el emplazamiento del producto, la mera presentación del artículo en el mensaje es la publicidad, se trata, por tanto, de publicidad indirecta y no directa (A. ASENSI MERÁS, “La licitud de la publicidad a través de influencers o líderes de opinión en redes sociales”, *Actas de Derecho industrial y derecho de autor*, vol. 39, 2018-2019, p. 331). Algunos autores, en cambio, lo consideran publicidad encubierta (A. TATO PLAZA, “Product placement y publicidad encubierta”, *ADI*, 22, 2001, pp. 586-587; A. TATO PLAZA/P. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO/C. HERRERA PETRUS, “Actos de engaño y omisiones engañosas”, en *La reforma de la Ley de competencia desleal*, La Ley, Madrid, 2010, p. 137).

⁴⁶ A. TATO PLAZA/P. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO/C. HERRERA PETRUS, “Actos de engaño y omisiones engañosas”, en *La reforma de la Ley de competencia desleal*, La Ley, Madrid, 2010, p. 134.

⁴⁷ Número de asunto: 157/R/Septiembre 2022

⁴⁸ Resolución de 20 de enero de 2023, número de asunto 243/R/ Diciembre 2022. *Vid.*, en este sentido de rechazar el carácter comercial del mensaje cuando no ha mediado solicitud del anunciante acerca de la promoción del artículo, A. TATO PLAZA, “Aspectos jurídicos de la publicidad a través de líderes de opinión en redes sociales (influencers)”, *Revista de Derecho Mercantil*, n° 311, 2019, p. 4.

⁴⁹ Resolución de 20 de enero de 2023, número de asunto 243/R/ Diciembre 2022.

36. En la anterior Ley general de comunicación audiovisual, la Ley 7/2010, el artículo 2.32 definía la publicidad encubierta como “*La presentación verbal o visual, directa o indirecta, de los bienes, servicios, nombre, marca o actividades de un productor de mercancías o un prestador de servicios en programas de televisión, distinta del emplazamiento del producto, en que tal presentación tenga, de manera intencionada por parte del prestador del servicio de comunicación audiovisual, un propósito publicitario y pueda inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de dicha presentación. Esta presentación se considerará intencionada, en particular, si se hace a cambio de contraprestación a favor del prestador de servicio*”⁵⁰. La parte final del concepto asocia el carácter intencional del propósito publicitario, en particular, con la contraprestación recibida por el productor de mercancías o el prestador de servicios. Dicho con otras palabras, la naturaleza comercial del mensaje no dependía de la remuneración que pudiera recibir el/la influencer, el contenido podría ser publicitario y que no hubiera una contraprestación por ello. Así lo pone de manifiesto, entre otras, una sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre 2018⁵¹. Según esta resolución, “*Con ello queda de manifiesto que para que exista publicidad encubierta no es imprescindible que se acredite la contraprestación; sólo que si se justifica ésta la ley presume la intencionalidad*” (FD Tercero). También, la STJUE, de 9 de junio de 2011, en el caso *Alter Chanel*, se pronuncia en el mismo sentido teniendo en cuenta la Directiva 89/552, cuya transposición fue la Ley 25/1994, antecesora de esta norma 7/2010 y con el mismo contenido en este punto⁵². El Tribunal europeo afirma que “*si bien es cierto que la existencia de una remuneración o de un pago similar constituye un criterio que permite determinar el propósito publicitario de un organismo de radiodifusión televisiva, no obstante, del tenor literal del artículo 1, letra d), de la Directiva 89/552 y de la estructura general y la finalidad de ésta se desprende que no se puede excluir tal propósito a falta de tal remuneración o pago similar*” (apartado 34).

En la actual Ley general de comunicación audiovisual desaparece la referencia a la remuneración como presunción de la intencionalidad del propósito publicitario, permaneciendo prácticamente igual todo lo demás. En este contexto, bajo la aplicación de esta Ley, por tanto, al igual que en el marco de las anteriores, no se hace referencia alguna a la necesidad de que haya remuneración para entender que hay publicidad encubierta. Sin embargo, será lo habitual que la haya⁵³.

37. Por todo lo anterior, puede haber publicidad encubierta sin que haya mediado contraprestación por ella⁵⁴. Y, por otro lado, si ha habido remuneración al influencer, no sería necesario analizar ningún otro elemento para confirmar el carácter comercial del mensaje. Una vez acreditada la naturaleza publicitaria del contenido sí que habrá que estudiar si el/la destinatari@ ha podido percibir clara e inequívocamente que el mensaje tenía esa intención promocional. Y, para ello, habrá que tener en cuenta la ubicación y el contenido y la información que aparezca en el mensaje referida a esta intención.

⁵⁰ Ley 7/2010, de 31 de marzo, general de comunicación audiovisual, BOE núm. 79, de 1 abril 2010.

⁵¹ ECLI:ES:TS:2018:3770.

⁵² STJUE de 9 de junio de 2011, *Alter Chanel*, C-52/10, ECLI:EU:C:2011:374.

Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, BOE núm. 166, de 13 julio 1994.

Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, DO L332, de 18 diciembre 2007.

La STS de 31 de octubre de 2018, antes mencionada, también alude a esta Ley, como transposición de la Directiva 89/552, para confirmar que, en su marco, también la contraprestación sólo era una presunción de la intencionalidad del carácter publicitario del mensaje pero no calificaba la conducta misma como publicidad encubierta (FD Tercero).

⁵³ A. SERRANO ACITORES/L. GARCÍA MARTÍN, “Influencers y prácticas de competencia desleal a través de Instagram”, *La Ley Mercantil*, nº 63, 2019, p. 3; A.M. TOBÍO RIVAS, “Competencia desleal y publicidad encubierta: recientes desarrollos en la regulación española y de la Unión Europea”, en L.M. MIRANDA SERRANO/J. COSTA COMESAÑA (dirs.), *Derecho de la competencia. Desafíos y cuestiones de actualidad*, Marcial Pons, Madrid, 2018, p. 78.

⁵⁴ Es difícil encontrar supuestos en los que el/la influencer promocioe productos de una marca y no reciba remuneración alguna, ni dineraria ni en especie. Podríamos pensar, por ejemplo, en el caso en el que no exista ese pago hasta que el/la prescriptor/a alcance determinado número de followers o de ventas (en relación con la vinculación de la retribución al número de ventas, *vid.*, S. BATANÁS RODRÍGUEZ, “Publicidad en redes sociales: la actividad de los influencers”, en R. PEREA ORTEGA (coord.), *Estudios de derecho digital*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, p. 386). En este supuesto, la actividad promocional la realizaría a cambio de nada y, sólo cuando consiguiese ese número de followers o de ventas -y si l@s consigue-, el influencer empezaría a recibir una contraprestación por la publicidad que hiciera a partir de ese momento.

B. Elementos que transmiten el carácter comercial del mensaje

38. La existencia de una relación contractual entre anunciante e influencer se podrá investigar y conocer, a posteriori, cuando se inicie un procedimiento o una reclamación por vulneración de las normas de publicidad. Sin embargo, el carácter comercial de mensaje debe aparecer claro e inequívoco para el/la destinatari@ del mismo, a priori, desde el momento en que lo visualiza⁵⁵.

En este sentido, lo que realmente va a ayudar al follower a saber que se encuentra ante un mensaje publicitario son otros elementos relacionados con la ubicación y el contenido de la información⁵⁶. Si estos factores permiten deducir, por si solos, el carácter comercial del mensaje, la publicidad será lícita. Si no es así, el/la influencer deberá añadir información suficiente para dar a conocer al destinatario esta naturaleza promocional. Y, en este caso, si no lo hace, la publicidad será calificada de ilícita por ser encubierta.

39. Las Resoluciones y Dictámenes del Jurado de AUTOCONTROL así lo establecen, recogen estos elementos como indicios en este sentido⁵⁷. Así, por ejemplo, si el contenido se encuentra en las redes sociales del influencer, ese contexto no es adecuado para que el/la destinatari@ del mismo sepa claramente que se trata de un mensaje comercial. A diferencia de lo que ocurriría si el mensaje estuviera en la página web del anunciante⁵⁸.

En cuanto al contenido, estas Resoluciones indican que los mensajes que ofrecen l@s influencers, insertándolos en el relato de episodios de su vida personal, no son claros para que el/la destinatari@ de los mismos sea consciente de que se encuentra ante la promoción de un producto y no ante una opinión personal del líder de opinión⁵⁹.

Así, en la Resolución de 15 de septiembre de 2022 se recogen estos elementos de estudio de manera muy clara⁶⁰. Merece la pena reproducir lo dicho por el Jurado en la misma: “*Por un lado, como*

⁵⁵ Vid., en este sentido, J. MARTÍNEZ OTERO, “Nuevas formas de publicidad encubierta en las plataformas digitales de internet”, *Revista de Derecho Mercantil*, n° 314, 2019, p. 246.

⁵⁶ Algunos autores mencionan el origen y el contenido del mensaje como indicios para conocer el carácter publicitario del mismo (A. TATO PLAZA, “Aspectos jurídicos de la publicidad a través de líderes de opinión en redes sociales (influencers)”, *Revista de Derecho Mercantil*, n° 311, 2019, p. 4; A. TATO PLAZA/P. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO/C. HERRERA PETRUS, “Actos de engaño y omisiones engañosas”, en *La reforma de la Ley de competencia desleal*, La Ley, Madrid, 2010, p. 134). En relación con lo primero, si el anunciante es quien ha proporcionado el mensaje al influencer para su difusión, por ejemplo. Respecto del contenido, si el/la influencer sólo muestra el producto de esa marca y el mensaje no es mínimamente crítico con él (Véase, en este sentido, Resolución del Jurado de AUTOCONTROL, de 20 de enero de 2023, número de asunto 243/R/ Diciembre 2022. En ella, el Jurado, en defecto de prueba de contraprestación económica, considera que el hecho de que la influencer haga referencia, no sólo a los productos del anunciante -LVMH-, sino, también, a productos de otras marcas, es un elemento que lleva a la conclusión de que el mensaje no tiene carácter publicitario).

Respecto del contenido, pueden mencionarse otros indicios como *la insistencia en la marca; la forma de presentación de la misma; la invitación directa o indirecta a adquirir un determinado producto; o la presencia o ausencia de jurídicos negativos que contrapesen los positivos* o el hecho de que, en un corto periodo de tiempo, otr@s influencers también ofrezcan mensajes del mismo tipo sobre el mismo producto (J. MARTÍNEZ OTERO, “Nuevas formas de publicidad encubierta en las plataformas digitales de internet”, *Revista de Derecho Mercantil*, n° 314, 2019, p. 246).

Véase, en este sentido, Resolución del Jurado de AUTOCONTROL, de 20 de enero de 2023, número de asunto 243/R/ Diciembre 2022. En ella, el Jurado, en defecto de prueba de contraprestación económica, considera que el hecho de que la influencer haga referencia, no sólo a los productos del anunciante -LVMH-, sino, también, a productos de otras marcas, es un elemento que lleva a la conclusión de que el mensaje no tiene carácter publicitario.

⁵⁷ Entre otr@s, Dictamen de 13 de enero de 2023, número de asunto 225/R/ Diciembre 2022, Fundamento Deontológico 6; Resolución de 16 de diciembre de 2022, número de asunto 204/R/ Noviembre 2022, Fundamento Deontológico 4; Resolución de 28 de octubre de 2022, Número de asunto: 176/R/Octubre 2022, Fundamento Deontológico 5; Resolución de 15 de septiembre de 2022, número de asunto: 132/R/ Agosto 2022, Fundamento Deontológico 4.

⁵⁸ En relación a la ubicación, si el mensaje se encuentra en la página web del anunciante o en sus redes sociales se puede deducir sin ninguna duda que se trata de publicidad (Dictamen del Jurado de AUTOCONTROL, de 13 de enero de 2023, número de asunto 222/R/ Diciembre 2022).

⁵⁹ En cuanto al contenido del mensaje, por ejemplo, si se trata de un *post* en el que, como en otras ocasiones anteriores, el/la influencer habla de su vida personal y, entre medias, *cuela* referencias a una marca, no queda claro e inequívoco que el mensaje sea publicitario (Dictamen del Jurado de AUTOCONTROL, de 13 de enero de 2023, número de asunto 222/R/ Diciembre 2022). Vid., también, en este sentido, Resolución de 24 de febrero de 2023, número de asunto 35/R/ Febrero 2023; Dictamen de 24 de febrero de 2023, número de asunto 19/R/ Febrero 2023.

⁶⁰ Número de asunto: 132/R/ Agosto 2022, Fundamento Deontológico 4.

ha podido comprobar este Jurado, no nos encontramos ante un mensaje que se inserte en medios propios del anunciante (como podrían ser la página web de Bimbo o redes sociales de esta empresa). Por el contrario, estamos ante un mensaje que se incluye en la propia red social de Patricia Conde, junto con otras imágenes personales de su vida y actividad cotidiana. En consecuencia, su ubicación no permite apreciar a simple vista que se trata de publicidad. Antes bien, su ubicación lleva a pensar que se trata de una opinión o experiencia más que la presentadora difunde en su red social con el fin de compartirla con sus seguidores. Por otro lado, el contenido, una vez que el destinatario accede a la publicación, no resulta tampoco claro en cuanto a su carácter publicitario. Al contrario, en la medida en que la presentadora realiza estas menciones en su red social de Instagram, alterna opiniones, sensaciones y reflexiones personales con las ventajas que los productos Bimbo Sin Gluten que aparecen en las imágenes tienen para los celíacos, así como hashtags con la marca de los mismos, tratando de integrar las menciones publicitarias como parte natural del contenido editorial de sus publicaciones. A modo de ejemplo, la reclamada, se dirige a los destinatarios para compartir la siguiente reflexión: “Todos los celíacos sabemos lo difícil que es encontrar un pan sin gluten [sic.] tierno y rico. Si no habéis probado el pan de molde sin gluten de Bimbo® no sé a q [sic.] estáis esperando! Yo utilizo en el desayuno, para mis snacks, mis meriendas y para hacerme unos sándwiches ricos ricos como éste”; también recomienda una receta mediante la mención: “Aquí os dejo los ingredientes: Pan de Molde Bimbo® tostado. Mayonesa o salsa tártara. Rúcula. Aguacate en rodajas. Salmón ahumado. Cebolla morada. Semillas de sésamo”; y termina con las alusiones a “@Bimboesp”, “#disfrutasingluten” y “#sándwichsingluten”. De esta manera, resulta evidente que las menciones a la marca promocionada se entremezclan en este caso con reflexiones personales sobre la dificultad que tienen las personas que sufren de celiaquía para encontrar pan de molde sin gluten, y con otros contenidos como la recomendación de una receta. De este modo, la naturaleza publicitaria de aquellas menciones no es fácilmente perceptible ni identificable por un consumidor medio, que puede pensar que se trata de una opinión más de las que la influencer publica en su cuenta. En consecuencia, dado que en el caso que nos ocupa la naturaleza publicitaria de la publicación realizada por Patricia Conde no puede ser identificada por el público destinatario a primera vista de forma clara e inequívoca, resulta necesaria, tal y como obliga la norma 5 del Código de influencers, la inserción de una advertencia expresa y adecuada que informe del propósito promocional”.

40. Elementos que transmiten el carácter comercial del contenido del influencer pueden ser la forma de presentación del producto, entre otros⁶¹. En este sentido, por ejemplo, una foto de estudio de una influencer en la que aparece sonriendo y mostrando, en primer plano, un champú con su brazo extendido puede considerarse claramente un mensaje publicitario⁶². Otros pueden ser, por ejemplo, que el/la influencer sólo hable de un concreto producto y no alegue ningún aspecto negativo del mismo⁶³. O, también, la insistencia en la marca o la invitación directa o indirecta a adquirir un determinado producto⁶⁴. Por el contrario, la comparación objetiva de productos de diferentes marcas es un indicio en contra del carácter comercial del contenido⁶⁵.

⁶¹ J. MARTÍNEZ OTERO, “Nuevas formas de publicidad encubierta en las plataformas digitales de internet”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 314, 2019, p. 247.

⁶² Ejemplo obtenido de J. MARTÍNEZ OTERO, “Nuevas formas de publicidad encubierta en las plataformas digitales de internet”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 314, 2019, p. 247.

⁶³ A. TATO PLAZA, “Aspectos jurídicos de la publicidad a través de líderes de opinión en redes sociales (influencers)”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 311, 2019, p. 4; A. TATO PLAZA/P. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO/C. HERRERA PETRUS, “Actos de engaño y omisiones engañosas”, en *La reforma de la Ley de competencia desleal*, La Ley, Madrid, 2010, p. 134. En relación con no mencionar ningún aspecto negativo del producto, *vid.*, también, J. MARTÍNEZ OTERO, “Nuevas formas de publicidad encubierta en las plataformas digitales de internet”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 314, 2019, p. 246.

⁶⁴ J. MARTÍNEZ OTERO, “Nuevas formas de publicidad encubierta en las plataformas digitales de internet”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 314, 2019, p. 246.

⁶⁵ J. C. ERDOZAÍN LÓPEZ, “Un análisis somero del fenómeno de los influencers desde la perspectiva de la Ley General Publicitaria y la Ley de Competencia Desleal”, *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, nº 83, 2018, p. 139

41. Resumiendo lo recogido en este apartado, en la Resolución, ya comentada, de 20 de enero de 2023, el Jurado aclara que *“para la determinación del carácter publicitario de una publicación, la existencia de una contraprestación económica entre la empresa anunciante y el influencer responsable de la publicación es un indicio suficiente para determinar el carácter publicitario de la acción. En caso contrario, y ante la ausencia de prueba que acredite la existencia de contraprestación económica, también se puede llegar a esta conclusión analizando las circunstancias específicas del mensaje difundido – tales como el contenido publicado o la ubicación del mensaje – para determinar si el mismo carece de justificación editorial y persigue, por tanto, un fin única y exclusivamente publicitario”* (Fundamento Deontológico 5)⁶⁶.

Desde la perspectiva del destinatario, estos elementos relacionados con la ubicación del mensaje y su contenido es lo que puede transmitir claramente, o no, la naturaleza comercial del mensaje. En el caso de que estos factores no permitan hacer saber claramente al follower que se encuentra ante un mensaje promocional -como ocurrirá en la mayoría de las ocasiones- el/la influencer deberá incorporar al contenido información para aclarar la naturaleza publicitaria del mensaje⁶⁷.

C. Información que aclare el carácter comercial

42. En los supuestos en los que la ubicación y el contenido del mensaje no indiquen claramente que se trata de la promoción de un producto o servicio, el/la influencer debe introducir la información necesaria en el contenido para que su carácter promocional quede claro e inequívoco.

43. La norma 5 del Código de conducta sobre el uso de *influencers* en la publicidad ayuda al operador a saber cómo informar al destinatario del carácter comercial de su mensaje. Según esta norma *“a. A tal fin se recomienda usar indicaciones genéricas claras tales como “publicidad”, “publi”, “en colaboración con” o “patrocinado por”, o alternativamente descriptivas en función de la concreta colaboración de que se trate (por ejemplo, “Embajador de [marca]”, “Gracias a [marca]”, “Regalo de [marca]”, “Viaje patrocinado”, etc.). b. Por el contrario, se desaconsejan indicaciones genéricas (tipo “información”, “legal” o similar), indicaciones que requieran una acción por parte del usuario (por ejemplo, hacer clic), e indicaciones poco claras (tales como “Colab”, “Sponso” o “sp”). c. La indicación relativa a la naturaleza publicitaria de la mención o contenido debe mantenerse o añadirse cuando el influencer comparte o “repostea” el contenido sujeto a este Código en otras redes, plataformas o páginas web”*⁶⁸.

Algunas redes sociales, como Instagram, ofrecen herramientas a los usuarios para poder calificar una publicación como *contenido promocionado*⁶⁹.

44. En el caso resuelto por el Jurado de AUTOCONTROL, con fecha 13 de enero de 2023, se alude expresamente a esta norma 5 para concluir que la influencer en cuestión no utiliza ninguna de estas prescripciones para hacer saber el carácter promocional de su mensaje⁷⁰. En este supuesto, de una líder de opinión que proponía una receta con jamón de una determinada marca, el anunciante contestó a la reclamación aportando el contrato con la influencer en el que se decía que ella debía dejar claro en el

⁶⁶ Resolución del Jurado de AUTOCONTROL, de 20 de enero de 2023, número de asunto 243/R/ Diciembre 2022.

⁶⁷ Algunos anunciantes consideran que el grado de madurez de las redes sociales permite a los usuarios distinguir cuándo están ante un mensaje publicitario sin necesidad de aportar información al respecto (L. GONZÁLEZ VAQUÉ, “¿Es preciso legislar a nivel comunitario (UE) de forma armonizada sobre el marketing/publicidad encubierta de los «influencers» en los medios sociales?”, *La Ley Unión Europea*, n° 88, 2021, p. 8).

⁶⁸ En relación con la necesidad de que el destinatario pinche en un link para llegar a la información acerca del carácter publicitario del mensaje, *vid.*, A. TATO PLAZA, “Aspectos jurídicos de la publicidad a través de líderes de opinión en redes sociales (influencers)”, *Revista de Derecho Mercantil*, n° 311, 2019, p. 7.

⁶⁹ J. MUÑOZ RODRÍGUEZ/N. GONZÁLEZ, “Problemáticas jurídicas de influencers y modelos” en E. ORTEGA BURGOS (coord.), *Fashion Law (Derecho de la moda)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020; A. SERRANO ACITORES/L. GARCÍA MARTÍN, “Influencers y prácticas de competencia desleal a través de Instagram”, *La Ley Mercantil*, n° 63, 2019, p. 8).

⁷⁰ Resolución de 13 de enero de 2023, número de asunto 224/R/ Diciembre 2022

mensaje que se trataba de contenido publicitario. Por lo anterior, el anunciante quedó exento de responsabilidad en el asunto; no así, la influencer⁷¹.

45. No es relevante sólo que haya información acerca del carácter promocional del mensaje, es importante, también, que esta aclaración se encuentre en un lugar apto para que el/la usuari@ la vea desde el principio y sepa, por tanto, desde el primer momento que se encuentra ante un contenido comercial⁷².

De esta manera, por ejemplo, en el caso contra la actriz e influencer María Castro, se consideró que el contenido que subió a Instagram, en el que se aludía a Coca Cola, no quedaba claro e inequívoco que se tratara de un mensaje publicitario⁷³. En este asunto, la influencer alegó que se había olvidado de incorporar “#publi”, para que quedara nítido el carácter publicitario del mensaje y lo añadió después de presentada la reclamación. El hashtag “#publi”, que introdujo en el mensaje, aparece al final del contenido. Esta ubicación, hizo concluir al Jurado que, además de que el/la destinatari@ no sabe desde el principio que se trata de un mensaje publicitario, la posición de esta información al final puede suponer que tampoco lo sepa después, por pasar desapercibido para él/ella.

46. Igualmente, si la información acerca del carácter publicitario aparece diluida junto con otros mensajes, etiquetas o hashtags, también puede pasar inadvertido para el/la destinatari@ y podría no considerarse adecuada para este propósito de informar acerca del contenido comercial del mensaje⁷⁴.

47. Como ya se ha mencionado antes, la ubicación y la inmediatez de esta información es fundamental para concluir que se trata, o no, de publicidad encubierta. Así, en la Resolución del Jurado de AUTOCONTROL, de 22 de julio de 2022, se consideró que *“la ubicación de la advertencia no permite al público destinatario identificar de forma clara, inmediata e inequívoca la naturaleza publicitaria del post. En efecto, el hashtag contenido en la publicidad reclamada no se incluye de manera inmediata, junto al título de la publicación o al inicio de los mensajes, de manera que el destinatario conozca desde el primer momento que se trata de un contenido publicitario, sino que aparece en último lugar, debiendo el destinatario hacer clic en “ver más” para acceder al mismo, con un elevado riesgo de que pase fácilmente desapercibido. Así, en función del dispositivo a través del cual el usuario acceda a la red social, la advertencia puede no resultar legible, como es el caso de acceder a través de un teléfono móvil, como el particular reclamante. En ese caso, para poder leer el resto del texto descriptivo deberá producirse una conducta activa por su parte (pinchando en el enlace “ver más”) en contra de lo recomendado por el Código. En este punto, cabe recordar que el Código de influencers va más allá a la hora de recomendar una ubicación de la identificación del contenido publicitario, aconsejando, para el supuesto particular de Instagram, “incluir la palabra o etiqueta identificativa en el título encima de la foto o al inicio del texto que se muestra. Si únicamente se ve una imagen, la propia imagen debe incluir la palabra o etiqueta identificativa al inicio del mensaje. También puede utilizarse la etiqueta identificativa de la publicidad establecida por la propia plataforma (“Paid partnership tag”)”⁷⁵.*

En otro caso, en el que también había que pinchar en un enlace para ir a la información “#publi”, el Jurado indica que se infringe la norma 5 del Código de conducta sobre el uso de influencers en la publicidad al no resultar una indicación o advertencia *inmediata*⁷⁶. La norma 5 del Código establece que *“En aquellos casos en los que dicha naturaleza publicitaria no sea clara y manifiesta a la vista de la propia mención o contenido, se deberá incluir una indicación explícita, inmediata y adecuada al medio y mensaje sobre la naturaleza publicitaria de tales menciones o contenidos”*.

⁷¹ Dictamen del Jurado de AUTOCONTROL, de 13 de enero de 2023, número de asunto 225/R/ Diciembre 2022.

⁷² A. TATO PLAZA, “Aspectos jurídicos de la publicidad a través de líderes de opinión en redes sociales (influencers)”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 311, 2019, p. 7.

⁷³ Resolución de 16 de diciembre de 2022, número de asunto 204/R/ Noviembre 2022.

⁷⁴ A. TATO PLAZA, “Aspectos jurídicos de la publicidad a través de líderes de opinión en redes sociales (influencers)”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 311, 2019, p. 7.

⁷⁵ Número de asunto: 107/R/ Julio 2022, Fundamento Deontológico 4.

⁷⁶ Resolución de 15 de septiembre de 2022, número de asunto 132/R/ Agosto 2022, Fundamento Deontológico 5.

2. Consumidor medio

48. Que el objetivo promocional sea claro y, por tanto, apreciable por el/la destinatari@, implica identificar a este follower medio, que se tomará como referencia para conocer si, efectivamente, el mensaje es transparente o no al respecto.

En este sentido, se alude al consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz⁷⁷.

49. El Código de conducta sobre el uso de influencers en la publicidad define más concretamente al consumidor medio en este contexto de las redes sociales. Según este texto, “*en ausencia de un perfil objetivamente definido, se entenderá como perfil medio del consumidor habituado a seguir a un “influencer”, a aquel consumidor activo y conocedor de las nuevas tecnologías de la información, normalmente atento e informado, con capacidad suficiente para el acceso y comprensión de los medios digitales y la autonomía de buscar, discriminar y adaptar los contenidos de la red en su proceso de navegación en función de sus gustos o intereses*” (norma 6).

V. Otros casos resueltos por el jurado de autocontrol en el último año

50. En un asunto, de fecha 28 de octubre de 2022, una influencer, en la red social Instagram, se muestra cerca de la cámara con un serum Biotherm de L’Oréal y con los hashtag “#Embajadora” y “#Biotherm”⁷⁸. En este caso, el Jurado afirma el carácter publicitario del contenido audiovisual y se desestima la consideración de encubierta de la publicidad al aparecer los hashtags mencionados, los cuales, no pueden hacer pensar al consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, que se trata de un mensaje objetivo y no comercial. Sin embargo, sí considera que hay publicidad encubierta porque en el *story* no se hace referencia alguna al carácter publicitario del contenido.

Dice el Jurado, en relación con el *story*, que “*comparte aquí la opinión del reclamante en cuanto a que nos encontramos ante un supuesto de publicidad encubierta, toda vez que la naturaleza publicitaria del mensaje no resulta por sí sola clara y manifiesta por circunstancias tales como el contenido o la ubicación del mensaje ni se incluye ningún elemento que permita identificar dicho contenido como publicitario*” (Fundamento Deontológico 5).

51. En otro asunto, de fecha 16 de marzo de 2023, se reclama que la influencer Marta Simón ha realizado publicidad encubierta de Cera Cleanser de la marca Biotherm de L’Oreal⁷⁹. Tanto la influencer como la marca alegan que no existe relación contractual entre ellas y que la primera no ha recibido ninguna remuneración por la segunda. También indican que la líder de opinión forma parte de una plataforma de probadoras, que pone en contacto de manera indirecta a los anunciantes con los consumidores, en la que opina acerca de determinados productos que utiliza y que previamente ha seleccionado en función a sus gustos. Con todo ello, el Jurado descarta el carácter comercial del mensaje.

52. En la mayoría de los casos mencionados a lo largo del trabajo, el Jurado de AUTOCONTROL indica que “*se incurre en un supuesto de publicidad encubierta incompatible con la norma citada*”

⁷⁷ Resolución de 28 de octubre de 2022, número de asunto 176/R/ Octubre 2022, Fundamento Deontológico 4. *Vid.*, también, entre otras, STS 433/2013, de 28 de junio, ECLI:ES:TS:2013:3869, en relación la infracción de una marca; STJCE de 16 de julio de 1998, *Gut Springenheide*, C-210/96, ECLI:EU:C:1998:369; STJCE de 13 de enero de 2000, *Estée Lauder*, C-220/98, ECLI:EU:C:2000:8; STJUE de 24 de octubre de 2002, *Gottfried Linhart*, C-99/01, ECLI:EU:C:2002:618.

Vid., también, L. GONZÁLEZ VAQUÉ, “La noción de consumidor medio según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Revista de Derecho comunitario europeo*, nº 17, 2004, pp. 47-81; M. SÁNCHEZ RUIZ, “Publicidad desleal (II). Engaño y encubrimiento publicitarios”, en E. LÁZARO SÁNCHEZ (coord.), *Derecho de la publicidad*, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 166-167.

⁷⁸ Número de asunto: 176/R/Octubre 2022

⁷⁹ Número de asunto 55/R/Marzo 2023.

[art. 9 de la Ley general de publicidad] *cuando concurren los dos siguientes presupuestos. Primero, el mensaje difundido ha de tener una finalidad publicitaria. Segundo, ésta ha de permanecer oculta, de suerte que el mensaje se presente ante los ojos de los consumidores como un mensaje de naturaleza diferente, induciéndoles así a error sobre el valor y la naturaleza de la información proporcionada*".

53. Como vemos, lo que determina que la publicidad sea lícita es que el carácter comercial de la misma sea percibido por el/la destinatari@ de manera clara e inequívoca. En este sentido, hay mensajes que, por su contenido o ubicación, se aprecian de manera clara como publicitarios y no es necesario especificar que lo son. Sin embargo, hay otros, como la mayoría de los de l@s influencers, que, por su contenido, eminentemente personal, y por su ubicación, en redes sociales propias del profesional, no indican claramente que se trata de mensajes publicitarios y pueden confundir al destinatario haciéndole pensar que está ante un mensaje objetivo y personal del creador de tendencias. En estos casos, es necesario que se añada información para dejar claro el carácter comercial del contenido. Información como la que recoge la norma 5 del Código sobre el uso de influencers en la publicidad, palabras o expresiones como "publicidad", "publi", "en colaboración con", "patrocinado por", "embajador de", "gracias a", "regalo de", "viaje patrocinado", etc.

Con estas prescripciones, el follower medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, sabrá que se encuentra ante un contenido publicitario y actuará en consecuencia.

VI. Conclusiones

54. La publicidad encubierta es ilícita por ser engañosa. Con ella, el carácter comercial del mensaje no se percibe clara e inequívocamente por parte del destinatario del mismo. La ubicación y el contenido son elementos que, por sí solos, podrían transmitir la naturaleza promocional del mensaje pero que, en el caso de l@s influencers, pueden generar dudas al respecto. La ubicación en la página web del anunciante, por ejemplo, y el contenido claramente publicitario del mensaje, son indicios suficientes para considerar que el contenido es promocional. En sentido contrario, la ubicación en la red social del influencer y el contenido consistente en compartir historias de la vida privada del prescriptor, no son indicios en este sentido. Por esta razón, en la mayoría de los supuestos de actividad promocional del influencer, y con el objetivo de que esta sea percibida clara e inequívocamente por l@s destinatari@s, el mensaje debe tener información acerca de este propósito promocional. Habrá casos, no obstante, en menor número, eso sí, en los que, por el contenido, sea evidente que el influencer está publicitando un producto pero, en la mayoría de los supuestos, la promoción del artículo pasará prácticamente inadvertida para el/la destinatari@, porque precisamente esta sutileza es la que genera confianza en el/la follower y aumenta las ventas.

55. Cuando se inicia un procedimiento por infracción de las normas de publicidad y se alega que el/la influencer ha realizado publicidad encubierta, lo primero que se ha de determinar es si el mensaje tiene carácter comercial. Este carácter mercantil puede determinarse con la prueba de la existencia de una remuneración recibida por el/la influencer por parte del anunciante. En defecto de esta prueba, se podrá sostener que el mensaje tiene este propósito publicitario cuando pueda deducirse clara e inequívocamente de la ubicación y el contenido del mensaje.

Una vez comprobada la naturaleza mercantil del mensaje, se deberá determinar si ésta ha podido ser conocida por el/la destinatari@ del mismo desde el primer momento. Si, como decíamos, la ubicación y el contenido indican por sí solos este carácter, la publicidad será lícita y no encubierta. Si no es así, en el mensaje el/la influencer ha debido incorporar información acerca de este carácter mercantil para que su actividad promocional se considere lícita y no encubierta. Información como el hashtag "#publi", entre otros.

56. La publicidad encubierta de l@s influencers afecta al consumidor y a los competidores, afecta al mercado en general. En relación con el primero, esta actividad de l@s creadores de tendencias

es un engaño para l@s seguidor@s, quienes, pensando que se encuentran ante una opinión personal de aquell@s, comprarán el producto en mayor medida al creerse ante un artículo que realmente consume su líder. Respecto de los competidores, la publicidad encubierta es competencia desleal para con el resto de operadores que están compitiendo en el mercado con el anunciante.

Por aquel y por estos, es necesario cumplir con las normas y no incurrir en estas prácticas que dañan a l@s ciudadan@s. L@s influencers deben pensar en sus seguidores, en no engañarles, porque, si bien, gracias a ell@s han llegado a ser líderes de opinión y creadores de tendencias, también, gracias a ell@s, pueden dejar de serlo en cualquier momento.

El divorcio notarial español a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

The Spanish notarial divorce in the light of the Court of Justice of European Union

M.^a ÁNGELES RODRÍGUEZ VÁZQUEZ

*Profesora Titular de Derecho internacional privado
Universidad de Sevilla*

ORCID ID: 0000-0003-3616-1079

Recibido: 30.05.2023 / Aceptado: 19.06.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.8081

Resumen: El TJUE en la Sentencia de 15 de noviembre de 2022, asunto C-646/20, *Senatsverwaltung für Inneres und Sport, Standesamtsaufsicht*, ha afirmado que la disolución de un matrimonio en virtud del art. 12 del Decreto Ley italiano núm. 132 de 12 de septiembre de 2014, constituye una “resolución judicial” relativa al divorcio a los efectos del Reglamento 2201/2003. El Tribunal interpreta los dos elementos que deben cumplirse para que una decisión sobre divorcio no judicial sea considerada como “resolución”. En el presente trabajo se analiza como esos elementos se cumplen en las escrituras de divorcio autorizadas por notarios españoles y se estudia la nueva regulación del Reglamento 2019/1111 sobre la eficacia extraterritorial de los documentos públicos y acuerdos.

Palabras clave: divorcio no judicial, resolución, reconocimiento, Reglamento 2201/2003, Reglamento 2019/1111.

Abstract: In the Judgment of 15 November 2022, in case C-646/20, *Senatsverwaltung für Inneres und Sport, Standesamtsaufsicht*, the Court of Justice of the European Union establishes that the dissolution of a marriage on the basis of Article 12 of Italian Decree-Law No 132/2014 constitutes a “judgment” within the meaning of article 2 of Regulation 2201/2003. The Court interprets the two elements that must be met for a non-judicial divorce decision to be considered a “judgment”. This paper analyzes how these elements are fulfilled in the Spanish notarial divorces and the new rules of the Regulation 2019/1111 on recognition and enforcement of authentic instruments and agreements.

Keywords: non judicial divorce, judgment, recognition, Regulation 2201/2003, Regulation 2019/1111.

Sumario: I. Introducción. II. Las premisas para el reconocimiento del divorcio extrajudicial como “resolución judicial”. Su aplicación al divorcio notarial español. 1. La autoridad extrajudicial debe tener competencias en materia de divorcio. El concepto amplio de “órgano jurisdiccional”. 2. La autoridad extrajudicial debe realizar un control sobre el fondo III. Las respuestas del Reglamento 2019/1111 al divorcio extrajudicial. 1. Las nociones de “resolución”, “documento público” y “acuerdo”. 2. La regulación de la eficacia de los documentos públicos y acuerdos por asimilación a la de las resoluciones judiciales. IV. Conclusiones.

* Esta publicación es parte del Proyecto I+D+I PID 2020-113444RB-I00 “Matrimonio y otros modelos familiares: crisis y protección de menores en un contexto de creciente migración”, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033

I. Introducción

1. En un corto espacio de tiempo hemos asistido en el ámbito europeo a una progresiva “desjudicialización del divorcio” en algunos de los Estados miembros (entre otros, España, Francia, Italia, Grecia o Portugal). No obstante, hay que reconocer que son muchas las diferencias entre las distintas legislaciones estatales sobre qué autoridad puede autorizar este divorcio (notario, funcionario, encargado del Registro civil...); si está permitido en el supuesto de que existan hijos menores de edad (el caso, por ejemplo, de Grecia o Portugal) o la función que desempeña la autoridad interviniente (con carácter decisorio o como mera fedataria)¹. Además, hay que tener presente que en la mayoría de ocasiones puede que también se hayan resuelto otras cuestiones conexas como puede ser la liquidación del régimen económico matrimonial o la pensión compensatoria entre los cónyuges.

2. Desde la perspectiva del Derecho internacional privado una de las principales cuestiones que plantea esta nueva forma de disolución de vínculo matrimonial es la de su reconocimiento en otro Estado miembro, cuestión de vital importancia en un espacio con libre circulación de personas, al tratarse de un acto que afecta al estado civil. Se plantea pues la interrogante de saber si las normas europeas dan respuesta a esta nueva realidad y, en caso de respuesta afirmativa, cómo se solicita dicha eficacia extraterritorial.

3. Durante la vigencia del Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000², el interrogante que se ha suscitado es cómo debe reconocerse el acuerdo extrajudicial de divorcio, si como “resolución judicial”, beneficiándose, por tanto, de la regla del reconocimiento automático (art. 21), o si como “documento público”, debiéndose aplicar el art. 46. Ahora bien, esta segunda hipótesis entraña no pocas dificultades al referirse la disposición sólo a “documentos públicos y acuerdos con fuerza ejecutiva”³. Nos encontramos ante el problema de la calificación de esas decisiones y muestra de ello es que en dos asuntos distintos se ha preguntado de forma idéntica al TJUE esta cuestión en relación con el divorcio extrajudicial del Derecho italiano (asunto C-646/20)⁴ y con el regulado en el Derecho español (asunto C-304/22)⁵.

¹ Para un estudio de Derecho comparado vid. N. MARCHAL ESCALONA, *El divorcio no judicial en Derecho internacional privado español*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 21-40. Sobre las diferencias entre las legislaciones de los Estados miembros, entre otros, E. D’ALESSANDRO, “The impact of private divorces on EU Private International Law”, en J. SCHERPE Y E. BARGELLI (EDS), *The interaction between family law, succession and Private International Law*, Intersentia, 2021, pp. 59-75; C. HONORATI Y S. BERNASCONI, “L’efficacia cross-border degli accordi stragiudiziali in materia familiare tra i Regolamenti Bruxelles II-bis e Bruxelles II-ter”, *Rivista trimestrale on line sullo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*, núm. 2, 2020, pp. 30-32; V. LAZIZ Y I. PRETELLI, “Revised recognition and enforcement procedures in Regulation Brussels II ter”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XXII, 2020-2021, pp. 160-164.

² DO L 338, de 23 de diciembre de 2003.

³ El art. 46 del Reglamento 2201/2003 no contiene definición alguna de lo que debe entenderse por documento público limitándose a señalar que “los documentos públicos con fuerza ejecutiva formalizados o registrados en un Estado miembro, así como los acuerdos entre las partes que tengan fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen, serán reconocidos y se dotarán de fuerza ejecutiva en las mismas condiciones que las resoluciones judiciales”. La aplicación de esta disposición a la materia matrimonial ha suscitado distintas opiniones en la doctrina puesto que la norma alude a “documentos públicos y a acuerdos con fuerza ejecutiva”. Para su estudio vid. U. MAGNUS, “Article 46”, en U. MAGNUS Y P. MANKOWSKI, *European Commentaries on Private International Law, Vol. IV, Brussels IIbis Regulation*, Otto Schmidt, Köln, 2017, pp. 411-420; B. STAPF, “Article 46”, en C. ALTHAMER (ed), *Brussels IIa Rome III*, Beck, Munich, 2019, pp. 232-235.

⁴ Senatsverwaltung für Inneres und Sport, Standesamtsaufsicht. En concreto, el Bundesgerichtshof pregunta al TJUE si la disolución de un matrimonio en virtud del art. 12 del Decreto Ley italiano núm. 132 de 12 de septiembre de 2014, constituye una resolución judicial relativa al divorcio a los efectos del Reglamento 2201/2003 y, en caso de respuesta negativa, si se le podría aplicar la regulación del art. 46 sobre los documentos públicos y acuerdos.

⁵ PM c. Senatsverwaltung für Justiz, Vielfalt und Antidiskriminierung. En este asunto el Kammergericht Berlin pregunta al Tribunal si en el supuesto del divorcio o separación matrimonial regulado en los arts. 82, 87, 89 y 90 CC existe una resolución judicial relativa al divorcio a los efectos del Reglamento 2201/2003 y, en caso de respuesta negativa, si debe tratarse conforme al art. 46 del Reglamento.

4. La respuesta del Tribunal de Justicia al primero de los asuntos mencionados en la Sentencia de 15 de noviembre de 2022, *Senatsverwaltung für Inneres und Sport, Standesamtsaufsicht*⁶, ha tenido un “efecto dominó” sobre el segundo, pues un más tarde fue retirado por el *Kammergericht Berlin* dando a entender, en consecuencia, que los argumentos esgrimidos por el TJUE para calificar el acta de divorcio expedida por el funcionario del registro civil italiano como “resolución judicial”, pueden aplicarse por analogía al divorcio notarial español⁷.

5. El presente trabajo tiene como objetivo analizar esta Sentencia del TJUE desde la perspectiva de nuestro ordenamiento, así como valorar su alcance una vez que ya ha comenzado a aplicarse el Reglamento (UE) núm. 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida)⁸, que, de forma totalmente novedosa, contiene una regulación específica de la eficacia extraterritorial de los documentos públicos y acuerdos (arts. 64 a 68). No obstante, y conforme a lo dispuesto en su art. 100.2, “el Reglamento (CE) 2201/2003 seguirá aplicándose a las resoluciones dictadas en procedimientos ya incoados, a los documentos públicos formalizados o registrados y a los acuerdos que hayan adquirido fuerza ejecutiva en el Estado miembro en el que hayan sido celebrados antes del 1 de agosto de 2022 y que entren dentro del ámbito de aplicación de dicho Reglamento”.

II. Las premisas para el reconocimiento del divorcio extrajudicial como “resolución judicial”. Su aplicación al divorcio notarial español

6. En materia de eficacia extraterritorial el Reglamento 2201/2003 consagra, en aras del principio de confianza recíproca y reconocimiento mutuo, la regla general del reconocimiento automático de las resoluciones dictadas en materia matrimonial, precisándose, además, que si son firmes no se requerirá ningún procedimiento especial para la actualización de los datos del registro civil en un Estado miembro (art. 21, apartados 1 y 2). El reconocimiento sólo puede ser denegado de forma excepcional si concurre alguno de los motivos que se enumeran, de forma taxativa, en el art. 22 y, en todo caso, no puede controlarse la competencia del juez de origen (art. 24), ni podrá denegarse alegando que el Derecho del Estado miembro requerido no autorizaría el divorcio, la separación judicial o la nulidad matrimonial basándose en los mismos hechos (art. 25). Además, la resolución no podrá en ningún caso ser objeto de una revisión en cuanto al fondo (art. 26)⁹.

⁶ ECLI: EU:C:2022:879.

⁷ ECLI:EU:C:2022:10. A juicio de P. QUINZÁ REDONDO, “De Sahyouni II (C-372/16) hacia el futuro con parada en *Senatsverwaltung* (C-646/20): el largo proceso de asimilación de los divorcios no judiciales en la Unión Europea”, *Bitácora Millenium Dipr*; núm. 17, 2023, p. 61, esto no es lo deseable y sería recomendable contar con sentencias que resuelvan sobre cuestiones prejudiciales sobre los divorcios no judiciales.

⁸ DO L 178, de 2 de julio de 2019.

⁹ Para el estudio de la eficacia extraterritorial de resoluciones en materia matrimonial en el Reglamento 2201/2003 vid, entre otros, A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp.1774-1783.

Esta regulación se mantiene en el art. 30 del Reglamento 2019/1111 con la novedad de que ahora se establece de forma expresa que pueda solicitarse la denegación del reconocimiento de la resolución, remitiendo el art. 40 al procedimiento previsto para la denegación de la ejecución. Vid. M. HERRANZ BALLESTEROS, “El Reglamento (UE) 2019/1111 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida): principales novedades”, *Revista española de Derecho internacional*, núm. 2, 2021, pp. 229-260, en particular, pp. 251-254; M^a A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “El régimen general de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales”, en B. CAMPUZANO DÍAZ (DIR), *Estudio del Reglamento (UE) 2019/1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 215-235, en particular, pp. 219-221; M^a A. CEBRIÁN SALVAT, “Artículo 30. Reconocimiento de las resoluciones”, en E. CASTELLANOS RUIZ (DIR), *Comentario al nuevo Reglamento (UE), Bruselas II ter relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental y sobre la sustracción internacional de menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 423-436.

Ahora bien, no todas las decisiones dictadas en materia matrimonial van a beneficiarse de esta regulación porque para ello debe ser una “resolución judicial” dictada por un “órgano jurisdiccional” de un Estado miembro. Y aquí reside el *quid* de la cuestión porque cuando el Reglamento 2201/2003 fue aprobado ninguna de las legislaciones de los Estados miembros conocía el divorcio extrajudicial por lo que la interpretación de esos términos no suscitó grandes dificultades. Los problemas comenzaron a plantearse precisamente con ocasión de la regulación en algunos de los Estados miembros de esta otra forma de disolución del vínculo matrimonial.

7. En concreto, y como ya hemos adelantado, en el asunto C-646/20 el Bundesgerichtshof preguntó al TJUE si la disolución de un matrimonio en virtud del art. 12 del Decreto Ley italiano núm. 132 de 12 de septiembre de 2014, constituye una “resolución judicial” relativa al divorcio a los efectos del Reglamento 2201/2003 y, en caso de respuesta negativa, si se le podría aplicar la regulación del art. 46 sobre los documentos públicos y acuerdos¹⁰. Para responder a estas cuestiones el Tribunal basa todo su razonamiento en la interpretación del concepto “resolución judicial” y en los elementos que deben cumplirse para que una decisión sea calificada como tal y poder circular por el espacio europeo¹¹. Si la respuesta del Tribunal de Justicia va referida al Derecho italiano, como no podía ser de otro modo, este estudio va a centrarse en nuestro ordenamiento jurídico para confirmar que esos elementos concurren en las escrituras de divorcio autorizadas por notarios españoles y que, por tanto, deben calificarse como “resoluciones judiciales”. Así lo había venido sosteniendo la doctrina mayoritaria y la DGSFP, como pasamos a exponer.

1. La autoridad extrajudicial debe tener competencias en materia de divorcio. El concepto amplio de “órgano jurisdiccional”

8. El punto de partida del razonamiento es el siguiente: ante la ausencia de remisión expresa al Derecho de los Estados miembros, el término “resolución judicial” del Reglamento 2201/2003 debe interpretarse de forma autónoma teniendo en cuenta su tenor, su contexto y los objetivos perseguidos por el Reglamento¹². Como se establece en el art. 2.4 el concepto de “resolución judicial” se refiere a cualquier resolución en materia de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial dictada por

¹⁰ Tal y como se describe en los apartados 22 a 24 de la Sentencia, en Italia mediante el Decretolegge n. 132 - Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile (Decreto Ley n.º 132, de medidas urgentes de desjudicialización y otras actuaciones para reducir la acumulación de asuntos en el orden civil), de 12 de septiembre de 2014, convertido en ley, con modificaciones, mediante la Ley n.º 162 de 10 de noviembre de 2014-, dispone en los dos primeros párrafos de su artículo 12 que los cónyuges, con la asistencia opcional de un abogado, podrán celebrar ante el funcionario del registro civil competente, un acuerdo de disolución del matrimonio o de cesación de los efectos civiles de este, a condición de que no tengan hijos menores o hijos mayores de edad legalmente incapaces, gravemente discapacitados, o económicamente dependientes. El artículo 12, apartado 3, del Decreto Ley n.º 132/2014 establece, además, que el funcionario del registro civil ha de recibir de cada una de las partes la declaración personal en el sentido de que es su deseo separarse o que cesen los efectos civiles del matrimonio de conformidad con las condiciones acordadas entre las partes; que el acuerdo no podrá contener disposiciones relativas a transmisiones de patrimonio; que el documento en el que se plasme el acuerdo se redactará y se firmará inmediatamente después de la toma de declaración de los cónyuges; que dicho acuerdo equivaldrá a una resolución judicial relativa, en particular, a las condiciones de la separación o del cese de los efectos civiles del matrimonio, y que el funcionario del registro civil invitará a los cónyuges a comparecer ante él no antes de treinta días desde la toma de declaración al objeto de ratificar el acuerdo, de suerte que la incomparecencia implicará la no ratificación del acuerdo. Una circular del Ministero della Giustizia de 22 de mayo de 2018, sobre el Decreto Ley n.º 132/2014, designa al funcionario del registro civil como autoridad competente en Italia para emitir el certificado a que se refiere el artículo 39 del Reglamento 2201/2003.

¹¹ Para un estudio detallado de la Sentencia vid. P. QUINZÁ REDONDO, “De Sahyouni II (C-372/16) hacia el futuro con parada en Senatsverwaltung (C-646/20): el largo proceso de asimilación de los divorcios no judiciales en la Unión Europea”, *Bitácora Millenium Dipr*, núm. 17, 2023, pp. 45-73; M^a A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, “Calificación del acta de divorcio expedida por el funcionario de registro civil de un Estado miembro como «resolución judicial» sin la acreditación del carácter decisorio de su intervención. Una imprevisible decisión diseñada a la medida del resultado pretendido”, *La Ley/Unión Europea*, núm. 111, febrero de 2023, pp. 1-18.

¹² En el apartado 40 de la Sentencia se recuerda que es reiterada la jurisprudencia del TJUE en este sentido, citándose la Sentencia de 31 de marzo de 2022, asunto C-231/21, Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl y otros (ECLI:EU:C:2022:237).

un órgano jurisdiccional de un Estado miembro con independencia de su denominación, incluidos los términos de sentencia o auto. Y por “órgano jurisdiccional” se entenderá todas las autoridades de los Estados miembros (todos salvo Dinamarca) con competencia en las materias que entran en el ámbito de aplicación del Reglamento (art. 2.1)¹³.

De una lectura conjunta de estas disposiciones puede deducirse, como afirma el Tribunal, que el Reglamento “puede abarcar las resoluciones de divorcio que tengan lugar tras un procedimiento tanto judicial como extrajudicial, con tal de que el Derecho de los Estados miembros atribuya igualmente a las autoridades extrajudiciales competencias en materia de divorcio” (apartado 48)¹⁴.

9. Se confirma, por tanto, que el concepto “órgano jurisdiccional” debe interpretarse en sentido amplio, pues comprende todas aquellas autoridades judiciales o no que, conforme a lo previsto en su ordenamiento, tengan atribuida competencia en la materia matrimonial¹⁵. De hecho, y como estudiaremos, así se reconoce de forma expresa en el Reglamento 2019/1111 (Considerando 14).

10. La consecuencia inmediata que se deriva de la calificación de la decisión de divorcio dictada por las autoridades extrajudiciales como “resolución judicial” es que, como se ha analizado, se beneficia del régimen de eficacia extraterritorial diseñado en el Reglamento. Esta interpretación no queda desvirtuada, como afirma el Tribunal, por el hecho de que cuando se elaborase el Reglamento 2201/2003 ningún Estado miembro contemplase aun en su legislación el divorcio extrajudicial (apartado 50). Precisamente son los conceptos amplios de “resolución judicial” y “órgano jurisdiccional” los que permiten que la norma se adapte y pueda aplicarse a esta nueva forma de disolución del vínculo matrimonial. Significativas son en este sentido las referencias que el Abogado General, Sr. A. Collins, realiza al asunto Coman y a la necesidad de adaptación del Derecho a la sociedad (punto 54). En el caso concreto que se estaba analizando, en Italia el funcionario del registro civil es una autoridad legalmente instituida que tiene competencia para declarar el divorcio.

11. Si nos centramos en nuestro ordenamiento hay que afirmar que, en la materia matrimonial, los notarios tienen que ser considerados “órgano jurisdiccional” puesto que la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, les atribuye funciones que, hasta ese momento, correspondían a los jueces¹⁶. Con esta reforma el legislador español se sumó a la tendencia instaurada en otros países a favor de la desjudicialización del divorcio. No cabe duda de que cuando se cumplen los requisitos exigidos, el divorcio de mutuo acuerdo es la vía más rápida para la disolución del vínculo conyugal, como se desprende de los distintos datos publicados por el INE. Si nos ceñimos al año 2021, último del que se recoge, el 78,8% de los divorcios y el 87,9% de las separaciones fueron de mutuo acuerdo, teniendo una duración media de 3 meses, frente a los casi 12 meses de los divorcios contenciosos. En el cómputo ya global de todos los divorcios producidos, en el 11’9% uno de los cónyuges tenía nacionalidad extranjera y en el 7’7% ambos eran nacionales extranjeros.

¹³ Además, establece el art. 2.2 del Reglamento que se entenderá por “juez”, el juez o la autoridad con competencias equivalentes a las del juez en las materias reguladas por el presente Reglamento. Debe precisarse que en el Reglamento 2019/1111 desaparece esta definición.

¹⁴ En sentido análogo el Abogado General Sr. A. Collins en sus Conclusiones, presentadas el 5 de mayo de 2022 (ECLI:EU:C:2022:35), manifestó que si un Estado miembro otorga competencias a los jueces en las materias cubiertas por el Reglamento y reconoce competencias equivalentes a otros funcionarios públicos, estos están comprendidos en el concepto de “juez” a los efectos del Reglamento 2201/2003 (punto 35).

¹⁵ Recuérdese que en materia de sucesiones el art. 3.2 del Reglamento 650/2012 establece expresamente que se entenderá por “tribunal” todo órgano judicial y todas las demás autoridades y profesionales del Derecho que *con competencias en materia de sucesiones* (la cursiva es nuestra) que ejerzan funciones jurisdiccionales o que actúen por delegación o de poderes de un órgano judicial, o actúen bajo su control, siempre que tales autoridades y profesionales del Derecho ofrezcan garantías en lo que respecta a su imparcialidad y al derecho de las partes a ser oídas, y que sus resoluciones, dictadas con arreglo al derecho del Estado miembro en el que actúan puedan ser objeto de recurso y revisión ante un órgano judicial y tengan fuerza y efectos análogos a los de la resolución de un órgano judicial sobre la misma materia.

¹⁶ BOE 158, de 3 de julio de 2015. Para una valoración genérica vid. I. COMA LANZÓN, “Nuevas atribuciones y función notarial”, en C.P. BARRIO DEL OLMO (COORD.), *Jurisdicción voluntaria notarial*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 41-51.

12. Conforme a lo dispuesto en el art. 82 CC, los cónyuges podrán acordar su separación de mutuo acuerdo transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio mediante la formulación de un convenio regulador en escritura pública ante Notario, en el que, junto a la voluntad inequívoca de separarse, determinarán las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación en los términos establecidos en el artículo 90. Los funcionarios diplomáticos o consulares, en ejercicio de las funciones notariales que tienen atribuidas, no podrán autorizar la escritura pública de separación. Los cónyuges deberán intervenir en el otorgamiento de modo personal, sin perjuicio de que deban estar asistidos por letrado en ejercicio, prestando su consentimiento ante el notario. Igualmente, los hijos mayores o menores emancipados deberán otorgar el consentimiento ante el notario respecto de las medidas que les afecten por carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar. No será posible en ningún caso cuando existan hijos menores no emancipados o hijos mayores respecto de los que se hayan establecido judicialmente medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores.

Siendo el notario “órgano jurisdiccional” estará sujeto a los foros de competencia judicial internacional que sean aplicables del art. 3 del Reglamento, debiéndose determinar la competencia territorial por el art. 54.1 de la Ley del Notariado (que se refiere al notario español del último domicilio común de los cónyuges o el notario del domicilio o residencia habitual de cualquiera de los contrayentes)¹⁷.

13. Sentada esta primera premisa hay que señalar, no obstante, que para que la decisión de divorcio sea reconocida conforme a las reglas establecidas para las “resoluciones judiciales” del Reglamento 2201/2003 es necesario, además, que esa autoridad realice un control de la declaración de divorcio, es decir, un control sobre el fondo.

2. La autoridad extrajudicial debe realizar un control sobre el fondo

14. La delimitación de esta segunda premisa deriva de la necesaria intervención de una autoridad pública estatal que debe desempeñar una función decisoria. Al respecto, el Tribunal en su razonamiento trae a colación el asunto Sahyouni en el que se planteó la cuestión de si en el ámbito de aplicación material del Reglamento 1259/2010 sobre la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, se incluye el divorcio privado (en concreto, el divorcio resultante de una declaración unilateral de voluntad de uno de los cónyuges ante un tribunal religioso)¹⁸. En el Auto de 12 de mayo de 2016 el Tribunal de Justicia se declaró incompetente¹⁹ y, posteriormente, en la Sentencia de 20 de diciembre de 2017, resolvió la cuestión en sentido negativo²⁰. A juicio del TJUE, que realiza una interpretación del Reglamento 1259/2010

¹⁷ Para un estudio de la competencia judicial internacional de los notarios y los problemas que plantea el art. 54 LN, vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Notariado y los Reglamentos europeos de Derecho internacional privado: hacia un espacio notarial europeo”, Discurso pronunciado en la Academia Matritense del Notariado, http://www.cnotarial-madrid.org/nv1024/Paginas/Academia_Tomos.asp; C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “El divorcio notarial: cuestiones de Derecho internacional privado”, *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 2, 2021, pp. 341-354; N. MARCHAL ESCALONA, *El divorcio no judicial en Derecho internacional privado español*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 41-80; M.^a A SÁNCHEZ JIMÉNEZ, “Autoridad notarial española y divorcio transfronterizo. Particularidades y cuestiones que plantea la aplicación de los Reglamentos europeos”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, tomo XXII, 2022, pp. 273-278.

¹⁸ Reglamento (UE) núm. 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, DO L 343, de 29 de diciembre de 2010.

En el caso Sahyouni, y conforme al Derecho alemán, se planteaba una cuestión de reconocimiento conflictual, es decir, un reconocimiento conforme a la ley aplicable al divorcio.

¹⁹ Asunto C-281/15, ECLI:EU:C:2016:343. Nota de C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “Divorcio privado dictado por un tribunal religioso de un tercer Estado: asunto C-281/15”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 2, 2017, pp. 629-634; A. GANDÍA SELLENS. “Reconocimiento y divorcios privados. Reflexiones a la luz del Auto TJUE de 12 de mayo de 2016, asunto C-281/15, Sahyouni c. Mamisch”, *Bitácora Millenium Dipr*, núm. 4, 2016.

²⁰ Asunto C-372/16, ECLI:EU:C:2017:988. Nota de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Sahyouni más allá del espejo. Un comentario a la STJUE de 20 de diciembre de 2017, C-372/16”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 35, 2018; P. DIAGO DIAGO, “Inclusión de los divorcios privados en el ámbito de aplicación del Reglamento 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010”, *La Ley/Unión Europea*, núm. 58, 2018; A. GANDÍA SELLENS Y C. ZIMMER, “Los divorcios privados y el Reglamento Roma III. Reflexiones a la luz de la Sentencia del TJUE de 20 de diciembre de 2017, asunto C-372/16, Sahyouni c. Mamisch”, *Bitácora Millenium Dipr*, núm. 8, 2018.

de forma coherente con el Reglamento 2201/2003, las referencias que figuran en varias disposiciones a la intervención de un “órgano jurisdiccional” y a la existencia de un “procedimiento” ponen de manifiesto que éste tiene por objeto exclusivamente los divorcios pronunciados por un órgano jurisdiccional estatal o bien por una autoridad pública o bajo el control de ésta. Por esta razón, los divorcios privados quedarían excluidos del ámbito de aplicación de dichos instrumentos, quedando sometidos a lo dispuesto en las distintas legislaciones estatales²¹.

15. De esta jurisprudencia se deduce que la autoridad pública debe conservar el control de la declaración de divorcio lo que en los divorcios extrajudiciales implica que lleve a cabo un examen de “las condiciones del divorcio a la luz del Derecho nacional, así como de la realidad y de la validez del consentimiento de los cónyuges que van a divorciarse” (apartado 54).

16. Y para justificar esta exigencia el TJUE recurre a dos argumentos: de un lado, a la Sentencia Solo Kleinmotoren en la que se excluyó a las transacciones judiciales del concepto “resolución judicial” del, por entonces, art. 25 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, porque este concepto implica que el órgano jurisdiccional en el ejercicio de su potestad jurisdiccional, resuelva sobre los puntos controvertidos entre las partes^{22 23}; y, por otra parte, a la regulación del Reglamento 2019/1111 y a su Considerando 14 en el que se establece expresamente que es ese examen sobre el fondo lo que distingue las “resoluciones” de los “documentos públicos” y “acuerdos” (apartados 58 a 61). Este segundo argumento es más que criticable puesto que como advirtió el Abogado General, Sr Collins, en sus Conclusiones, “no se pueden interpretar las disposiciones del Derecho de la Unión a la luz de modificaciones introducidas por normas adoptadas en un momento posterior” (punto 54)²⁴. Precisamente, y en contra de lo que sostiene el Tribunal que alude a una “continuidad” entre ambos instrumentos, una de las grandes novedades del Reglamento 2019/1111 ha sido la de introducir una regulación específica de la eficacia extraterritorial de los documentos públicos y acuerdos, materia que será objeto de un análisis detallado en el siguiente epígrafe.

17. Consagrar este criterio del control sobre el fondo equivale afirmar que la autoridad extrajudicial debe desempeñar en el divorcio una función decisoria lo que excluye, *a contrario sensu*, que pueda

²¹ Como apunta N. MARCHAL ESCALONA, “La eficacia en España de los divorcios extrajudiciales otorgados en el extranjero”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 1, 2021, p. 474, los principales problemas que se plantean en España están relacionados con los divorcios que proceden de autoridades religiosas, aunque posteriormente sean visados por una autoridad particular. Sobre este aspecto, vid. A.L CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 1788-1790.

Para un estudio de la eficacia de los divorcios privados religiosos vid. K. KAESLING, “The recognition of religious private divorces in Europe. From Conflict of Laws to Conflict of Cultures?” en K. BOELE-WOELKI Y D. MARTINY, (eds), *Plurality and Diversity of Family Relations in Europe*, Intersentia, 2019, pp. 257-284

²² Sentencia de 2 de junio de 1994, asunto C-414/14, Solo Kleinmotoren (ECLI:EU:C:1994:221).

A juicio del Abogado General, Sr. Collins, un divorcio de mutuo acuerdo no se puede equiparar a una transacción celebrada en el marco de un procedimiento judicial porque en este último caso el acuerdo entre las partes pone fin a dicho procedimiento y el órgano jurisdiccional se “limita a tomar nota de ese acuerdo jurídicamente vinculante, a fin de dar por resuelto el litigio del que conoce. En cambio, unos cónyuges que desean divorciarse de mutuo acuerdo necesitan que una autoridad pública adopte un acto para que su acuerdo tenga efectos legalmente vinculantes” (punto 50).

²³ De forma análoga en el ámbito del Reglamento 650/2012 el Tribunal ha considerado que un notario ejerce “funciones jurisdiccionales” cuando tiene un poder decisorio, puesto que el ejercicio de la función jurisdiccional implica la facultad de resolver en virtud de su propia potestad sobre los puntos controvertidos, criterio que se aplica tanto a la jurisdicción contenciosa como voluntaria. En este sentido puede consultarse, entre otras, la Sentencia de 23 de mayo de 2019, asunto C-658/17, WB (ECLI:EU:C:2019:444).

²⁴ Se han mostrado muy críticos con esta argumentación del Tribunal, P. QUINZÁ REDONDO, “De Sahyouni II (C-372/16) hacia el futuro con parada en Senatsverwaltung (C-646/20): el largo proceso de asimilación de los divorcios no judiciales en la Unión Europea”, *Bitácora Millenium Dipr*, núm. 17, 2023, pp. 64-65, que no termina de entender por qué el Tribunal “invoca” el Reglamento Bruselas II ter; y M^a A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, “Calificación del acta de divorcio expedida por el funcionario de registro civil de un Estado miembro como «resolución judicial sin la acreditación del carácter decisorio de su intervención. Una imprevisible decisión diseñada a la medida del resultado pretendido”, *La Ley/Unión Europea*, núm. 111, febrero de 2023, pp. 8-9, que considera injustificadas las afirmaciones que realiza el Tribunal.

circular como “resolución”, conforme al Reglamento 2201/2003, el acuerdo extrajudicial de divorcio cuando su función sea meramente fedataria o recepticia²⁵. Esa función decisoria implica un examen de las condiciones del divorcio conforme a lo dispuesto en el derecho nacional, así como de la realidad y de la validez del consentimiento de los cónyuges. A juicio del Tribunal, y como expone en los apartados 64 a 66 de la Sentencia, el funcionario del registro civil italiano realiza este control de fondo, lo que ha sido cuestionado por la doctrina²⁶. Por ello responde a la cuestión prejudicial planteada afirmando que: “el acta de divorcio extendida por un funcionario del registro civil en un Estado miembro que implica un acuerdo de divorcio entre los cónyuges y que estos, de conformidad con los requisitos establecidos por la normativa de ese Estado miembro, han ratificado ante dicho funcionario constituye una «resolución judicial» en el sentido del art. 2.4 del Reglamento 2201/2003”²⁷.

18. De no haberse retirado el asunto C-304/22 el Tribunal de Justicia habría llegado a la misma consideración con respecto al divorcio notarial español²⁸. En efecto, y como pasamos a exponer, la función del notario no es meramente recepticia pues durante la tramitación del expediente de divorcio debe realizar un control de legalidad y un control de lesividad, además de estar sometida su actuación a supervisión judicial²⁹.

19. Tiene que realizar un control de legalidad puesto que el notario debe decidir si se cumplen todos los requisitos que se exigen para que el divorcio sea posible. Por tanto, es la declaración del notario, tras haber realizado dicho control, la que disuelve el matrimonio³⁰. De no concurrir alguno de ellos debe informar a las partes y dar por cerrado el expediente, debiendo los cónyuges tramitar su divorcio en forma judicial.

20. Tal y como se deduce del art. 82 CC debe existir mutuo acuerdo entre los cónyuges para la disolución del vínculo matrimonial y haber transcurrido al menos tres meses desde el matrimonio. Los cónyuges deberán formular un convenio regulador en escritura pública ante el notario en el que, además

²⁵ Como afirma P. JIMÉNEZ BLANCO, “El concepto de “órgano jurisdiccional” en los Reglamentos europeos de Derecho internacional privado” *Anuario español de Derecho internacional privado*, tomo XIX-XX, 2019-2020, p. 122, el concepto de órgano jurisdiccional no se realiza por la autoridad interviniendo sino por la realización de una función jurisdiccional.

²⁶ A juicio de M.^a A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, “Calificación del acta de divorcio expedida por el funcionario de registro civil de un Estado miembro como «resolución judicial» sin la acreditación del carácter decisoria de su intervención. Una imprevisible decisión diseñada a la medida del resultado pretendido”, *La Ley/Unión Europea*, núm. 111, febrero de 2023, pp. 6-7, la declaración de los cónyuges de su voluntad de divorciarse “no es equivalente al control del fondo que pueda permitir a esta autoridad asegurarse de la realidad y validez, o del carácter libre e informado de su consentimiento para el divorcio”. Por esta razón considera que se trata “de una interpretación diseñada para un resultado”.

²⁷ En el mismo sentido se pronunció el Abogado General, Sr. Collins, en sus Conclusiones al considerar que el reconocimiento del funcionario del registro civil de que se cumplen los requisitos necesarios, junto al certificado de divorcio que expida para dar fe de ello, tienen efectos constitutivos (puntos 46 a 48).

En sus observaciones escritas el Gobierno alemán y el polaco se pronunciaron en sentido negativo argumentando, principalmente, que la autoridad italiana no desempeña una función constitutiva. Por contra, los Gobiernos italiano y estonio, así como la Comisión consideraron la respuesta debía ser afirmativa.

²⁸ Como afirma P. QUINZÁ REDONDO, “De Sahyouni II (C-372/16) hacia el futuro con parada en Senatsverwaltung (C-646/20): el largo proceso de asimilación de los divorcios no judiciales en la Unión Europea”, *Bitácora Millenium Dipr*, núm. 17, 2023, p. 66, si el divorcio concluido ante el funcionario del registro civil italiano pasa el “filtro” del Reglamento, todos aquellos en los que la autoridad pública estatal realice un control mayor o como mínimo, similar, deberían recibir idéntica respuesta.

²⁹ Con respecto a la tramitación del expediente, el art. 54.3 de la Ley del Notariado se limita a afirmar que “La solicitud, tramitación y otorgamiento de la escritura pública se ajustarán a lo dispuesto en el Código Civil y en esta ley”. El problema está, como apuntan M. VARA GONZÁLEZ Y J. PÉREZ HERESA, “Separación y divorcio ante notario”, en C.P. BARRIO DEL OLMO (COORD), *Jurisdicción voluntaria notarial*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 467-468, en que el Código civil y la Ley del Notariado sólo regulan el otorgamiento de la escritura, y no dicen nada sobre la solicitud o tramitación previas a ésta.

³⁰ En palabras de P. CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, “Artículo 65. Reconocimiento y ejecución de los documentos públicos y de los acuerdos”, en G. PALAO MORENO (DIR), *El nuevo marco europeo en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción de menores. Comentarios al Reglamento (UE) n.º 2019/1111*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 546, se han atribuido competencias al notario por lo que es y lo que hace y cómo lo hace. Se presume que el acuerdo celebrado es válido, legal y completo, que no hay nada fuera del documento que lo contradiga, y así lo proclama el notario.

de constar su voluntad inequívoca de divorciarse, determinarán los acuerdos a los que hayan llegado sobre los efectos derivados de la disolución del vínculo matrimonial que están establecidos en el art. 90 CC³¹. Lo extremos de este art. 90 CC constituyen el contenido mínimo del convenio regulador y en el caso del divorcio notarial serían los siguientes: la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar; la contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso; la liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio y la pensión compensatoria para el cónyuge que queda en una peor situación económica después de la separación a la que se refiere el art. 97 CC³². Debe apuntarse que tras la reciente reforma, se ha añadido un apartado referido al destino de los animales de compañía, en caso de que existan, teniendo en cuenta el interés de los miembros de la familia y el bienestar del animal; el reparto de los tiempos de convivencia y cuidado si fuere necesario, así como las cargas asociadas al cuidado del animal³³.

Además de estos requisitos se exige que la pareja no tenga hijos menores no emancipados o hijos mayores respecto de los que se hayan establecido judicialmente medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores (art. 81 CC). En el supuesto de tener hijos mayores o menores emancipados deberán otorgar el consentimiento ante al notario respecto de las medidas que les afecten por carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar. Como ha puesto ya de relieve la doctrina, la dicción literal de este requisito suscita varias interrogantes puesto que, de un lado, no aclara la norma si tiene que tratarse de “hijos comunes”, planteándose la duda de si será posible o no recurrir al divorcio notarial cuando existan hijos de uno solo de los cónyuges³⁴; y, por otra parte, tampoco se precisa qué es lo que deben consentir³⁵.

21. Los cónyuges deben ratificar el convenio regulador y prestar su consentimiento de forma conjunta ante el notario “de modo personal”, por lo que parece que se excluye la posibilidad de que puedan prestarlo a través de un representante. Esta exigencia se justifica porque, como se ha afirmado, sólo de esa forma el notario puede “cumplir su obligación de asesoramiento y realizar un juicio de capacidad para asegurarse de que los cónyuges emiten un consentimiento libre y consciente”³⁶. No obstante, existen voces favorables a permitir que los cónyuges pudiesen delegar o nombrar un representante³⁷.

³¹ Como afirma L. GÁZQUEZ SERRANO, “Disposición Final Primera. Apartados dieciocho a veintidós”, en A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y A. SERRANO DE NICOLÁS (COORD), *Comentarios a la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 825, “el convenio regulador formará parte de la escritura pública, si bien podrá consistir en una elevación a público de lo estipulado previamente. El contenido de la escritura necesariamente será la declaración de los cónyuges de su intención separarse o divorciarse, y la incorporación del convenio regulador”.

³² Para un estudio de estos aspectos del convenio regulador vid. I. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, “El divorcio ante notario: cuestiones internas y transfronterizas”, en M. GUZMÁN ZAPATER Y M. HERRANZ BALLESTEROS (EDS), *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos. Derecho español y de la Unión Europea: estudio normativo y jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 150-168; J. M. VARA GONZÁLEZ Y J. PÉREZ HEREZA, “Separación y divorcio ante notario”, en C.P. BARRIO DEL OLMO (COORD), *Jurisdicción voluntaria notarial*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 429-467; C. VELA FERNÁNDEZ Y L. BUSTILLO TEJEDOR, “Contenido y límites de la escritura notarial de separación/divorcio”, en G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA (DIR), *Separaciones y divorcio ante notario*, Reus, Madrid, 2016, pp. 159-199.

³³ Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales, BOE núm. 300, de 16 de diciembre de 2021. Además de incluirse esta nueva letra b) bis en el apartado 1, se modifican los apartados 2 y 3 del art. 90 CC.

³⁴ Vid, entre otros, A. ACEDO PENCO, “Crisis matrimoniales ante notario: normativa aplicable y ámbito de aplicación”, en G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA (DIR), *Separaciones y divorcio ante notario*, Reus, Madrid, 2016, pp. 89-91; I. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, “El divorcio ante notario: cuestiones internas y transfronterizas”, en M. GUZMÁN ZAPATER Y M. HERRANZ BALLESTEROS (EDS), *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos. Derecho español y de la Unión Europea: estudio normativo y jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 128-130; M. PEREÑA VICENTE, “El divorcio sin juez en el Derecho español y francés: entre el divorcio por notario y el divorcio por abogado. Dificultades teóricas y prácticas”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXII, 2019, p. 25.

³⁵ J. M. VARA GONZÁLEZ Y J. PÉREZ HEREZA, “Separación y divorcio ante notario”, en C.P. BARRIO DEL OLMO (COORD), *Jurisdicción voluntaria notarial*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 414-419.

³⁶ M. PEREÑA VICENTE, “El divorcio sin juez en el Derecho español y francés: entre el divorcio por notario y el divorcio por abogado. Dificultades teóricas y prácticas”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXII, 2019, p. 37.

³⁷ Así lo han manifestado, entre otros, N. MARCHAL ESCALONA, *El divorcio no judicial en Derecho internacional privado español*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 39-40. I. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, “El divorcio ante notario: cuestiones internas y transfronterizas”, en M. GUZMÁN ZAPATER Y M. HERRANZ BALLESTEROS (EDS), *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos. Derecho español y de la Unión Europea: estudio normativo y jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 134-135.

De forma análoga debe entenderse que si existiesen hijos mayores o menores emancipados que deben expresar su consentimiento también deberán comparecer en el mismo acto.

La intervención de abogado (que puede ser uno solo) es obligatoria, a fin de asesorar a la pareja, debiendo estar presente para la firma de la escritura de divorcio junto con los cónyuges. Los efectos del divorcio se producirán desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública conforme a lo dispuesto en el artículo 87 CC. No perjudicará a terceros de buena fe sino a partir de su respectiva inscripción en el Registro Civil (art. 89 Cc).

22. Pero además de este control de legalidad, el notario tiene que realizar el denominado “control de lesividad o de equidad” puesto que, como señala el art. 90.2 CC, si considera que el acuerdo pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados, o gravemente perjudiciales para el bienestar de los animales de compañía, lo advertirá a los otorgantes y dará por terminado el expediente³⁸. En este caso los cónyuges sólo podrán acudir ante el juez para la aprobación de la propuesta de convenio regulador.

23. La aplicación analógica de la Sentencia *Senatsverwaltung für Inneres und Sport, Standesamtsaufsicht* a lo previsto en nuestro ordenamiento viene a confirmar que la escritura de divorcio autorizada por el notario debe calificarse como una “resolución judicial” y reconocerse conforme a las previsiones establecidas en el Reglamento 2201/2003³⁹. Si así lo había venido sosteniendo la doctrina y la práctica de la DGSFP⁴⁰, el legislador español, sorprendentemente, no lo tiene claro. Prueba de ello es que en la DF 22ª LEC mediante la que se establecen las medidas para facilitar la aplicación en España del Reglamento 2201/2003, se afirma que la certificación relativa a las resoluciones judiciales en materia matrimonial, prevista en el artículo 39 del Reglamento, se expedirá por el Letrado de la Administración de Justicia de forma separada y mediante diligencia, cumplimentando el formulario correspondiente, sin referirse al notario.

24. De igual forma a como ocurre con el Derecho español, cualquier decisión dictada en aquellos otros Estado miembros que regulan el divorcio extrajudicial será reconocida como “resolución judicial” si se cumplen las premisas analizadas. Habrá que determinar, en consecuencia, conforme a cada legislación si la autoridad que conoce del divorcio actúa con funciones equivalentes a las jurisdiccionales, es decir, con una función decisoria. No obstante, este análisis solo se debatirá en relación a la solicitud de eficacia de aquellas decisiones dictadas antes del 1 de agosto de 2022 (o dictadas en procedimiento planteado antes de ese día), fecha en la que han comenzado a aplicarse las nuevas reglas del Reglamento 2019/1111, que pasamos a analizar.

³⁸ Como apunta J. PÉREZ HEREZA, “La separación y el divorcio notarial”, *El Notario del siglo XXI*, núm. 63, 2015, “la actuación del notario debe estar presidida en este punto por el principio de mínima intervención, pues no debe ser su función generar conflictos donde las partes han logrado un acuerdo”.

³⁹ Evidentemente sólo se reconocerá conforme al Reglamento la disolución del vínculo matrimonial ya que el resto de cuestiones decididas en el convenio regulador (p. ej. la liquidación del régimen económico matrimonial, la atribución del uso de la vivienda familiar o la pensión compensatoria) quedarán sometidas al Reglamento (UE) núm. 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales (*DO L 183*, de 8 de julio de 2016) y al Reglamento (CE) núm. 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (*DO L 7*, de 10 de enero de 2009). La aplicación simultánea de estos instrumentos conlleva no pocas dificultades puesto que para fijar el régimen de reconocimiento habrá que determinar si la escritura de divorcio se considera como una “resolución judicial” o como un “documento público”. Para un estudio *in extenso* vid. N. MARCHAL ESCALONA, *El divorcio no judicial en Derecho internacional privado español*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 167-184.

⁴⁰ Entre otros, A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 1794; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Notariado y los Reglamentos europeos de Derecho internacional privado: hacia un espacio notarial europeo”, Discurso pronunciado en la Academia Matritense del Notariado (p. 279) http://www.cnotarial-madrid.org/nv1024/Paginas/Academia_Tomos.asp; C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “El divorcio notarial: cuestiones de Derecho internacional privado”, en *El Derecho internacional privado entre la tradición y la innovación. Libro Homenaje al profesor Dr. José Mª Espinar Vicente*, Iprolex, Madrid, 2020, p. 363. P. JIMÉNEZ BLANCO, “El concepto de “órgano jurisdiccional” en los Reglamentos europeos de Derecho internacional privado”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, tomo XIX-XX, 2019-2020, p. 155.

III. Las respuestas del Reglamento 2019/1111 al divorcio extrajudicial

1. Las nociones de “resolución”, “documento público” y “acuerdo”

25. Durante los trabajos de reforma del Reglamento 2201/2003 quedó patente que era necesario dar una respuesta a los divorcios extrajudiciales y que había que establecer una regulación específica para la eficacia extraterritorial de los documentos públicos y otros acuerdos. De ahí que el Capítulo IV del Reglamento 2019/1111 contenga una Sección, la Cuarta, dedicada expresamente al reconocimiento y ejecución de los documentos públicos y acuerdos (arts. 64 a 68)⁴¹. Se trata de una de las grandes novedades del Reglamento y por esta razón no podemos compartir las afirmaciones que realiza el TJUE en la Sentencia *Senatsverwaltung für Inneres und Sport, Standesamtsaufsicht*, cuando se refiere a que existe una “continuidad” entre ambos instrumentos y que el propósito del legislador europeo no fue innovar e introducir normas nuevas, sino únicamente “aclarar” el alcance de la norma ya recogida en el art. 46 del Reglamento 2201/2003 (apartados 59 y 61)⁴².

26. El estudio de estas disposiciones debe realizarse de forma conjunta con el art. 2 del Reglamento 2019/1111 que, junto a la noción de “resolución”, contiene ahora una definición autónoma de “documento público” y ofrece una nueva de lo que debe entenderse por “acuerdo”.

27. Por lo que se refiere a la noción de “resolución”, el art. 2.1 reproduce la que ya figuraba en el Reglamento 2201/2003 al afirmar que: “a los efectos del presente Reglamento se entenderá por «resolución» una decisión de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, en particular un fallo, una orden o una resolución que conceda el divorcio, la separación legal, la nulidad matrimonial o que tenga que ver con cuestiones de responsabilidad parental”. Las principales diferencias con el texto anterior son que se suprime la noción de “juez” y que, para la responsabilidad parental, se amplía la noción de resolución a los efectos del Capítulo IV⁴³.

28. De la lista de definiciones del art. 2 lo que hay que destacar es que se introducen dos nuevas nociones de lo que debe entenderse por «documento público» y por «acuerdo». En concreto señala el

⁴¹ Como ya hemos adelantado esta nueva regulación se aplicará a los documentos públicos formalizados o registrados y a los acuerdos registrados el 1 de agosto de 2022 o después de esta fecha (art. 100.1). Para su estudio vid. M.^a A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “La eficacia extraterritorial de documentos públicos y acuerdos”, en B. CAMPUZANO DÍAZ (DIR), *Estudio del Reglamento (UE) 2019/1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 267-279; A. FRACKOWIAK-ADAMSKA, “Introduction to Articles 64-68”, en U. MAGNUS Y P. MANKOWSKI, *European Commentaries on Private International Law, Brussels IIb Regulation*, Otto Schmidt, Köln, 2023, pp. 492-495; M. WILDERSPIN, *European Private International Law. The Brussels IIb Regulation*, Oxford University Press, 2023, pp. 398-402.

⁴² En sentido análogo P. QUINZÁ REDONDO, “De Sahyouni II (C-372/16) hacia el futuro con parada en *Senatsverwaltung* (C-646/20): el largo proceso de asimilación de los divorcios no judiciales en la Unión Europea”, *Bitácora Millenium Dipr*, núm. 17, 2023, p. 65; M.^a A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, “Calificación del acta de divorcio expedida por el funcionario de registro civil de un Estado miembro como «resolución judicial» sin la acreditación del carácter decisorio de su intervención. Una imprevisible decisión diseñada a la medida del resultado pretendido”, *La Ley/Unión Europea*, núm. 111, febrero de 2023, p. 8.

⁴³ Se establece expresamente que el término incluye también: a) Una resolución dictada en un Estado miembro y que ordene la restitución del menor a otro Estado miembro de conformidad con el Convenio de La Haya de 1980 que deba ser ejecutada en un Estado miembro distinto del Estado miembro donde se dictó dicha resolución; b) Las medidas provisionales, incluidas las cautelares, ordenadas por un órgano jurisdiccional competente en virtud del presente Reglamento para conocer en cuanto al fondo de asunto o de las medidas ordenadas de conformidad con el art. 27.5, en relación con el art. 15. A los efectos del Capítulo IV, «resolución» no incluirá medidas provisionales, incluidas las cautelares, ordenadas por dicho tribunal sin que el demandado haya sido citado a comparecer, a menos que la resolución que contenga la medida haya sido notificada al demandado antes de la ejecución. Para su estudio vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Artículo 2. Definiciones”, en E. CASTELLANOS RUIZ (DIR), *Comentario al nuevo Reglamento (UE), Bruselas II ter relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental y sobre la sustracción internacional de menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 138 y pp. 154-161; A. RODRÍGUEZ BENOT, “Artículo 2. Definiciones”, en G. PALAO MORENO (DIR), *El nuevo marco europeo en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción de menores. Comentarios al Reglamento (UE) n° 2019/1111*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 56-83; M.^a A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, “Origen, objetivos y ámbito de aplicación”, en B. CAMPUZANO DÍAZ (DIR), *Estudio del Reglamento (UE) 2019/1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 27-47.

art. 2.2.2) que se entenderá por «documento público», “un documento formalizado o registrado oficialmente como documento público en cualquier Estado miembro en materias comprendidas en el ámbito de aplicación del presente Reglamento y cuya autenticidad se refiera a la firma y al contenido del instrumento y haya sido establecida por una autoridad pública u otra autoridad habilitada a tal fin. Los Estados miembros comunicarán dichas autoridades a la Comisión de conformidad con el artículo 103”. De forma similar a como ocurre en el resto de Reglamentos europeos⁴⁴, la disposición se limita a recoger, en lo sustancial, la definición de documento público ofrecida por el TJUE en la Sentencia Unibank⁴⁵.

29. Lo que caracteriza al documento público es que debe intervenir necesariamente una autoridad pública (u otra autoridad habilitada a tal fin⁴⁶) que autentifica la firma y su contenido, pues dicha intervención dota al documento de presunción de exactitud⁴⁷. Esta noción debe interpretarse de forma autónoma y por exclusión pues será “documento público” aquél que no reúna los criterios exigidos para que pueda ser calificado como “resolución”⁴⁸. Así, en nuestro ordenamiento interno la escritura pública es un documento público (recuérdese que los arts. 1216 a 1224 CC definen los documentos públicos como aquellos que son autorizados por notarios o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley) y a los efectos del Reglamento la escritura de divorcio, en cambio, encajaría en la noción de “resolución”.

30. De conformidad con lo dispuesto en el art. 103 a) del Reglamento 2019/1111 (autoridades públicas para expedir un documento público y para registrar un acuerdo a las que se refiere el art. 2), España ha comunicado, de forma criticable, lo siguiente: “En las materias establecidas en el artículo 1, apartado 1, letras a) y b), son competentes los jueces y magistrados. Además, en el caso del artículo 1.1.a), también son competentes los notarios, siempre y cuando no existan menores involucrados en el procedimiento. También los Letrados de la Administración de Justicia, que tienen competencias para aprobar divorcios de mutuo acuerdo”. Y decimos que es criticable porque con esta comunicación el legislador español olvida, de nuevo, que la escritura de divorcio autorizada por el notario debe calificarse como una “resolución judicial” y no como un “documento público”. Afirmación que se corrobora desde el momento que se ha comunicado, en relación con el art. 36, que la autoridad competente para expedir el certificado relativo a las resoluciones en materia matrimonial es el Letrado de la Administración de

⁴⁴ Vid. art. 4.3 del Reglamento 805/2004, art. 2.3 del Reglamento 4/2009, art. 2.c) del Reglamento 1215/2012, art. 3.1.i) del Reglamento 650/2012 y arts. 3.1.c) del Reglamento 2016/1103 y del Reglamento 2016/1104.

⁴⁵ Sentencia de 17 de junio de 1999, asunto C-260/97, Unibank (ECLI:EU:C:1999:312). Recuérdese que el Tribunal de Justicia afirmó expresamente que el carácter ejecutivo (aspecto que se determinará conforme a lo previsto en el ordenamiento del Estado miembro de origen) y la intervención de una autoridad pública son dos condiciones que deben cumplirse de forma acumulativa en un documento para ser considerado como “documento público”.

En la práctica, y como puso relieve el Informe P. SCHLOSSER, pueden plantearse problemas en relación con determinados documentos de los países del *Common Law* que autorizados por un *Notary Public*, cuya actividad no es equivalente a la del notariado latino, no tienen efecto ejecutivo. Informe de P. SCHLOSSER sobre el Convenio de 9 de octubre de 1978 relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte al Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, así como al Protocolo relativo a su interpretación por el Tribunal de Justicia, *DOC* 189, de 28 de junio de 1990.

⁴⁶ El Considerando 15 señala que en relación con los documentos públicos la palabra “habilitación” debe interpretarse de forma autónoma de conformidad con la definición de documento público que se utiliza horizontalmente en otros instrumentos de la Unión y a la luz de las finalidades del presente Reglamento. A juicio de F.J. FORCADA MIRANDA, *Comentarios prácticos al Reglamento (UE) 2019/1111. Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Sepin, Madrid, 2020, p. 69, esta expresión no deja de sorprender, máxime cuando no aparece más en la regulación del Reglamento.

⁴⁷ Para un estudio de los requisitos que debe reunir el documento público vid. P. CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, “Artículo 65. Reconocimiento y ejecución de los documentos públicos y de los acuerdos”, en G. PALAO MORENO (DIR), *El nuevo marco europeo en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción de menores. Comentarios al Reglamento (UE) n° 2019/1111*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 542.

⁴⁸ Así, por ejemplo, y como señala A. RIPOLL SOLER, “Artículo 64. Ámbito de aplicación”, en G. PALAO MORENO (DIR), *El nuevo marco europeo en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción de menores. Comentarios al Reglamento (UE) n° 2019/1111*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 528-529, encajarían en dicha noción, entre otros, la reconciliación habida entre los cónyuges durante el procedimiento de separación o tras el mismo o el acuerdo resultante de la mediación durante la crisis familiar.

Justicia. La cuestión no es baladí porque si el notario es un “órgano jurisdiccional”, a los efectos del Reglamento, está vinculado por los foros de competencia judicial internacional fijados para la materia matrimonial. De lo contrario, de no ser considerado como tal, las normas de competencia judicial internacional funcionarían como reglas indirectas al exigirse en el art. 66.2, como condición para la expedición del certificado del Anexo VIII, que la autoridad que haya formalizado o registrado el documento público o acuerdo tuviese competencia con arreglo al Capítulo II (aspecto que analizaremos más adelante).

Si es cierto que el Tribunal de Justicia ha afirmado que el valor de las comunicaciones realizadas por los Estados miembros no es definitiva, pues tienen un valor de presunción *iuris tamtum*⁴⁹, esto no puede servir de excusa para no modificar lo comunicado de forma incorrecta⁵⁰. La aplicación de normas tan complejas, como es el Reglamento 2019/1111, exige una buena formación y conocimiento por parte de los operadores jurídicos a lo que no contribuye, a nuestro juicio, los olvidos y confusiones de las comunicaciones realizadas por España, así como la tardanza de nuestro legislador para publicar en el BOE la adaptación de la DF 22^a LEC al Reglamento (cuando ha tenido tiempo de sobra para hacerlo).

31. Junto a esta definición de documento público, el art. 2.2.3) del Reglamento 2019/1111 incorpora la siguiente noción de «acuerdo»: “a efectos del capítulo IV se entenderá por acuerdo, un documento que no es un documento público, que ha sido firmado por las partes en materias que entran en el ámbito de aplicación del Reglamento y que ha sido registrado por una autoridad pública comunicada a la Comisión con este fin por un Estado miembro de conformidad con el art. 103”. Como puede comprobarse la noción de acuerdo se define en sentido negativo puesto que no es ni una resolución ni un documento público. Para ser considerado como “acuerdo” el documento debe haber sido firmado por ambas partes en las materias cubiertas por el Reglamento y tiene que ser registrado por una autoridad pública comunicada a tal efecto por un Estado miembro. Al exigirse estos requisitos queda claro que el Reglamento no se aplica a los acuerdos “meramente privados”, cuya eficacia quedará relegada a lo dispuesto en la legislación del Estado miembro requerido⁵¹.

32. Con estas tres nociones, y la aplicación del mismo régimen de eficacia, el legislador europeo da respuesta a los distintos tipos de divorcios extrajudiciales existentes en algunas de las legislaciones de los Estados miembros. En este sentido el Considerando 14, tras confirmar que el término “órgano jurisdiccional” debe interpretarse en sentido amplio, realiza una distinción entre diversas categorías de acuerdos atendiendo, como ya se ha afirmado, a la “intensidad de la intervención del órgano jurisdiccional”⁵². - En primer lugar, si el acuerdo ha sido aprobado por el órgano jurisdiccional después de haber examinado su fondo de conformidad con el derecho y los procedimientos nacionales, debe ser reconocido o ejecutado como una “resolución”, afirmación que ha sido corroborada por el TJUE en la Sentencia *Senatsverwaltung für Inneres und Sport, Standesamtsaufsicht*. Sería el caso, como venimos estudiando, de la escritura de divorcio autorizada por un notario español. - En segundo término, cualquier otro acuerdo que adquiera efecto jurídico vinculante en el Estado miembro de origen tras la intervención formal de una autoridad pública o de otra autoridad comunicada por un Estado miembro a

⁴⁹ En este sentido, entre otras, la ya citada Sentencia TJUE de 23 de mayo de 2019, asunto C-658/17, WB (ECLI:EU:2019:444). Sobre el valor de las Comunicaciones vid. P. JIMÉNEZ BLANCO, “El concepto de “órgano jurisdiccional” en los Reglamentos europeos de Derecho internacional privado”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, tomo XIX-XX, 2019-2020, pp. 126-127.

⁵⁰ Muy críticos con las Comunicaciones realizadas por España se han mostrado F. MARTÍN MAZUELOS, “Órganos y autoridades competentes respecto al nuevo Reglamento Bruselas II ter: dudas que plantea la comunicación del Estado español”, *La Ley*, núm. 10135, 21 de septiembre de 2022, pp. 1-3 y J. BAYO DELGADO, “A propósito del nuevo Reglamento (UE) núm. 2019/1111”, *Revista española de Derecho internacional*, núm. 2, 2022, p. 500.

⁵¹ Vid. Supra nota 21.

⁵² C. HONORATI Y S. BERNASCONI, “L’efficacia cross-border degli accordi stragiudiziali in materia familiare tra i Regolamenti Bruxelles II-bis e Bruxelles II-ter”, *Rivista trimestrale on line sullo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*, núm. 2, 2020, p. 40. A juicio de N. MARCHAL ESCALONA, “La eficacia en España de los divorcios extrajudiciales otorgados en el extranjero”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 1, 2021, p. 474, el dato clave para saber si un divorcio extrajudicial va a ser reconocido como “resolución judicial” o como “documento público o acuerdo” reside en la función que haya desempeñado la autoridad extranjera, si ha intervenido con una función constitutiva o si su función ha sido meramente recepticia de la voluntad de los cónyuges.

la Comisión para tal fin debe hacerse efectivo en los demás Estados miembros con arreglo a las disposiciones específicas sobre “documentos públicos y acuerdos”. - Por último, pueden circular conforme a las previsiones del Reglamento los acuerdos que no sean ni una resolución ni un documento público, pero que hayan sido registrados por una autoridad pública competente para hacerlo. Entre tales autoridades públicas pueden figurar los notarios que registren acuerdos, aun cuando estén ejerciendo una profesión liberal. Un ejemplo de divorcio privado que encajaría en esta nueva noción de “acuerdo” del Reglamento 2019/1111 es, como considera la doctrina, el previsto en el art. 229 del Código civil francés⁵³. En este divorcio no interviene ninguna autoridad pública, los cónyuges acuerdan el divorcio en un documento que es refrendado por los abogados y que se deposita ante un notario. El notario no realiza ningún control de legalidad, sino que se limita a protocolizar el acuerdo de divorcio⁵⁴.

2. La regulación de la eficacia de los documentos públicos y acuerdos por asimilación a la de las resoluciones judiciales

33. El art. 64 del Reglamento 2019/1111, que lleva por título “ámbito de aplicación”, establece que “la presente sección se aplica en materia de divorcio, separación legal y responsabilidad parental a los documentos públicos que hayan sido formalizados o registrados, y a los acuerdos que hayan sido registrados en un Estado miembro que ejerza su competencia con arreglo al capítulo II”. Y la regulación de la eficacia estos documentos públicos y acuerdos se realiza, al igual que se ha hecho en el resto de Reglamentos, por asimilación a la de las resoluciones judiciales⁵⁵. Así lo afirma expresamente el Considerando 70 cuando afirma que: “los documentos públicos y los acuerdos entre partes relativos a la separación legal y al divorcio que tengan efecto jurídico vinculante en un Estado miembro deben asimilarse a «resoluciones» a efectos de la aplicación de las normas sobre reconocimiento...”.

34. Consecuencia directa de la extensión de las soluciones previstas para las resoluciones judiciales a los documentos públicos y los acuerdos sobre separación legal y divorcio “que tengan efecto jurídico vinculante en el Estado miembro de origen” es, como afirma el art. 65.1, que estos se reconocerán en el resto de Estados miembros sin que se requiera ningún procedimiento especial, es decir, se consagra la regla del reconocimiento automático⁵⁶. Se aplicará en consecuencia la Sección Primera del Capítulo IV, salvo disposición en contrario. Estableciéndose la misma regulación se eliminan, como ya se ha afirmado, “problemas de calificación y delimitación entre resolución judicial/documento público/acuerdo en el sector del reconocimiento”⁵⁷.

⁵³ S. CORNELOUP Y T. KRUGER, “Le Règlement 2019/1111, Bruxelles II: la protection des enfants gagne du terrain”, *Revue critique de droit international privé*, núm. 2, 2020, p. 237; B. JURIK “Le nouveau Règlement Bruxelles II ter: le changement, ce n’est pas pour maintenant!”, *Journal européen des droits européens*, vol. 20, 2019, p. 2; M. REVILLARD, *Droit international privé et européen: pratique notariale*, 10^o ed, Defrénois, Paris, 2022, pp. 179-192.

⁵⁴ El divorcio privado fue aprobado en Francia por la Ley núm. 2016-1547 de 18 de noviembre de 2016 de modernización de la justicia del siglo XXI. Siguiendo a M. PEREÑA VICENTE, “El divorcio sin juez en el Derecho español y francés: entre el divorcio por notario y el divorcio por abogado. Dificultades teóricas y prácticas”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXII, 2019, pp. 37-38, el acuerdo de divorcio corresponde hacerlo a los cónyuges asistido cada uno por su abogado. El acuerdo debe contener las menciones del art. 229.3 del Código civil francés y si existen hijos menores debe constar que han sido informados de su derecho a ser oídos y que no desean hacer uso de esta facultad ya que, de lo contrario, se abriría la vía judicial. Además, debe constar el notario que va a protocolizarlo. Una vez que se ha redactado el acuerdo de divorcio debe ser comunicado por correo certificado con acuse de recepción a cada cónyuge por su abogado y se abre un periodo de reflexión de 15 días desde la recepción, durante el que no se puede firmar, bajo sanción de nulidad. Transcurrido ese plazo el acuerdo será firmado por las partes y refrendado por los abogados. Una vez firmado en tres ejemplares se envía al notario que debe proceder a su protocolización en un plazo máximo de 7 días. La doctrina francesa se ha mostrado muy crítica con esta regulación vid F. FERRAND, “Non-judicial divorce in France: Progress or a mess?”, en G. DOUGLAS, M. MURCH Y V. STEPHENS (eds), *International and National Perspectives on Child and Family Law. Essays in Honour of Nigel Lowe*, Intersentia, 2018, pp. 193-204 y la bibliografía citada.

⁵⁵ Vid. art. 46 del Reglamento 2201/2003, art. 25 del Reglamento 805/2004, art. 48 del Reglamento 4/2009, art. 58 del Reglamento 1215/2012, art. 60 del Reglamento 650/2012 y arts. 59 del Reglamento 2016/1103 y del Reglamento 2016/1104.

⁵⁶ Para su estudio vid, bibliografía citada supra nota 9.

⁵⁷ P. JIMÉNEZ BLANCO, “La desjudicialización del divorcio en la Unión Europea y su impacto en los Reglamentos europeos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 2, 2022, p. 560. Por esta razón considera (p. 562) que la Sentencia del Tribunal de

35. A tal efecto, y a instancia de parte, el órgano jurisdiccional o la autoridad competente del Estado miembro de origen comunicados a la Comisión expedirán un certificado de documento público o acuerdo utilizando el formulario que figura en el Anexo VIII. Como ya hemos adelantado, España ha comunicado que son autoridades competentes en relación con el certificado del artículo 66, apartado 1, letra a), “los letrados de la Administración de Justicia y los notarios”. Ahora bien, esta comunicación es incorrecta porque si la escritura de divorcio es una “resolución judicial” el notario no debe expedir el Anexo VIII, sino el Anexo II⁵⁸. Pero el problema está en que tampoco se contempla al notario en relación el certificado del art. 36, apartado, 1, letra a) (Anexo II- Certificado relativo a las resoluciones en materia matrimonial). De no rectificarse estas comunicaciones, consideramos necesario que este extremo sea aclarado en la (tan esperada) adaptación de la DF 22ª LEC al Reglamento 2019/1111.

36. El certificado es obligatorio por lo que si no se presenta no se reconocerá el documento público o el acuerdo en otro Estado miembro (art. 66.5). Y *únicamente* podrá expedirse si se cumplen las condiciones que enumera el art. 66.2⁵⁹:

- El Estado miembro que haya facultado a la autoridad pública o a otra autoridad para formalizar o registrar el documento público o para registrar el acuerdo tenía competencia con arreglo al capítulo II. A tal efecto, el art. 64 establece que la Sección Cuarta del Capítulo IV se aplica en materia de divorcio, separación judicial a los documentos públicos que hayan sido formalizados o registrados y a los acuerdos que hayan sido registrados en un Estado miembro “que ejerza su competencia con arreglo al capítulo II”. Como ya hemos afirmado las normas de competencia judicial internacional del Capítulo II sólo vinculan a los “órganos jurisdiccionales” de los Estados miembros (en el sentido amplio en el que debe entenderse dicho concepto), por lo que esas otras autoridades públicas u otras autoridades no están sometidas a ellas. De esta forma, al exigirse el cumplimiento de esta condición, las normas de competencia del Reglamento funcionan como reglas indirectas para el reconocimiento⁶⁰. La consecuencia directa de la falta de competencia es que el certificado no puede expedirse pues dicho extremo debe figurar en el punto 2 del Anexo VIII⁶¹.
- El documento público o acuerdo tiene efecto jurídico vinculante en dicho Estado miembro. A tal efecto, en el punto 7.5 del Anexo VIII debe señalarse la fecha a partir de la que el documento público o el acuerdo tiene efecto jurídico vinculante en el Estado miembro de origen⁶².

Justicia Senatsverwaltung für Inneres und Sport, Standesamtsaufsicht nace caducada pues va a ser el mismo el tratamiento de los divorcios judiciales alemanes, los notariales españoles, los registrados en Francia, en Italia o en Portugal. También va a ser irrelevante si el interviniente realiza un control de contenido o no.

⁵⁸ F. MARTÍN MAZUELOS, “Órganos y autoridades competentes respecto al nuevo Reglamento Bruselas II ter: dudas que plantea la comunicación del Estado español”, *La Ley*, núm. 10135, 21 de septiembre de 2022, p. 3, entiende que la referencia en la comunicación del art. 66 debería suprimirse.

⁵⁹ Como afirman C. HONORATI Y S. BERNASCONI, “L’efficacia cross-border degli accordi stragiudiziali in materia familiare tra i Regolamenti Bruxelles II-bis e Bruxelles II-ter”, *Rivista trimestrale on line sullo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*, núm. 2, 2020, p. 45, al exigirse el respeto de estas condiciones para la certificación, el nuevo Reglamento instituye un sistema de control “cuasi jurisdiccional”.

⁶⁰ Vid. en este sentido, A. DAVI Y A. ZANOBETTI, “Il nuovo Regolamento UE 2019/1111 e la circolazione di separazioni e divorzi nello spazio giudiziario europeo”, *Studi sull’integrazione europea*, XIV, 2019, p. 762; C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “Highlights on the Brussels II ter Regulation. What’s new in Regulation (EU) n° 2019/1111?”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XXII, 2020-2021, p. 101; P. JIMÉNEZ BLANCO, “La desjudicialización del divorcio en la Unión Europea y su impacto en los Reglamentos europeos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 2, 2022, pp. 567-568; C. HONORATI Y S. BERNASCONI, “L’efficacia cross-border degli accordi stragiudiziali in materia familiare tra i Regolamenti Bruxelles II-bis e Bruxelles II-ter”, *Rivista trimestrale on line sullo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*, núm. 2, 2020, p. 44.

⁶¹ Como afirman V. LAZIZ Y I. PRETELLI, “Revised recognition and enforcement procedures in Regulation Brussels II ter”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XXII, 2020-2021, de esta forma se evita el fenómeno del “divorcio shopping”. En sentido análogo, G. PAYAN, “Les apports du règlement Bruxelles II ter à l’édification de l’espace judiciaire européen: entre améliorations et insuffisances”, *Journal de Droit International*, núm. 2, 2023, p. 449.

⁶² Para la materia de responsabilidad parental debe expedirse el Anexo IX y se añade que el certificado no podrá expedirse si existen indicios de que el contenido del documento público o acuerdo es contrario al interés superior del menor. Para su estudio vid. F. J. FORCADA MIRANDA, *Comentarios prácticos al Reglamento (UE) 2019/1111. Competencia, reconocimiento y*

El certificado se rellenará en la lengua del documento público o del acuerdo. Si se expidiese en otra lengua oficial de las instituciones de la Unión Europea solicitada por las partes, el órgano jurisdiccional o la autoridad que lo expida no tiene obligación alguna de proporcionar una traducción o transcripción del contenido traducible de los campos de texto libre (art. 66.4).

37. Conforme establece el art. 67, el órgano jurisdiccional o la autoridad competente del Estado miembro de origen rectificará el certificado, previa solicitud o de oficio, en caso de que, debido a un error material o a una omisión, haya discrepancias entre el documento público o el acuerdo y el certificado (por ej. el nombre que figura en el certificado de uno los cónyuges es distinto del que aparece en el documento público). Y lo revocará, de oficio o a instancia de parte, cuando se haya expedido de forma indebida, habida cuenta de las condiciones establecidas en el art. 66. Al permitirse que pueda revocarse el certificado el Reglamento está introduciendo una alteración a la regulación prevista en la Sección Primera del Capítulo IV donde sólo se prevé, para las resoluciones sometidas al régimen general, la rectificación del certificado (art. 37)⁶³. El procedimiento de rectificación o de revocación del certificado, incluido cualquier recurso relativo a estos, se regulará por el Derecho del Estado miembro de origen, por lo que quedamos a la espera de lo que vaya a disponer la nueva DF 22^a LEC⁶⁴.

38. El art. 68.1 reproduce los motivos de denegación del reconocimiento recogidos en el art. 38 para las resoluciones en materia matrimonial con la salvedad, claro está, del basado en la lesión de los derechos de defensa del demandado que requiere un procedimiento judicial⁶⁵. En concreto se establece que “*deberá denegarse*” el reconocimiento de un documento público o acuerdo relativo a la separación legal o al divorcio si:

- a) El reconocimiento fuere manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro en el que se invoca el reconocimiento.

Se denegará el reconocimiento del documento público o acuerdo relativo a la separación legal o al divorcio cuando contravenga de forma manifiesta los principios esenciales e irrenunciables del ordenamiento jurídico del Estado miembro requerido. Tratándose de un concepto jurídico indeterminado, cuyo contenido corresponde fijar a los órganos del Estado miembro en el que sea invocado el reconocimiento, corresponde al TJUE “controlar los límites dentro de los cuales los tribunales de un Estado contratante pueden recurrir a este concepto para no reconocer una resolución dictada por un órgano jurisdiccional de otro Estado contratante”⁶⁶. La función del orden público es proteger los valores esenciales del foro y su aplicación debe ser muy muy excepcional, sólo en el caso de que exista una violación manifiesta de una norma considerada esencial en el Estado miembro requerido o de un derecho reconocido como fundamental en ese ordenamiento jurídico⁶⁷. En la materia

ejecución de resoluciones en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores, Sepin, Madrid, 2020, p. 431.

⁶³ La revocación del certificado sólo se permite para las resoluciones privilegiadas (art. 48). Para su estudio vid, M^a A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “El régimen de las resoluciones privilegiadas”, en B. CAMPUZANO DÍAZ (DIR), *Estudio del Reglamento (UE) 2019/1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 237-250.

⁶⁴ Por lo que se refiere al Título ejecutivo europeo la DF 21^a LEC por la que se facilita en España la aplicación del Reglamento 805/2004, establece para los documentos públicos con fuerza ejecutiva que “corresponderá al notario en cuyo protocolo se encuentre el título ejecutivo europeo certificado expedir el relativo a su rectificación por error material y el de revocación previstos en el artículo 10.1 del Reglamento... En todo caso, deberá constar en la matriz o póliza la rectificación, revocación, falta o limitación de ejecutividad”.

⁶⁵ Los apartados 2 y 3 del art. 68 enumeran los motivos de denegación en materia de responsabilidad parental distinguiendo, al igual que hace el art. 39, si son obligatorios o de apreciación facultativa.

Como recuerda el Considerando 55, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, documentos públicos y acuerdos que emanen de un Estado miembro deben basarse en el principio de confianza debiéndose limitar al mínimo los motivos de denegación del reconocimiento.

⁶⁶ STJUE de 28 de marzo de 2000, asunto C-7/98, Krombach (ECLI:EU:C:2000:164).

⁶⁷ Entre otras, Sentencias de 28 de marzo de 2000, C-7/98, Krombach (ECLI:EU:C:2000:164); de 28 de abril de 2009, asunto

matrimonial este motivo se invocará, como ya se ha afirmado, cuando exista discriminación por razón de sexo o de religión⁶⁸; o para realizar un control sobre el consentimiento⁶⁹.

- b) Fuere irreconciliable con una resolución, un documento público o un acuerdo entre las mismas partes en el Estado miembro en el que se invoca el reconocimiento.

Debe entenderse que existe inconciliabilidad cuando las decisiones “implican consecuencias jurídicas que se excluyen recíprocamente”⁷⁰. Por ejemplo, se solicita en España el reconocimiento de un documento público de separación habiéndose disuelto ya el matrimonio en nuestro país por una resolución de divorcio.

Este motivo de denegación solo exige la “identidad de partes”, siendo indiferente que la resolución/documento público/acuerdo sea o no anterior a aquél cuyo reconocimiento se solicita, pues se prefiere siempre⁷¹.

- c) Fuere irreconciliable con una resolución, un documento público o un acuerdo anterior dictado en otro Estado miembro o en un Estado no miembro entre las mismas partes, siempre y cuando la primera resolución, el primer documento público o el primer acuerdo reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado miembro en el que se invoca el reconocimiento. Como puede comprobarse además de la identidad de partes, se exige la “anterioridad” y que “la primera resolución, el primer documento público o el primer acuerdo reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado miembro en el que se invoca el reconocimiento”.

IV. Conclusiones

39. El Tribunal de Justicia en la Sentencia de 15 de noviembre de 2022 aborda por primera vez la cuestión relativa a la eficacia de los divorcios extrajudiciales en el ámbito del Reglamento 2201/2003. En particular, si pueden reconocerse conforme a las soluciones previstas para las resoluciones judiciales y beneficiarse, en consecuencia, de la regla del reconocimiento automático. En el caso concreto, el problema se planteó en relación al reconocimiento en Alemania de un divorcio italiano de mutuo acuerdo obtenido en un procedimiento extrajudicial. Y para responder a la cuestión el Tribunal basa todo su razonamiento en la interpretación del concepto “resolución judicial” y en los elementos que deben cumplirse

C-420/07, Apostolides (ECLI:EU:C:2009:271); de 6 de septiembre de 2012, C-619/10, Trade Agency (ECLI:EU:C:2012:531) y de 23 de octubre de 2014, asunto C-302/13, Lithuanian Airlines (ECLI:EU:C:2014:2319).

Buena prueba de que debe intervenir de forma excepcional es que el orden público no puede justificar un control de la competencia judicial internacional (art. 69) y que el art. 70 del Reglamento prohíbe el control de la competencia legislativa ya que no puede denegarse el reconocimiento porque el Derecho del Estado miembro en el que se invoca el reconocimiento no autoriza el divorcio, la separación legal o la nulidad matrimonial basándose en los mismos hechos. Debe recordarse además que, como ha afirmado el Tribunal de Justicia en la Sentencia 16 de diciembre de 2016, asunto C-386/17, Liberato (ECLI:EU:C:2019:24), la infracción de las normas de litispendencia no puede justificar, por sí sola, la denegación del reconocimiento de una resolución por ser manifiestamente contraria al orden público del Estado miembro requerido.

⁶⁸ I. ANTÓN JUÁREZ, “Artículo 68. Motivos de denegación del reconocimiento o de la ejecución”, en E. CASTELLANOS RUIZ (DIR), *Comentario al nuevo Reglamento (UE), Bruselas II ter relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental y sobre la sustracción internacional de menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 567; P. CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, “Artículo 68. Motivos de denegación del reconocimiento o de la ejecución”, en G. PALAO MORENO (DIR), *El nuevo marco europeo en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción de menores. Comentarios al Reglamento (UE) n° 2019/1111*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 601.

⁶⁹ P. JIMÉNEZ BLANCO, “La desjudicialización de divorcio en la Unión Europea y su impacto en los Reglamentos europeos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 2, 2022, p. 565.

⁷⁰ Así lo ha afirmado el Tribunal de Justicia en las Sentencias de 4 de febrero de 1988, C-145/86, Hoffman (ECLI:EU:C:1988:61) y de 6 de junio de 2002, asunto C-80/00, Leather (ECLI:EU:C:2002:342)

⁷¹ Vid para su estudio S. CORNELOUP Y T. KRUGER, “Le Règlement 2019/1111, Bruxelles II: la protection des enfants gagne du terrain”, *Revue critique de droit international privé*, núm. 2, 2020, p. 240. Como afirma N. MARCHAL ESCALONA, *El divorcio no judicial en Derecho internacional privado español*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, p. 150, la operatividad del motivo de denegación basado en la inconciliabilidad en este tipo de divorcios en nula ya que existe mutuo acuerdo de los cónyuges y es difícil pensar que alguno de los cónyuges haya solicitado la disolución del vínculo matrimonial ante otra autoridad o tribunal competente.

para que una decisión sea calificada como tal y poder circular por el espacio europeo. La autoridad extrajudicial que conoce del divorcio debe tener, conforme a lo previsto en su ordenamiento, competencia en la materia (lo que viene a corroborar que el concepto de “órgano jurisdiccional” debe interpretarse en sentido amplio) y realizar un control sobre el fondo, es decir, intervenir con una función decisoria.

40. Tras esta Sentencia la cuestión prejudicial planteada al TJUE en relación con el Derecho español fue retirada, lo que viene a confirmar que las escrituras de divorcio autorizadas por los notarios españoles deben calificarse como “resolución judicial” al cumplirse, como hemos analizado, las premisas que se exigen para ello.

41. No obstante, hay que concluir afirmando que el debate suscitado sobre esta cuestión se ha diluido ya que desde el 1 de agosto de 2022 han comenzado a aplicarse las reglas del Reglamento 2019/1111 que establecen para los “documentos públicos” y “acuerdos”, el mismo de régimen de eficacia extraterritorial que el previsto para las “resoluciones judiciales”, si se cumplen las condiciones exigidas. A nuestro juicio, las Comunicaciones realizadas por España deben rectificarse puesto que el notario es un “órgano jurisdiccional” que debe expedir el Anexo II previsto para las resoluciones en materia matrimonial. Además, urge la publicación en el BOE de la adaptación de la DF 22ª LEC lo que contribuirá, sin lugar a dudas, a una correcta aplicación por parte de los operadores jurídicos de toda esta nueva regulación.

Discriminación por razón de sexo y Seguridad Social: La aplicación de la Directiva 79/7 en España

Sex discrimination and Social Security: The application of Directive 79/7 in Spain

CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO

*Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.
Universidad de Sevilla*

ORCID ID: 0000-0001-9780-7860

Recibido: 09.05.2023 / Aceptado: 31.05.20230

DOI: 10.20318/cdt.2023.8082

Resumen: El Informe de la Comisión de 11 de septiembre de 1995 sobre la aplicación de la Directiva 79/7 en España destacaba la correcta aplicación de la misma en nuestro país. Sin embargo, desde hace más de una década la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea está poniendo continuamente en evidencia la existencia de antiguas y nuevas discriminaciones por razón de sexo en la legislación española de Seguridad Social. Estas sentencias han constituido un revulsivo que han impulsado reformas legislativas de gran calado para adecuar la normativa nacional al Derecho de la Unión Europea. Aunque en varias ocasiones el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Constitucional español han tenido que pronunciarse sobre el carácter discriminatorio, o no, de las mismas disposiciones, por el momento el diálogo entre ambos tribunales ha sido armonioso. En cualquier caso, la Directiva 79/7 no es la panacea para la total erradicación de las discriminaciones por razón de sexo en el ámbito de la Seguridad Social y Asistencia Social porque, conforme a su ámbito de aplicación personal y material, la Directiva 79/7 no se aplica a todas las personas ni a todas las prestaciones sociales.

Palabras clave: discriminación, Seguridad Social, Directiva, Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Abstract: The Commission Report of 11 September 1995 on the application of Directive 79/7 in Spain highlighted the correct application of the Directive in our country. However, for more than a decade, the case law of the Court of Justice in Luxembourg has continually outlined the existence of old and new forms of discrimination on grounds of sex in Spanish Social Security legislation. These rulings have been a catalyst for far-reaching legislative reforms to bring national legislation into line with European Union law. Although on several occasions the Court of Justice of the European Union and the Spanish Constitutional Court have had to rule on the discriminatory nature of the same provisions, the dialogue between the two courts has so far been harmonious. In any case, Directive 79/7 is not a panacea for the total eradication of discrimination on grounds of sex in the field of social security and social assistance because, given its personal and material scope of application, Directive 79/7 does not apply to all persons or to all social benefits.

Keywords: discrimination, Social Security, Directive, Court of Justice of the European Union.

Sumario: I. De la igualdad de trato salarial en el Tratado de la Comunidad Económica Europea a la igualdad de trato por razón de sexo en materia de Seguridad Social en la Directiva 79/7.
1. El artículo 119 del Tratado de la Comunidad Económica Europea. 2. La Directiva 79/7. II. Sobre

si la Directiva 79/7 vulnera el principio de igualdad consagrado en el Tratado de la Unión Europea, en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y en la Carta de los Derechos Fundamentales. III. Pensión de Jubilación y Trabajo (Feminizado) a Tiempo Parcial. 1. Períodos de cotización computable. 2. Integración de lagunas de cotización. 3. Porcentaje aplicable a la Base Reguladora. 4. Reducción de jornada por guarda legal y pensiones. IV. Desempleo y Trabajo a Tiempo Parcial. V. (In)compatibilidad de pensiones en el mismo Régimen General de Seguridad Social. VI. Complemento de pensión por aportación demográfica y exclusión de los progenitores masculinos: discriminación directa por razón de sexo. 1. Impacto de la STJUE de 12 de diciembre de 2019 en la práctica administrativa, jurisprudencia y legislación española. VII. Inaplicación de la Directiva 79/7 a trabajadores del mismo sexo. VIII. Empleadas de hogar y protección por desempleo. 1. Empleadas de hogar transfronterizas. IX. Sostenibilidad financiera de las pensiones y objetivos legítimos de política social como justificación de la inaplicación de la Directiva 79/7 pero no del Reglamento 883/2004. X. Conclusiones.

I. De la igualdad de trato salarial en el Tratado de la Comunidad Económica Europea a la igualdad de trato por razón de sexo en materia de Seguridad Social en la Directiva 79/7

1. Debido al carácter predominantemente económico que caracterizó a la Comunidad Europea en sus inicios la Seguridad Social de los migrantes no fue concebida por el Tratado de la Comunidad Económica Europea (1957) como uno de los pilares sobre los que se construiría el Mercado Común. Y ello a pesar de que tempranamente se planteó el debate sobre si la protección social podía tener, directa o indirectamente, una repercusión sobre los costes laborales y, por tanto, si la instauración de un Mercado Común precisaba de una “armonización social”.

2. Francia era partidaria de esto último y entre los argumentos esgrimidos a favor de la armonización de los sistemas de Seguridad Social adujo que resultaba necesaria para la consecución de la libre circulación de trabajadores puesto que estos podrían sentirse inclinados a emigrar a aquellos países que les dispensaran una mejor cobertura de Seguridad Social.

3. Alemania abogó por la tesis contraria al considerar no sólo que la armonización social era innecesaria (ya que la protección social constituye solamente uno de los factores que determinan la competitividad) sino que incluso la armonización podía distorsionar el equilibrio entre los Estados fundadores.

4. Esta segunda postura fue la que prevaleció en el Tratado de la Comunidad Económica Europea y, ante las reticencias e incluso la firme oposición de la mayoría de los Estados miembros, el Tratado no atribuyó a las instituciones comunitarias competencias efectivas para impulsar la armonización de los sistemas de Seguridad Social pensándose incluso que, con el paso de los años, el propio funcionamiento del Mercado Común conduciría a ese resultado.

1. El artículo 119 del Tratado de la Comunidad Económica Europea

5. La incorporación del artículo 119¹ fue una excepción a esta falta de previsiones armonizadoras en el Tratado de la Comunidad Económica Europea. Este precepto, como señaló Ortiz Lallana², encuentra su precedente en los artículos 41 del Tratado de Constitución de la OIT (en su versión de 1946)

¹ Artículo 119: “Cada Estado miembro garantizará durante la primera etapa, y mantendrá después, la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo”. Actualmente se corresponde con el artículo 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

² M.C. ORTIZ LALLANA, “Igualdad de Trato por Razón de Sexo: Un Estudio Especial (I)”, *Actualidad Laboral* nº 13/1988, p.672.

y 2.1 del Convenio 100 de 29 de junio de 1951 de esta misma Organización, aunque manifestaciones de este principio pueden también ser encontradas en otros textos internacionales.

6. El artículo 119 constituye la única referencia expresa que el Tratado de la Comunidad Económica Europea dedicó a la prohibición de discriminación por razón de sexo. Conviene puntualizar que no existe ninguna mención en dicho Tratado ni el actualmente vigente, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, al término discriminación por razón de género.

7. Podría pensarse que la inclusión en el Tratado del artículo 119 se produjo con un objetivo social, reflejo del carácter fundamental que el Derecho a la igualdad de tratamiento sin discriminación por razón de sexo reviste en todo sistema democrático³. Nada más lejos de la realidad. Como ocurre en otros supuestos en los que el Tratado regula medidas de carácter social, lo hace movido principalmente por razones económicas: rechazadas las pretensiones de Francia para proceder a una armonización de los costos sociales -que hubiera conllevado una armonización de los sistemas de protección social- se llegó finalmente a una solución de compromiso y la delegación francesa consiguió que se introdujeran los artículos 119 y 120 en el Tratado de la Comunidad Económica Europea. Con ello se evitaba el riesgo de que la firma del Tratado colocase a la economía de dicho país en una posición competitiva menos ventajosa frente a los demás Estados miembros. Es decir, que la igualdad de remuneración se concibe en el Tratado con una clara finalidad económica cuyo objetivo es evitar falsear la competencia entre las empresas europeas que compiten en el Mercado Común⁴.

8. La trascendencia del importante papel que el artículo 119 del Tratado de la Comunidad Económica Europea estaba llamado a desempeñar no comenzó a manifestarse hasta la década de los años 70, momento a partir del cual la eliminación de la discriminación por razón de sexo en el seno de la Comunidad adquirió un innegable impulso como refleja la creación del Comité Consultivo para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, el establecimiento de la Comisión de los Derechos de las mujeres, la instauración de programas específicos para mejorar el nivel de participación de las mujeres en el mundo laboral, tales como NOW, IRIS, YLEI...

9. Por su especial trascendencia hay que mencionar la Cumbre de París de 1972 que culminó con la adopción por parte del Consejo de las Comunidades el 21 de enero de 1974 de un Programa de Acción social para “emprender acciones a fin de asegurar la igualdad de los hombres y de las mujeres en lo que concierne al acceso de empleo, a la formación y promoción profesionales, así como a las condiciones de trabajo, incluidas las remuneraciones”. En dicho documento se aludía a que la Comisión había presentado una propuesta sobre una Directiva que desarrollase el artículo 119. Esta proposición cristalizaría en la adopción de la Directiva 75/117 de 10 de febrero “relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos”.

2. La Directiva 79/7

10. Las medidas relativas a la realización del principio de igualdad por razón de sexo en el seno de la Comunidad Europea, por muy extensivamente que fueran interpretadas por el Tribunal de Justicia, eran insuficientes para eliminar muchas modalidades de supuestos discriminatorios subsistentes.

11. Y, entre estos supuestos excluidos se encuentran precisamente las prestaciones instituidas en el marco de un régimen legal de Seguridad Social. De ahí la gran importancia de que el 19 de diciembre

³ M.T. DE LA VEGA SANZ, “El Principio de Igualdad” en: C.G.P.J., *Derecho Social Comunitario, Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1992, p.54.

⁴ T. PÉREZ DEL RÍO, “La Normativa Comunitaria en materia de Igualdad de Trato y No Discriminación por Razón de Sexo”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha* n° 13/1991, p.17.

de 1978 se adoptara la Directiva 79/7 “relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social”, que encuentra su fundamento en el artículo 235 del Tratado de la Comunidad Europea y en el artículo 1.2 de la Directiva 76/207⁵.

12. Puesto que la Comunidad Económica Europea se constituyó con un clarísimo objetivo económico no es de extrañar que la Directiva 79/7 no sea aplicable a quienes nunca fueron demandantes de empleo. Por idéntica razón su ámbito de aplicación personal se restringe a las personas que en el momento en que se generó su derecho a una prestación estaban en activo, o a quienes hubieran visto su actividad interrumpida por alguna de las contingencias taxativamente enumerados en el artículo 2 de la Directiva 79/7⁶.

13. No obstante, en el supuesto de que los ingresos del trabajador/a no cubriesen todas sus necesidades ello no le privaría de su condición de persona activa a los efectos de la citada Directiva⁷. E, incluso, en el caso Drake el Tribunal de Justicia de Luxemburgo dictaminó que una persona que había renunciado a trabajar sólo a causa de la invalidez de su madre debía considerarse que formaba parte de la población activa a los efectos de la Directiva⁸.

14. Por lo que respecta al ámbito de aplicación material de la Directiva 79/7 el mismo viene regulado en su artículo tercero, en virtud del cual quedan incluidos los regímenes legales que aseguren una protección contra los riesgos relativos a la enfermedad, invalidez, vejez, accidente laboral y enfermedad profesional. Es de destacar la expresa inclusión de las disposiciones relativas a la Asistencia Social en la medida en que estén destinadas a completar o suplir la protección contra alguno de los riesgos anteriormente citados.

15. Por el contrario, conforme al artículo 3.2 de la Directiva 79/7, quedan excluidas expresamente las prestaciones en favor de los supervivientes y, como regla general, las prestaciones familiares. Y por supuesto también las prestaciones “de moderna generación en cuanto inexistentes en la época de la Directiva 79/7 (como la dependencia o la paternidad). Por lo que respecta a las prestaciones derivadas de embarazo, maternidad o lactancia “estaban y siguen estando fuera de la regulación de la Directiva 79/7 pero han acabado por subirse al ámbito de aplicación de la más protectora Directiva 2006/54”⁹.

16. En relación a este artículo tercero se ha planteado la cuestión de si la aplicabilidad de la Directiva está subordinada al dato de que el régimen de Seguridad Social o Asistencia Social de que se trate haya sido concebido por el autor de la norma como una protección contra los riesgos enumerados específicamente por la propia Directiva o si, por el contrario, es suficiente con que ofrezca una protección de hecho contra tales riesgos. El Tribunal de Justicia de Luxemburgo tempranamente optó por interpretar que la simple utilización de criterios relativos a riesgos incluidos en el ámbito de aplicación material de la Directiva no supone necesariamente que la Directiva resulte aplicable a dicha prestación.

17. El artículo 4.1 de la Directiva 79/7 prohíbe tanto las discriminaciones directas como indirectas, aunque no contiene una definición expresa de las mismas. En el contexto de la Directiva 79/7 discriminación indirecta ha de interpretarse de la misma manera que a efectos de la Directiva 2006/54. Y,

⁵ Directiva 76/207 de 9 de febrero relativa a “la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo”. Su fundamento jurídico lo constituyó el artículo 235 del Tratado. La Directiva 76/207, junto con las Directivas 75/117, 86/378 y 97/80 fueron refundidas en la Directiva 2006/54.

⁶ Artículo 2: “la presente Directiva se aplicará a la población activa, incluidos los trabajadores independientes, los trabajadores cuya actividad se vea interrumpida por enfermedad, accidente o paro involuntario, a las personas que busquen empleo, así como a los jubilados y a los trabajadores inválidos”.

⁷ STJUE de 14 de diciembre 1995, -317/93, ECLI:EU:C:1995:438.

⁸ STJCE de 24 de junio de 1986, -150/85, ECLI:EU:C:1986:257.

⁹ F. LOUSADA AROCHENA, “Seguridad Social Pública y Discriminación Sexista en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su aplicación en España” en: A. VICENTE PALACIO (Coord.), *Aplicación por los Tribunales Españoles de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Materia Social*, Atelier, Barcelona, 2023, pp. 303-304.

de acuerdo con el artículo 2.1.b) de la Directiva 2006/54, constituye discriminación indirecta por razón de sexo una situación en la que una disposición, un criterio o una práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que tal disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios.

18. El Tribunal de Justicia de Luxemburgo ha declarado que existe discriminación indirecta cuando la aplicación de una medida nacional, aunque formulada de manera neutra, perjudique de hecho a un número mucho mayor de personas de un sexo que del otro sexo¹⁰. La existencia de una discriminación indirecta puede ser demostrada por cualquier medio de prueba, incluso datos estadísticos¹¹.

19. El artículo 4.1 de la Directiva 79/7 es lo suficientemente preciso como para que los nacionales puedan invocarlo ante las jurisdicciones nacionales al objeto de que inapliquen cualquier disposición que vulnere tal artículo, incluso si con ello se provoca un “enriquecimiento sin causa” prohibido por el Derecho nacional.

20. Cuando los órganos jurisdiccionales nacionales constaten la existencia de una discriminación directa o indirecta prohibida por la Directiva, el colectivo discriminado tiene derecho a ser tratado de la misma manera y a que se le aplique el mismo régimen que al resto de los sujetos en la misma situación.

21. El principio de no discriminación se entiende sin perjuicio de las disposiciones relativas a la protección de la mujer en razón de la maternidad (artículo 4.2).

22. En cualquier caso, y sin negar el impacto que la Directiva 79/7 ha supuesto en la consecución de la igualdad por razón de sexo en el ámbito de la Seguridad Social, no puede tampoco dejar de reconocérsele sus limitaciones derivadas de la redacción de su artículo séptimo que permite a los Estados miembros mantener en sus legislaciones internas excepciones al principio de igualdad excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva. Ni que decir tiene que tales limitaciones han sido interpretadas restrictivamente por el Tribunal de Justicia. Por último, pero no menos significativo, hay que señalar que la Directiva 79/7 no contempla ninguna norma sobre carga de la prueba de la discriminación.

II. Sobre si la Directiva 79/7 vulnera el principio de igualdad consagrado en el Tratado de la Unión Europea, en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y en la Carta de los Derechos Fundamentales

23. Para responder a esta cuestión resulta obligada la remisión a la STJUE de 14 de octubre de 2021¹² que declaró inadmisibile la cuestión prejudicial planteada en el asunto 244/20 por la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña. Lo osado del argumento esgrimido por el TSJ de Cataluña y la contundente respuesta del TJUE merecen que se preste especial atención a este pronunciamiento judicial.

24. El litigio principal traía causa de la denegación de una pensión de viudedad a la demandante, pareja de hecho del sujeto causante con el que había convivido varias décadas, pero que no solicitaron su inscripción en el Registro de Parejas Estables de Cataluña hasta el mes anterior al fallecimiento del sujeto causante, acaecida en agosto 2017. De conformidad con el Código Civil catalán no se requiere para que se reconozca la existencia de una pareja de hecho que se formalice en escritura pública y tampoco es necesario la disolución de un posible vínculo conyugal anterior.

¹⁰ Entre otras muchas, cfr. SSTJUE de 20 de octubre de 2011, -123/10, ECLI:EU:C:2011:675 y de 8 de mayo de 2019, -161/18, ECLI:EU:C:2019:382.

¹¹ STJUE de 3 de octubre de 2019, -274/18, ECLI:EU:C:2019:828.

¹² STJUE de 14 de octubre de 2021, -244/20, ECLI:EU:C:2021:854.

25. Para el reconocimiento de pensión de viudedad en caso de parejas de hecho el artículo 174, apartado 3, quinto párrafo TRLGSS -en la redacción dada por la ley 40/2007¹³- permitía que en las CC.AA. con Derecho civil propio, como Cataluña, la consideración de pareja de hecho y su acreditación se acreditara conforme a lo establecido en su normativa específica. En cualquier caso, la formalización de la relación debía haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante.

26. El párrafo quinto del artículo 17.3 TRLGSS citado fue declarado inconstitucional *ex nunc* por la STC 40/2014, de 11 de marzo, debido a que introducía un factor de diversidad basado en la residencia, generando con ello una desigualdad de trato en el régimen jurídico de la pensión de viudedad para parejas de hecho.

27. El vigente artículo 221.2, *in fine* TRLGSS exige que la existencia de pareja de hecho se acredite mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del sujeto causante

28. En el litigio principal enjuiciado por el TSJ de Cataluña era del todo evidente que desde la fecha de la STC 40/2014 hasta la fecha del óbito del sujeto causante, la pareja había tenido tiempo sobrado para cumplir con el requisito exigible de que la formalización de la relación de pareja de hecho se hubiera realizado con al menos dos años de antelación al fallecimiento de uno de los miembros de la pareja.

29. A pesar de que la denegación de la pensión de viudedad solicitada estaba más que justificada en el litigio principal, el TSJ de Cataluña planteó cuestión prejudicial por considerar que la STC 40/2014 sometió la concesión de la pensión de viudedad para parejas de hecho a un requisito de formalización que no había sido aplicable en Cataluña. Además, señala el TSJ, “tanto en Cataluña como en el resto de España, la pensión de viudedad está feminizada, ya que los beneficiarios de tal pensión son mujeres en un porcentaje que supera el 90 %, por lo que podría constituir una discriminación indirecta por razón de sexo la restricción de acceso a la pensión controvertida en el litigio principal derivada de la STC 40/2014”.

30. El TSJ de Cataluña es perfecto conocedor de que la pensión de viudedad está excluida del ámbito de aplicación material de la Directiva 79/7 y que, por tanto, no puede invocarse la citada Directiva para fundar la existencia de una discriminación por razón de sexo. Para salvar este obstáculo el TSJ de Cataluña esgrimió el siguiente argumento: que “la exclusión de las pensiones de viudedad del ámbito de aplicación material de la Directiva 79/7 -conforme a su artículo 3.2- no es conforme con el principio de igualdad entre hombres y mujeres proclamado como valor fundacional de la Unión Europea en los artículos 2 TUE y 3 TUE, en el artículo 19 TFUE y como Derecho Fundamental en el artículo 2.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”.

31. Es decir, que lo que se está cuestionando es, nada más y nada menos, si la Directiva 79/7 -Derecho derivado- infringe el derecho a la no discriminación tal y como actualmente está proclamado en el Derecho originario.

32. De la importante STJUE de 14 de octubre de 2021 se infiere que:

- 1) La supuesta discriminación controvertida en el litigio principal no está comprendida en el ámbito de aplicación del principio de igualdad entre hombres y mujeres.
- 2) Que la pensión controvertida en el litigio principal constituye una prestación a favor de los supervivientes en el sentido del artículo 3.2 de la Directiva 79/7 y excluida, como tal, del

¹³ Actual artículo 221.2 TRLGSS.

ámbito de aplicación de dicha Directiva¹⁴. “Al no imponerse a los Estados miembros obligación alguna a este respecto, esta pensión no está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión y, por tanto, de la Carta”.

- 3) Cuando una situación jurídica no está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, el TJUE no tiene competencia para conocer de ella, y las disposiciones de la Carta eventualmente invocadas no pueden fundar por sí solas tal competencia¹⁵.
- 4) Rotundamente resuelve el Tribunal que el principio de no discriminación no puede conllevar que se aplique el Derecho de la UE a actos de Derecho derivado no adoptados sobre la base del artículo 19 TFUE -antiguo artículo 13 TCE- o de otras disposiciones de los Tratados.

33. La piedra angular de la sentencia es que hay que partir de la premisa de que la Directiva 79/7 es anterior en el tiempo a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, anterior al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y al Tratado de la Unión Europea. No hay que olvidar que cuando esta Directiva se adoptó estaba en vigor el Tratado de la Comunidad Económica Europea, que únicamente dedicaba un artículo a la igualdad entre hombres y mujeres en materia salarial: el artículo 119. Pero, la Directiva 79/7 no encuentra su fundamento en ese artículo 119 sino en el 235¹⁶ del Tratado de la Comunidad Económica Europea, que ninguna relación guarda con la igualdad. Y con ello “se está reconociendo paladinamente que del artículo 119 no se podían extraer las potestades necesarias para acometer la generalización del principio de igualdad de trato por razón de sexo”¹⁷.

34. Por tanto, lo que la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de octubre 2021 viene a significar es que los artículos que actualmente proclaman el derecho a la no discriminación en los Tratados y en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea no pueden aplicarse a disposiciones de Derecho derivado que ni se fundan ni desarrollan dichos artículos, como es el caso de la Directiva 79/7 que, dicho sea de paso, no ha sido objeto de reforma hasta la fecha.

III. Pensión de Jubilación y Trabajo (Feminizado) a Tiempo parcial

35. La definición de contrato a tiempo parcial se encuentra en el artículo 12.1 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores: “el contrato de trabajo se entenderá celebrado a tiempo parcial cuando se haya acordado la prestación de servicios durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año, inferior a la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable”.

36. Históricamente, tanto en España como en el resto de los países de nuestro entorno el trabajo a tiempo parcial ha sido -y sigue siendo- desempeñado mayoritariamente por mujeres puesto que siguen siendo quienes en mayor porcentaje asumen las cargas familiares: mayores, hijos y/o dependientes. El origen de esta situación es histórica: “los roles asignados en función del sexo son diferentes y tienen distinta valoración social. El valor otorgado por la sociedad al rol social femenino, ha sido, y es actualmente, inferior al del rol masculino, y ello ha determinado una posición socio-económica discriminatoria de las mujeres y una situación asimétrica de poder respecto de los hombres”¹⁸.

¹⁴ SSTJUE de 3 de diciembre de 1987, -192/85, ECLI:EU:C:1987:522 y de 27 de octubre de 1993, -337/91, ECLI:EU:C:1993:856.

¹⁵ STJUE de 17 de marzo de 2021, 652/19 (EU:C:2021:208) y Auto del TJUE de 4 de junio de 2020, -32/20 (ECLI:EU:C:2020:441).

¹⁶ Artículo 235: “cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones pertinentes”.

¹⁷ ALFREDO MONTOYA MELGAR, JESÚS GALIANA MORENO Y ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO, *Derecho Social Europeo*, Tecnos, Madrid, 1994, p.57.

¹⁸ T. PÉREZ DEL RÍO, *Igualdad de Género en el Empleo*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2006, p.10.

37. Este contexto explica, tal y como el Parlamento Europeo destacó en su Resolución de 14 de junio 2017 que “en la mayoría de los Estados miembros de la Unión, las mujeres gozan de una menor cobertura que los hombres en las pensiones de jubilación”.

38. En el TRLGSS 1994 las reglas para el cálculo del importe de la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial estaban reguladas en su Disposición Adicional Séptima que fue modificada parcialmente por el Real Decreto-ley 15/1998. Y, posteriormente, por el Real Decreto-ley 11/2013 dictado este último para superar el vacío legal provocado por la STC 61/2013. El vigente TRLGSS 2015 incorporó en su artículo 248.3 una disposición del mismo tenor que el de la derogada Disposición Adicional Séptima citada.

39. Es cierto que, formalmente, los derechos de los trabajadores son los mismos con independencia de su jornada laboral, pero a efectos de cotización y cálculo de las pensiones de los trabajadores a tiempo parcial la normativa de Seguridad Social ha conllevado en la práctica que, en algunos supuestos, se produzcan situaciones de discriminación indirecta por razón de sexo a la hora del reconocimiento de pensiones para este colectivo eminentemente feminizado, como han tenido ocasión reiteradamente de constatar tanto el Tribunal de Justicia de Luxemburgo como el propio Tribunal Constitucional español.

1. Períodos de cotización computable

40. Cronológicamente hablando, la sentencia de 22 de noviembre de 2012 (caso Elbal Moreno) es la primera en la que el TJUE reconoce que un precepto de la legislación española de Seguridad Social es contrario a la Directiva 79/7. La cuestión prejudicial fue planteada por el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona que elevó un total de cuatro preguntas invocando para ello una pluralidad de disposiciones de Derecho comunitario. Por no ser aplicable al caso la normativa alegada¹⁹ el Tribunal de Justicia desestimó todas las cuestiones, excepto la última en la que se planteaba la conformidad de la legislación española con la Directiva 79/7.

41. El litigio principal giró en torno a la Disposición Adicional Séptima del derogado TRLGSS 1/1994 -en la redacción dada por el RD-ley 15/1998- que imponía el cómputo exclusivo de las horas efectivamente trabajadas (y no los días trabajados) para determinar los períodos de cotización exigidos para acceder a la pensión de jubilación contributiva (aunque atenuado mediante dos reglas correctoras con la finalidad de facilitar el acceso a la protección de la Seguridad Social a los trabajadores a tiempo parcial)²⁰.

42. La aplicación del citado precepto conllevaba *de facto* que se exigiera a los trabajadores a tiempo parcial -sector eminentemente feminizado- un mayor período de cotización respecto a los trabajadores a tiempo completo. Y provocaba, en el caso concreto de la Sra. Elbal Moreno que, a pesar de haber trabajado durante 18 años a jornada parcial no reuniera el período mínimo de cotización de quince años. Es más, tal y como enfatizó el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona, con arreglo a la legislación vigente la demandante habría de trabajar cien años para tener derecho a una pensión de jubilación de 112, 93 euros al mes.

43. El Tribunal de Justicia de Luxemburgo constató que la pensión controvertida está incluida en el ámbito de aplicación material del artículo 3.1 de la Directiva 79/7 por estar directa y efectivamente vinculada con la protección contra el riesgo de la vejez. Se estimó estadísticamente probado que una nor-

¹⁹ La sentencia descarta la aplicabilidad al caso de la Directiva 97/81, del artículo 157 del TFUE y de la Directiva 2006/54.

²⁰ Sobre la evolución histórica de la forma de cómputo de la cotización en el contrato a tiempo parcial a efectos del período de carencia, cfr. A. VICENTE PALACIO; “La Sentencia Elbal Moreno y sus Resonancias (y una disonancia) en VV.AA; *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles*, Universidad de Santiago de Compostela, 2020, pp.686-687

mativa como la controvertida afectaba a una proporción mucho mayor de mujeres que de hombres por lo que la normativa en litigio, aparentemente neutra, perjudicaba desproporcionadamente a las trabajadoras sin que exista causa objetiva ni legítima que lo justifique. A mayor abundamiento, el Tribunal de Justicia rechazó que la regulación aplicable a los trabajadores a tiempo parcial pudiera justificarse como una medida legítima de política social y que excluir a este colectivo de toda posibilidad de obtener una pensión de jubilación constituyera una medida efectivamente necesaria para alcanzar el objetivo de salvaguardar el sistema de Seguridad Social de tipo contributivo, tal y como alegaron el INSS y el Gobierno español.

44. Por todo lo expuesto el Tribunal de Justicia falló que “el artículo 4 de la Directiva 79/7 se opone, en circunstancias como las del litigio principal, a la normativa española que exige a los trabajadores a tiempo parcial, en su inmensa mayoría mujeres, en comparación con los trabajadores a tiempo completo, un período de cotización proporcionalmente mayor para acceder a una pensión de jubilación contributiva en cuantía proporcionalmente reducida a la parcialidad de su jornada”. Es decir, el TJUE confirma que “el método empleado para calcular el periodo de cotización exigido para acceder a una pensión de jubilación privaba, en la práctica, a estos trabajadores de toda posibilidad de obtener tal pensión”²¹.

45. Pocos meses más tarde, el Tribunal Constitucional en su sentencia 61/2013 de 14 de marzo declaró inconstitucional y nula la regla segunda del apartado 1 de la Disposición Adicional Séptima del TRLGSS 1/1994, en la redacción dada por el Real Decreto-ley 15/1998, en cuanto al cálculo de la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial. Y ello por vulneración del artículo 14 de la Constitución “tanto por lesionar el derecho a la igualdad, como también, a la vista de su predominante incidencia sobre el empleo femenino, por provocar una discriminación indirecta por razón de sexo”. Para colmar el vacío provocado por la STC 61/2013 se promulgó el Real Decreto-ley 11/2013.

46. Llama la atención que la Sala de lo Social del TSJ de Galicia planteara esta cuestión de inconstitucionalidad en el año 2003 y no se dictara sentencia hasta una década más tarde y a modo de “secuela” del caso Elbal Moreno.

47. En el Fundamento Jurídico quinto de la STC 61/2013 se analiza el valor que el Tribunal Constitucional debe conceder a esta sentencia del TJUE y que afecta a la misma normativa que es objeto de consideración en la cuestión de inconstitucionalidad enjuiciada. A diferencia de las tensiones existentes en el pasado entre los Tribunales Constitucionales alemanes e italianos y el Tribunal de Justicia de Luxemburgo, el Tribunal Constitucional español “reconoce pacíficamente la primacía del Derecho comunitario europeo sobre el interno cuyo ejercicio España ha atribuido a las instituciones comunitarias con fundamento en el art. 93 CE”. Aunque puntualizando que el Derecho de la Unión Europea “no integra en sí mismo el canon de constitucionalidad bajo el que hayan de examinarse las leyes del Estado español, ni siquiera en el caso de que la supuesta contradicción sirviera para fundamentar la pretensión de inconstitucionalidad de una ley por oposición a un Derecho Fundamental, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 10.2 CE (STC 41/2013, de 14 de febrero).

48. Afortunadamente no se produce un choque entre el Tribunal de Justicia de Luxemburgo y el Tribunal Constitucional porque éste último igualmente consideró que las reglas que acompañan a la previsión cuestionada en relación con el cómputo de los períodos de cotización en los contratos a tiempo parcial para causar derecho a una prestación de jubilación no permiten superar los parámetros de justificación y proporcionalidad exigidos por el artículo 14 CE, dado que las medidas de corrección en su momento introducidas no consiguen evitar los resultados especialmente gravosos y desmesurados a que la norma puede conducir” (STC 61/2013, cuya doctrina se reitera en las SSTC 71/2013 de 8 de abril, 72/2013 de 8 de abril, 116/2013 de 20 de mayo y 117/2013 de 20 de mayo)²².

²¹ J. A. MALDONADO MOLINA, “El Trabajo a Tiempo Parcial y su Impacto en el Sistema de Pensiones: especial referencia a la Pensión de Jubilación”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social* nº 425/2018, p. 44.

²² R. GÓMEZ GORDILLO, “Trabajo a Tiempo Parcial, Jubilación y Prohibición de Discriminación Sexual: revisión de la nor-

49. Como consecuencia de la jurisprudencia comunitaria y constitucional expuesta sobre el contrato a tiempo parcial se aprobó el Real Decreto-ley 11/2013 -convalidado por la ley 1/2014-, que modificó la Disposición Adicional Séptima en litigio (actual artículo 247 del vigente TRLGSS) y que afectó al cálculo de la vida laboral de los trabajadores a tiempo parcial.

2. Integración de lagunas de cotización

50. A pesar de los avances conseguidos en pro de la igualdad por razón de sexo en materia de Seguridad Social la litigiosidad continuó, tal y como ilustra el asunto Cachaldora Fernández²³ en el que se cuestionó la normativa española “según la cual para las pensiones de jubilación e incapacidad permanente derivada de enfermedad común, la integración de los períodos durante los que no hay habido obligación de cotizar se llevará a cabo con la base mínima de cotización de entre las aplicables en cada momento correspondientes al número de horas contratadas en un último término”²⁴.

51. En esta ocasión es el TSJ de Galicia el que plantea la cuestión prejudicial sobre si es conforme con el artículo 4 de la Directiva 79/7 la Disposición Adicional 7ª nº 1, regla 3ª, letra b) del TRLGSS 1994 (que luego pasaría a integrar el apartado b) del artículo 248.2 del TRLGSS de 2015) que establece que las lagunas de cotización existentes dentro del período de referencia a efectos del cálculo de una pensión de incapacidad permanente contributiva y posteriores a un empleo a tiempo parcial se cubrirán tomando las bases mínimas de cotización vigentes en cada momento pero reducidas atendiendo al coeficiente de parcialidad de ese empleo.

52. Por tanto, cuando se ha trabajado a tiempo parcial durante el período inmediatamente anterior a la interrupción de esas cotizaciones, la integración de los períodos en los que no se ha cotizado se calcula a partir de una base de cotización reducida. Mientras que, si las lagunas son inmediatamente posteriores a un empleo a tiempo completo, no se aplica tal reducción. De lo anterior resulta una diferencia cuantitativa en el importe de la pensión de los trabajadores que han ejercido una actividad a tiempo parcial durante el período inmediatamente anterior a la interrupción de las cotizaciones y los trabajadores que han ejercido una actividad a tiempo completo, para los cuales la integración de esos períodos se calcula a partir de una base de cotización completa.

53. Aunque como matizan García Ninet y Burriel Rodríguez-Diosdado, en realidad, “el debate de la cuestión litigiosa no se enmarca en el hecho de mediar un contrato a tiempo parcial, sino en las transiciones entre contratos a tiempo parcial e inactividad laboral”²⁵.

54. Puesto que la normativa en cuestión se aplica indistintamente a hombres y mujeres y no existe discriminación directa, el TJUE ha de pronunciarse sobre si constituye una discriminación indirecta por razón de sexo. Para el Tribunal de Justicia la norma en litigio no se aplica a todos los trabajadores a tiempo parcial, sino únicamente a aquellos cuyas cotizaciones se han visto interrumpidas durante el período de referencia de ocho años anterior a la fecha en la que se produjo el hecho causante, cuando dicha interrupción es inmediatamente posterior a un empleo a tiempo parcial. Además, el método para integrar las lagunas de los períodos sin obligación de cotizar no perjudicaba a todos los trabajadores a tiempo parcial sino que era aleatorio. A mayor abundamiento, los datos estadísticos en los que el tribunal

mativa española a la luz del Derecho de la Unión Europea y la jurisprudencia del TJUE y del Tribunal Constitucional”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 47/2014, pp.157-179.

²³ STJUE de 14 de abril de 2015, -527/13, ECLI:EU:C:2015:215.

²⁴ F. LOUSADA AROCHENA, “Seguridad Social Pública y Discriminación Sexista en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su aplicación en España”, Op. cit., pp.318-319.

²⁵ J.I. GARCÍA NINET y P. BURRIEL RODRÍGUEZ-DIOSDADO, “Integración de Lagunas y Trabajadores a Tiempo Parcial” en VV.AA., *Las Respuestas del Tribunal de Justicia a las Cuestiones Prejudiciales sobre Política Social planteadas por Órganos Jurisdiccionales Españoles*, Ed. Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones, 2020, p. 697.

español basó sus apreciaciones “no permiten considerar que el colectivo de trabajadores perjudicados por la normativa nacional controvertida en el litigio principal esté mayoritariamente compuesto por trabajadores a tiempo parcial y, más concretamente, por trabajadoras” por lo que concluye -en contra de las conclusiones del Abogado General- que dicha normativa “no puede calificarse de medida indirectamente discriminatoria en el sentido del artículo 4.1 de la Directiva 79/7”.

55. Sobre la misma Disposición Adicional Séptima sobre la que el TJUE se pronunció en el caso Cachaldora versan las sentencias del Tribunal Constitucional 156/2014, de 25 de septiembre y 110/2015, de 28 de mayo, que no apreciaron su inconstitucionalidad porque “las situaciones sometidas a comparación por el órgano judicial proponente no guardan la identidad que todo juicio de igualdad requiere, pues en un caso se trata de trabajadores a tiempo completo y en otro de trabajadores a tiempo parcial, y esa diferencia en la duración de la jornada laboral se relaciona, por exigencias del carácter contributivo del sistema y en estricta aplicación del principio de proporcionalidad, con diferencias en los salarios de unos y otros, y consiguientemente en las bases de cotización, y derivadamente en las bases mínimas de cotización utilizadas para la integración de las lagunas”.

56. Esta duplicidad de pronunciamientos sobre una misma norma por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Constitucional evidencia que los tribunales españoles en caso de que consideren que la normativa de Seguridad Social puede ser discriminatoria por razón de sexo no solo tienen la alternativa de plantear una cuestión de inconstitucionalidad al amparo del artículo 14 CE, sino también elevar cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Y entre los motivos que pueden impulsar a optar por una vía u otra podemos especular que deben pesar los plazos habituales de uno y otro tribunal para dictar sentencias. Aunque también el hecho de que se pueda plantear cuestión prejudicial sin necesidad de tener que agotar las instancias internas es una vía de “puentear” al Tribunal Constitucional o incluso “anularlo”.

3. Porcentaje aplicable a la Base Reguladora

57. Otro supuesto de discriminación indirecta por razón de sexo constatado por el TJUE es el caso Villar Láiz²⁶ en el que se examinó la compatibilidad de la Directiva 79/7 con el método para calcular la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial establecido en los artículos 247 y 248 del vigente TRLGSS, cuyo tenor literal no difiere de la derogada Disposición Adicional Séptima del TRLGSS 1994.

58. El TSJ de Castilla León elevó una cuestión prejudicial cuestionando la compatibilidad del artículo 4.1 de la Directiva 79/7 con la normativa española según la cual el importe de la pensión de jubilación en la modalidad contributiva de un trabajador a tiempo parcial se calcula multiplicando una base reguladora, determinada en función de los salarios efectivamente percibidos y de las cotizaciones efectivamente satisfechas, por un porcentaje que depende de la duración del período de cotización, cuando se aplica a este período un coeficiente de parcialidad equivalente a la relación existente entre la jornada a tiempo parcial efectivamente trabajada y la jornada realizada por un trabajador a tiempo completo comparable y un incremento de un coeficiente de 1,5.

59. El TJUE falló que la normativa española en litigio era contraria al art. 4.1 de la Directiva 79/7.

60. Apenas unos meses más tarde, la regla 3ª, letra c) de la Disposición Adicional 7ª, apartado 1 del TRLGSS 1994 -en la redacción dada por el citado Real Decreto-ley 11/2003 fue declarada inconstitucional y nula por la STC 91/2019, de 3 de julio, que estimó la cuestión interna de inconstitucionalidad planteada por la Sala Segunda del propio Tribunal Constitucional.

²⁶ STJUE de 8 de mayo de 2019, -161/18, ECLI:EU:C:2019:382.

61. Es decir, que el TJUE en el caso Villar Láiz y la STC 91/2019 se pronuncian sobre las mismas reglas aplicativas a los trabajadores a tiempo parcial, pero contenidas en el primer caso en los artículos 247 y 248 TRLGSS 2015, y en el segundo supuesto en la Disposición Adicional Séptima del derogado TRLGSS 1994.

62. Tras la STC 91/2019, para calcular el importe de la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial “no se aplicará el coeficiente de parcialidad. Y, por tanto, deberá calcularse conforme al porcentaje que resulte según establece la regla general, asimilando así ese tiempo al período de alta del trabajador²⁷”. El propio Tribunal Constitucional reconoce que su fallo esta “en línea con la alcanzada por el Tribunal de Justicia en la reciente sentencia de 8 de mayo de 2019 (asunto -161/18), en la que se señala que la aplicación, adicional de un coeficiente de parcialidad relativo al trabajo a tiempo parcial va más allá de lo necesario para alcanzar tal objetivo y representa, para el grupo de los trabajadores que prestaron sus servicios a tiempo parcial reducido, es decir, por debajo de dos tercios de un trabajo a tiempo completo comparable, una reducción del importe de la pensión de jubilación superior a la que resultaría únicamente de tomar en consideración su jornada de trabajo *pro rata temporis*”.

63. A la vista de lo expuesto, positivamente ha de ser valorada la reciente reforma del artículo 247 TRLGSS por obra del Real Decreto-ley 2/2023 que ahora proclama que “a efectos de acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal y nacimiento y cuidado de menor se tendrán en cuenta los distintos períodos durante los cuales el trabajador haya permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, cualquiera que sea la duración de la jornada realizada en cada uno de ellos”.

64. Por tanto, a partir del 1 de octubre de 2023, cuando la reforma del artículo 247 TRLGSS entre en vigor, se equiparán trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo en cuando a períodos de cotización, con independencia de su contrato. Es decir, que si una persona trabajadora ha prestado servicios por cuenta ajena durante 10 años con una jornada del 50% no se le computarán ya 5 años cotizados sino 10 años.

65. Asimismo, el Real Decreto-ley 2/2023 ha suprimido el artículo 248.3 TRLGSS y dado nueva redacción al artículo 248.2 que ahora dice: “a efectos de calcular las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, la integración de los períodos durante los que no haya habido obligación de cotizar se llevará a cabo en los términos establecidos en los artículos 209.1 y 197.4, respectivamente”. Esta última reforma -que no entrará en vigor hasta el 1 de enero de 2026- supondrá inaplicar la actual regla según la cual la base de cotización a tener en cuenta para cubrir períodos sin obligación de cotizar ha de ser, de entre las aplicables en cada momento, la correspondiente al número de horas contratadas en último término.

4. Reducción de jornada por guarda legal y pensiones

66. El artículo 7.1.b) de la Directiva 79/7 atribuye a los Estados miembros la facultad de excluir del ámbito de aplicación de dicha Directiva la adquisición del derecho a prestaciones de Seguridad Social en virtud de regímenes legales después de períodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos. Ese precepto fue aplicado por el TJUE en el caso Gómez-Limón²⁸.

67. El litigio se suscitó como consecuencia de haber ejercido una trabajadora su derecho a la conciliación familiar y laboral y obtenido una reducción de jornada por cuidado de un menor que llevaba

²⁷ Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA y F. ROMERO MORENO, “Sistema de Cálculo de la Pensión de Jubilación de los Trabajadores a Tiempo Parcial, Principio de Igualdad y no Discriminación por Razón de Sexo”, *Revista de Jurisprudencial Laboral* nº 4/2019, p.4.

²⁸ STJUE de 16 de julio de 2009, -537/07, ECLI:EU:C:2009:462.

aparejada una minoración proporcional de sus retribuciones lo que, a su vez, provoca una minoración de la base de cotización. Cuando a la trabajadora le fue reconocida una pensión de incapacidad permanente la misma se calculó sobre la base de las cotizaciones realmente abonadas por lo cual el importe de su pensión resultaba inferior a la que le hubiera correspondido si hubiera trabajado a tiempo completo y no a tiempo parcial.

68. Dado que la normativa nacional era aplicable tanto a hombres como a mujeres no estamos ante una discriminación directa pero no era descartable que se tratara de una discriminación indirecta pues es pacífico que son las mujeres las que mayoritariamente optan por disfrutar de una reducción de jornada para poder afrontar las cargas familiares.

69. No obstante, el TJUE falló que “el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social no se opone a que, durante el período de permiso parental a tiempo parcial, el trabajador adquiera derechos a pensión de incapacidad permanente en función del tiempo de trabajo efectuado y del salario percibido y no como si hubiera trabajado a tiempo completo”. Reiterando así su doctrina de que el Derecho de la UE no se opone al cálculo de una pensión de jubilación conforme a una regla *pro rata temporis* en caso de trabajo a tiempo parcial²⁹.

70. A la vista de lo expuesto hay que concluir que la Directiva 79/7 en ningún caso obliga a los Estados miembros a conceder ventajas en materia de Seguridad Social a las personas que se hayan ocupado de sus hijos o a establecer derechos a prestaciones como consecuencia de períodos de interrupción de la actividad debidos a la educación de los hijos³⁰.

71. Sin embargo, afortunadamente, el artículo 237 del TRLGSS en su vigente redacción ha venido a remediar las adversas consecuencias que provocaba la reducción de la jornada en la futura pensión de la persona trabajadora: ahora las cotizaciones realizadas durante los tres primeros años del período de reducción de jornada por cuidado de un menor se computarán incrementadas hasta el 100 por cien de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido la jornada de trabajo sin dicha reducción .

IV. Desempleo y Trabajo a Tiempo Parcial

72. La cuestión prejudicial Plaza Bravo³¹ fue planteada por el TSJ del País Vasco que dudaba de la conformidad con la Directiva 79/7 del artículo 211.3 TRLGSS 1994 (actual 270.3 TRLGSS 2015). Según la norma en litigio, para calcular el importe de la prestación por desempleo total derivada de la pérdida de un único empleo a tiempo parcial, a la cuantía máxima establecida con carácter general se le aplica un coeficiente de parcialidad que se corresponde con el porcentaje que representa la jornada a tiempo parcial respecto de la realizada por un trabajador a tiempo completo comparable.

73. Como la norma en litigio se aplica tanto a hombres como mujeres no estamos ante una discriminación directa, por lo que el TJUE ha de resolver si se trata de una discriminación indirecta por razón de sexo. Y aunque en España los trabajadores a tiempo parcial son en su inmensa mayoría mujeres, el TJUE descarta la existencia de una discriminación indirecta porque “la disposición nacional controvertida en el litigio principal no se aplica a todos los trabajadores a tiempo parcial, sino únicamente a aquellos a quienes, habida cuenta de la retribución percibida durante los últimos 180 días de ocupación cotizada, se aplican las cuantías máximas o mínimas de la prestación por desempleo. En consecuencia, los datos estadísticos generales relativos al colectivo de trabajadores a tiempo parcial considerados en

²⁹ STJUE de 23 de octubre de 2003, 4/02 y 5/02, ECLI:EU:C:2003:583.

³⁰ STJUE de 13 de diciembre de 1994, -297/93, ECLI:EU:C:1994:406.

³¹ Auto del TJUE de 17 de noviembre de 2015, -137/15, ECLI:EU:C:2015:771. El que el TJUE resuelva por Auto y no por sentencia encuentra su fundamento en el artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia.

su totalidad no permiten demostrar que dicha disposición afecta a un número mucho mayor de mujeres que de hombres”.

74. A mayor abundamiento, para el TJUE el que “dichas cuantías máximas se ajusten *pro rata temporis*, para tener en cuenta la duración reducida de la jornada laboral del trabajador a tiempo parcial en relación con la del trabajador a tiempo completo, no se puede considerar, en sí mismo, contrario al Derecho de la Unión”.

75. A la vista de las consideraciones anteriores el TJUE falló que el artículo 4.1 de la Directiva 79/7 “no se opone, en circunstancias como las del litigio principal, a una disposición nacional en virtud de la cual, para calcular el importe de la prestación por desempleo total que debe percibir un trabajador tras la pérdida de su único empleo, a tiempo parcial, se aplica al importe máximo de las prestaciones por desempleo establecido por la ley un coeficiente reductor, relativo al trabajo a tiempo parcial, correspondiente al porcentaje que representa la jornada del trabajador a tiempo parcial en relación con la de un trabajador comparable que trabaja a tiempo completo”.

76. Gala Durán, al comentar críticamente el asunto Plaza Bravo concluye que “la normativa española de Seguridad Social en materia de trabajo a tiempo parcial adolece todavía de una perspectiva de género”³².

77. Por el contrario, en el caso Espadas Recio³³ el TJUE sí consideró que la normativa española en materia de desempleo aplicable a los trabajadores a tiempo parcial (artículo 3.4 del Real Decreto 625/1985) vulneraba la Directiva 79/7. La cuestión prejudicial fue planteada por el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona.

78. El litigio principal versó sobre la exclusión de los días no trabajados para el cálculo de la prestación por desempleo de los trabajadores a tiempo parcial “vertical”³⁴. Para el tribunal español estos trabajadores sufren una doble penalización al aplicársele dos veces el *principio de prorata temporis*: “el menor salario mensual por el hecho de trabajar a tiempo parcial implica una prestación por desempleo de un importe proporcionalmente inferior y, después, se reduce la duración de esta prestación, puesto que sólo se tienen en cuenta los días trabajados, mientras que el período de cotización es más amplio”.

79. La estadística es, una vez más, clave para apreciar la existencia de una discriminación indirecta por razón de sexo y de los datos aportados por el Juzgado de lo Social³⁵ se infiere que “todos los trabajadores a tiempo parcial vertical comprendidos en el ámbito de aplicación de la medida nacional controvertida en el litigio principal resultan perjudicados por esta medida nacional, ya que, con arreglo a ella, se reduce el período durante el cual pueden recibir una prestación por desempleo en comparación con el período reconocido a los trabajadores a tiempo parcial horizontal. Además, se ha acreditado que ningún trabajador que forme parte de este grupo puede verse favorecido por la aplicación de tal medida”.

80. El TJUE sostuvo que la normativa controvertida “no parece adecuada para garantizar la correlación que, según el Gobierno español, debe existir entre las cotizaciones pagadas por el trabajador

³² C. GALA DURÁN, “Trabajo a Tiempo Parcial y Cálculo del Importe de las Prestaciones por Desempleo compatible con la Prohibición de discriminación por razón de sexo” en VV.AA., *Las Respuestas del Tribunal de Justicia a las Cuestiones Prejudiciales sobre Política Social planteadas por Órganos Jurisdiccionales Españoles*, Ed. Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones, 2020, p.709.

³³ STJUE de 9 de noviembre de 2017, -98/15, ECLI:EU:C:2017:833.

³⁴ “Se considera trabajo a tiempo parcial «vertical» aquel en el que la persona que lo realiza concentra sus horas de trabajo en determinados días laborables de la semana, y «horizontal», aquel en el que la persona que lo realiza trabaja todos los días laborables de la semana”.

³⁵ “Mientras que un 70 % a 80 % de los trabajadores a tiempo parcial vertical son mujeres, existe la misma proporción en lo que se refiere a los trabajadores a tiempo parcial horizontal. Esta información permite deducir que la medida nacional controvertida en el litigio principal perjudica a un número mucho mayor de mujeres que de hombres”.

y los derechos que puede reclamar en materia de prestación por desempleo” y falló que la citada normativa se oponía al artículo 4.1 de la Directiva 79/7.

81. La reacción del legislador español tras la sentencia Espadas Recio fue modificar, mediante el Real Decreto 950/2018, la normativa litigiosa, equiparando a los trabajadores a tiempo parcial horizontal y vertical a efectos del cómputo de período de carencia³⁶.

V. (In)compatibilidad de pensiones en el mismo Régimen General de Seguridad Social

82. La STJUE de 30 de junio 2022³⁷, resuelve la petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social nº 26 de Barcelona que tiene por objeto la interpretación del artículo 4.1 de la Directiva 79/7/CEE.

83. A la demandante en el litigio principal le fue reconocida en 1999 una pensión de incapacidad permanente total como consecuencia de un infarto cerebral. En 2018 se le reconoce una segunda incapacidad permanente total derivada de un accidente no laboral. Como el tribunal español resalta, la trabajadora acredita cotizaciones suficientes para percibir las dos pensiones controvertidas pero la legislación de Seguridad Social no permite compatibilizar dos pensiones en el mismo régimen de Seguridad Social, aunque jurisprudencialmente sí se admite esa compatibilidad cuando se trata de pensiones causadas en regímenes de Seguridad Social distintos.

84. Dado que mientras el número de trabajadores y trabajadoras afiliados al Régimen General es similar, no ocurre lo mismo en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos en el que el número de afiliadas es sustancialmente inferior al de afiliados, por lo que el Juzgado de lo Social nº 26 de Barcelona se inclina por considerar que la aplicación de tal regla genera una discriminación indirecta por razón de sexo, prohibida por el artículo 4 de la Directiva 79/7.

85. En su sentencia de 30 de junio de 2022 el Tribunal de Justicia parte de la premisa de que la pensión controvertida está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 79/7, por cuanto forma parte de un régimen legal de protección contra uno de los riesgos enumerados en el artículo 3.1 de dicha Directiva, a saber, la invalidez y está directa y efectivamente vinculada con la protección contra ese riesgo.

86. Punto de partida es que la normativa española que impide compatibilizar dos pensiones en el mismo régimen de Seguridad Social no supone una discriminación directa (ya que se aplica indistintamente a los trabajadores y a las trabajadoras) sino en todo caso indirecta.

87. Aunque la constatación de la existencia de esta última puede realizarse a través de datos estadísticos, no parece que estemos ante una Ciencia exacta ya que las partes e interesados que presentaron observaciones ante el Tribunal de Justicia disienten en cuanto al tipo de datos que deben tenerse en cuenta para determinar las proporciones de personas afectadas por la diferencia de trato.

88. Es por ello que, en aras de dar una respuesta útil al tribunal español, el Tribunal de Justicia en el apartado 46 de la sentencia analizada señala los tres pasos a seguir para verificar la existencia de una discriminación indirecta: “es preciso, en primer lugar, tomar en consideración al conjunto de trabajadores sujetos a dicha normativa, a saber, todos los trabajadores y trabajadoras que, en principio,

³⁶ J.L.Tortuero Plaza, “El Trabajo a Tiempo Parcial Vertical y su Influencia en la Protección por Desempleo” en VV.AA., *Las Respuestas del Tribunal de Justicia a las Cuestiones Prejudiciales sobre Política Social planteadas por Órganos Jurisdiccionales Españoles*, Ed. Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones, 2020, p.716.

³⁷ STJUE de 30 de junio de 2022, -625/20, ECLI:EU:C:2022:508.

tengan derecho a más de una pensión de incapacidad permanente total. En segundo lugar, entre el grupo de trabajadores y trabajadoras así delimitado, debe determinarse, por un lado, la proporción de trabajadores a los que no se permite acumular dichas pensiones respecto de los trabajadores que pueden llevar a cabo dicha acumulación y, por otro lado, la misma proporción por lo que se refiere a las trabajadoras. Por último, estas proporciones deben compararse entre sí para apreciar la importancia de la eventual diferencia entre la proporción de trabajadores y la proporción de trabajadoras afectados negativamente”.

89. El Tribunal de Justicia de Luxemburgo no comparte los argumentos esgrimidos por el Gobierno español para justificar la imposibilidad para lucrar dos pensiones en el mismo régimen “por cuanto las consecuencias presupuestarias de la acumulación de varias pensiones de incapacidad permanente total no parecen ser muy diferentes en función de que se conceda dicha acumulación para pensiones obtenidas en virtud de un mismo régimen o en virtud de distintos regímenes, tanto más cuanto que, como en el caso de autos, el trabajador afectado adquirió el derecho a sus dos pensiones considerando distintos períodos cotizados”. El TJUE falla que “el artículo 4.1 de la Directiva 79/7 “debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que impide a los trabajadores afiliados a la Seguridad Social percibir simultáneamente dos pensiones de incapacidad permanente total cuando corresponden al mismo régimen de Seguridad Social, mientras que permite tal acumulación cuando dichas pensiones corresponden a distintos regímenes de Seguridad Social, siempre que dicha normativa sitúe a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores, especialmente en la medida en que permita disfrutar de dicha acumulación a una proporción significativamente mayor de trabajadores, determinada sobre la base de todos los trabajadores sujetos a la referida normativa, respecto de la proporción correspondiente de trabajadoras, y que esa misma normativa no esté justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo”.

90. El 9 de enero de 2023 dictó sentencia el Juzgado de lo Social nº 26 de Barcelona³⁸, fallando a favor de la trabajadora a la que reconoce el derecho a cobrar dos pensiones en el Régimen General. El tribunal español aplicó inicialmente los parámetros indicados en el apartado 46 de la STJUE de 30 de junio 2022 llegando al resultado de que “siguiendo este procedimiento, ciertamente, como sostiene el INSS, no podríamos afirmar que la norma incidiera negativamente a una proporción mayor de mujeres, resultando perjudicadas únicamente el 19,21% de las potenciales beneficiarias frente a un 29,75% de beneficiarios potenciales de dos o más pensiones de Incapacidad Permanente Total”.

91. Pero el Juzgado de lo Social no acatará estos resultados, sino que esgrimirá un nuevo criterio estadístico no invocado ante el Tribunal de Justicia de Luxemburgo para fundar su fallo: “a criterio de este juzgador, hay otro dato que resultaría mucho más revelador, es el de personas trabajadoras que en la actualidad están compatibilizando dos o más pensiones de Incapacidad Permanente Total. Se trata de 1.386 personas. De ellas, 1.060 son varones (el 76,47%) y 326 mujeres (el 23,52%). Son porcentajes que difieren, y en mucho, del correspondiente a personas de alta en la Seguridad Social (53,87% varones y 46,13% mujeres), y que evidencia que la actual normativa sobre compatibilidad de pensiones perjudica, y notoriamente, a las mujeres, dificultando en mayor medida su acceso a dos pensiones de Incapacidad Permanente Total compatibles, por el desequilibrio de sexos en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos”.

92. A título personal he de reconocer que produce perplejidad constatar que, si el hecho causante se produjo en 2018, y entre esa fecha y el momento de dictar sentencia se ha producido una devastadora pandemia, no se comprende que su posible efecto sobre las estadísticas no sea tomado en consideración por el Juzgado de lo Social. Igualmente, sostener que la legislación española resulta discriminatoria tomando como referencia una muestra inferior a 1.400 pensionistas parece cuando menos cuestionable.

93. Para cerrar este epígrafe se pueden traer a colación las palabras de la Abogada General en esta cuestión prejudicial que comienza sus Conclusiones citando una frase de Mark Twain: “hay tres

³⁸ 1 ECLI:ES:JSO:2023:2.

tipos de mentiras: las mentiras, las malditas mentiras y las estadísticas”. La cita, indica la Abogada General, “sirve para ilustrar el poder de persuasión que tienen las cifras en el ámbito de la legislación de la Unión en materia de lucha contra la discriminación y, al tiempo, para llamar a la cautela cuando un argumento se sustenta totalmente en ella”.

VI. Complemento de pensión por aportación demográfica y exclusión de los progenitores masculinos: discriminación directa por razón de sexo

94. La STJUE de 12 de diciembre de 2019³⁹ trae causa de la redacción primigenia del artículo 60 del TRLGSS⁴⁰ que incluyó un complemento de pensión⁴¹ a las mujeres que hubieran tenido hijos biológicos o adoptados y fueran beneficiarias en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente. La norma nacía con vocación de mitigar la brecha de pensiones entre hombres y mujeres y se justificaba por la aportación demográfica de estas últimas a la Seguridad Social. Se reconocía no sólo a las madres trabajadoras sino también a quienes no habiendo nunca cotizado fueran beneficiarias de una pensión de viudedad.

95. Desde el primer momento este complemento de pensión fue objeto de críticas pues sólo se aplica a las pensiones reconocidas a partir del 1 de enero 2016⁴², excluyéndose a las madres que en las últimas décadas del S. XX sacrificaron su vida laboral por criar a sus hijos. No se reconocía a las madres de hijos únicos (incluso aunque tuvieran reconocida una discapacidad). Pueden ser beneficiarias las trabajadoras extranjeras aunque sus hijos nunca hubieran residido en España. Legalmente dicho complemento se califica de contributivo, aunque ni empresarios ni trabajadores cotizan por el mismo. En ningún caso se reconocía a los hombres que hubieran sido padres.

96. Que el complemento por aportación demográfica no se reconociera a los progenitores masculinos en la redacción originaria del artículo 60 TRLGSS provocó que el Juzgado de lo Social nº 3 de Gerona planteara una cuestión prejudicial ante la demanda presentada por un pensionista de incapacidad permanente absoluta y padre de dos hijas, al que se le había denegado el complemento por ser hombre.

97. De la redacción de la cuestión prejudicial se infiere claramente que el tribunal español está cuestionando la compatibilidad de esta discriminación directa por razón de sexo con el Derecho de la Unión Europea. Pero las disposiciones legales en que funda el tribunal español la cuestión prejudicial no son aplicables al caso, como reconoce el Tribunal de Luxemburgo que recurrirá, sin invocarlo, al principio de *iura novit curia*, a efectos de proporcionar al juez español “todos los elementos de interpretación del Derecho de la Unión que puedan serle útiles para enjuiciar el asunto de que conoce, con independencia de que haya hecho o no referencia a ellos en el enunciado de su cuestión”.

98. El Tribunal de Justicia de Luxemburgo parte de la premisa de que el “complemento de pensión controvertido está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 79/7, por cuanto forma parte de un régimen legal de protección contra uno de los riesgos enumerados en el artículo 3.1 de la citada norma: la invalidez”.

³⁹ STJUE de 12 de diciembre de 2019, 450/18, ECLI:EU:C:2019:1075.

⁴⁰ Incorporado al TRLGSS por la Disposición Final Segunda de la Ley 48/2015.

⁴¹ El complemento consistirá en un importe equivalente al resultado de aplicar a la cuantía inicial de las referidas pensiones un porcentaje determinado, que estará en función del número de hijos, a partir del segundo, según la escala siguiente: En el caso de 2 hijos: 5 por ciento. En el caso de 3 hijos: 10 por ciento. En el caso de 4 o más hijos: 15 por ciento.

⁴² El auto del Tribunal Constitucional 89/2019, de 16 de julio, inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad 364/2019, planteada por el Juzgado de lo Social nº 26 de Barcelona por la posible vulneración de los artículos 14 y 41 CE, al establecer una diferencia en cuanto a la percepción del complemento por maternidad en función de la fecha en que se haya originado el derecho a la pensión.

99. Hay que recordar que conforme al artículo 4.2 de la Directiva 79/7, “el principio de igualdad de trato no se opone a las disposiciones relativas a la protección de la mujer en razón de su maternidad”. Y el propio juez de lo Social nº 26 de Barcelona al plantear la cuestión prejudicial consideraba que “la procreación implica un mayor sacrificio para las mujeres a nivel personal y profesional. De hecho, han de afrontar un período de embarazo y un nacimiento que comporta sacrificios biológicos y fisiológicos evidentes, con el detrimento que comporta para las mujeres, no solo en la esfera física, sino también en la esfera laboral y sus legítimas expectativas de promoción en el ámbito profesional”.

100. Compartimos plenamente el punto de vista del Juzgado de lo Social, pues la realidad histórica es que aún hoy en día -pese a los avances legislativos- son las mujeres las que se ven masivamente perjudicadas en sus carreras profesionales cuando son madres, y más aún cuando hablamos de maternidad biológica: son ellas las que mayoritariamente se ven abocadas a abandonar el mercado laboral para atender a la prole o bien contentarse con contratos a tiempo parcial para conciliar vida laboral y familiar. Por ello, para cualquier mujer que es madre es aún más difícil romper “el techo de cristal”.

101. Sin embargo, la justificación legal del artículo 60 para reconocer el complemento solo a las madres era, literalmente, la aportación demográfica a la Seguridad Social de las mismas, cuando debería haberse perfilado “su regulación de manera inequívoca hacia ámbitos exclusivos de las mujeres, como es el caso del embarazo y los periodos ligados al mismo, o, en su caso, la adopción, cuando el derecho o licencia fuera disfrutada únicamente por una mujer”⁴³. Estamos, pues, ante un artículo 60 TRLGSS sin duda “bienintencionado” pero no precisamente un ejemplo de buena técnica legislativa⁴⁴.

102. Pero según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una excepción a la prohibición de toda discriminación directa por razón de sexo, establecida en el artículo 4.1. de la Directiva 79/7, solo es posible en los casos que se enumeran con carácter exhaustivo en esa misma Directiva. Y, como señala el Tribunal de Luxemburgo, “la aportación demográfica a la Seguridad Social es predicable tanto de mujeres como de hombres, dado que tanto la procreación como la responsabilidad en el cuidado, la atención, la alimentación y la educación de los hijos son predicables de toda persona que pueda tener la condición de madre o de padre”. Por ello el Tribunal de Justicia falló que “la Directiva 79/7 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, que establece el derecho a un complemento de pensión para las mujeres que hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias de pensiones contributivas de incapacidad permanente en cualquier régimen del sistema de Seguridad Social nacional, mientras que los hombres que se encuentren en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento de pensión”.

103. Especialmente crítica con esta sentencia se muestra RIVAS VALLEJO⁴⁵, cuyas tesis comparto, y que afirma que el TJUE “se sitúa en un marco social muy lejano a la corresponsabilidad en los cuidados familiares que fundamentaría la tacha de discriminación de la medida, pero escasamente realista en la aún cambiante sociedad española actual” y que el TJUE “obvia una realidad histórico-social que la norma española pretendía paliar en cierta medida, y es que los menores salarios y las mayores lagunas de cotización en las carreras profesionales son patrimonio cuasi exclusivo de las mujeres, y que en su mayor parte vienen causadas por la maternidad, identificada de manera realista con periodos que no quedan acotados a las semanas propias de descanso por maternidad (o adopción), sino a un tiempo notablemente superior de sus vidas, condicionadas por la perpetuación de los roles de género”.

⁴³ P. RIVAS VALLEJO; “La Sobreprotección por el TJUE de los Padres Cuidadores que fueron excluidos del Complemento de Maternidad”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 2/2020, p.9.

⁴⁴ M. MIÑARRO YANINI Y CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE, *Una Reinención Sistémica de la Seguridad Social: Reformas Legales y Reinterpretaciones Judiciales de Diligencia Debida para Corregir sus Brechas de Género*, Bomarzo, Albacete, 2023, p. 61.

⁴⁵ P. RIVAS VALLEJO; “La Sobreprotección por el TJUE de los Padres Cuidadores que fueron excluidos del Complemento de Maternidad”, *Op. cit.*, p.11.

1. Impacto de la STJUE de 12 de diciembre de 2019 en la práctica administrativa, jurisprudencia y legislación española

104. Para la aplicación de esta STJUE la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS adoptó el 31 de enero 2020 el Criterio de gestión 1/2020. Conforme al mismo, se denegaba siempre el complemento litigioso a los varones y se les obligaba a reclamar en vía judicial, lo que motivó que el TSJ de Galicia con fecha 17 de febrero de 2022 planteara una cuestión prejudicial (asunto -113/22) relativa a la compatibilidad de tal exigencia con el artículo 4.1 de la Directiva 79/7.

105. Con fecha 21 de diciembre 2021 la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS revisó el Criterio de gestión por el Criterio 35/2021 puntualizando que dado “el carácter unitario del complemento por maternidad, que determina que los hijos darán derecho al reconocimiento de un único complemento, sólo podrá reconocerse a uno de ellos, por lo que, en aquellos casos en los que el derecho ya haya sido ejercido por uno de los progenitores, se ha de denegar al segundo progenitor que lo solicite”. En nota anexa de 2 de marzo 2022 se especifica que cuando el complemento se solicite por hombres la fecha de efectos económicos será la misma que se hubiera fijado en la resolución de reconocimiento inicial de la pensión que se deba complementar.

106. La STJUE de 12 de diciembre de 2019 dio lugar a una avalancha de demandas por parte de pensionistas varones reclamando el complemento regulado en el artículo 60 TRLGSS, provocando especialmente litigiosidad la cuestión de determinar si la fecha de efectos del reconocimiento de dicho complemento debía ser la de la solicitud (con retroacción de 3 meses), o se debía retrotraer a la fecha en que se dictó o publicó la STJUE de 12 de diciembre 2019, o a la fecha en que se reconoció la pensión a la que complementa.

107. El Tribunal Supremo⁴⁶ “resolvió reconocer el complemento sin esperar al cambio normativo y con los efectos desde la fecha de reconocimiento de las pensiones”⁴⁷ lo que ha sido calificado como “todo un dislate en el plano económico”⁴⁸.

108. La STJUE de 12 de diciembre 2019 es, asimismo, reiteradamente invocada en la sentencia del pleno de la Sala IV del Tribunal Supremo⁴⁹ de 27 de febrero de 2023, aunque con deficiente rigor técnico: hasta en tres ocasiones se invoca en sus Fundamentos de Derecho a la “STJUE de 12 de septiembre de 2019 (asunto C-45/18)” cuando la referencia correcta es: STJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18). El Tribunal Supremo afirma que “si la finalidad de la norma es la de reconocer esa aportación demográfica, no parece razonable extender el derecho a los dolorosos supuestos en los que el feto ha nacido muerto y no se cumple esa función de incremento demográfico”. Pero olvida la Sala IV que el artículo 60 TRLGSS también era aplicable a las trabajadoras extranjeras cuyos hijos, en la inmensa mayoría de los casos ni residen ni nunca han residido en España. Por tanto, si el requisito de la aportación demográfica al sistema de Seguridad Social español era inexigible cuando de pensionista extranjeras se trata, igualmente podría excepcionarse en el supuesto resuelto por el Tribunal Supremo⁵⁰.

109. En otro orden de ideas, la STJUE de 12 de diciembre de 2019 es un claro exponente de la importancia de plantear cuestiones prejudiciales porque una única sentencia puede actuar como re-

⁴⁶ STS de 17 de febrero 2022, ECLI:ES:TS:2022:621, y STS de 17 de febrero 2022, ECLI:ES:TS:2022:622.

⁴⁷ F. LOUSADA AROCHENA, “Seguridad Social Pública y Discriminación Sexista en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su aplicación en España”, Op. cit., p.324.

⁴⁸ M. MIÑARRO YANINI y C. MOLINA NAVARRETE, *Una Reinención Sistemática d la Seguridad Social: Reformas Legales y Reinterpretaciones Judiciales de Diligencia debida para corregir sus Brechas de Género*, Op. cit., p.59.

⁴⁹ ECLI:ES:TS:2023:748.

⁵⁰ La sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2023 cuenta con el voto particular de la Magistrada ROSA MARÍA VIROLÉS PIÑOL: “estimo que la conclusión debió ser en el presente caso favorable a la concesión del complemento interesado por la demandante por este hijo, porque la perspectiva de género refuerza esta conclusión, atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso, y las desventajas que sufre una mujer en su carrera debido a la maternidad”.

vulsivo de reformas legislativas a nivel nacional, tal y como ocurrió en España: el 4 de febrero 2021 se reformó el artículo 60 TRLGSS⁵¹ y, actualmente el complemento de pensión puede ser reconocido tanto a mujeres como a hombres. La regulación del nuevo complemento presenta diferencias con respecto al anterior complemento por maternidad ya que se basa en parámetros diferentes para su reconocimiento. De hecho, se ha dado nueva rúbrica al citado artículo 60 TRLGSS que pasa a titularse complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género. En 2023 el citado artículo 60 TRLGSS ha vuelto a ser reformado por el Real Decreto-ley 2/2023 que añade un apartado séptimo y modifica el 60.1. Asimismo, la Disposición Transitoria Primera de este Real Decreto-ley 2/2023 determina que el importe del complemento de brecha de género establecido en el artículo 60 del TRLGSS tendrá un incremento adicional a la revalorización anual (el 10 por ciento en el bienio 2024-2025), que se distribuirá entre ambos ejercicios según determinen las respectivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado.

VII. Inaplicación de la Directiva 79/7 a trabajadores del mismo sexo

110. En su redacción original, el complemento de pensión por aportación demográfica regulado en el artículo 60 del TRLGSS no se reconocía a las pensionistas de jubilación voluntaria anticipada. Los requisitos para acceder a esta prestación vienen regulados en el artículo 208.1 TRLGSS.

111. Respecto a dicha exclusión, en 2018 el Tribunal Constitucional inadmitió a trámite la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Barcelona.

112. Sin embargo, tras publicarse la STJUE de 12 de diciembre 2019, el Juzgado de lo Social nº 3 de Barcelona planteó una nueva cuestión prejudicial -resuelta por la STJUE el 12 de mayo de 2021⁵²- relativa a si la exclusión de las pensionistas de jubilación voluntaria anticipada del complemento a pensión del artículo 60 TRLGSS constituía una discriminación indirecta contraria a la Directiva 79/7.

113. El TJUE sostuvo que el “el concepto de discriminación por razón de sexo” que figura en el artículo 4.1 de la Directiva 79/7 solo puede referirse a los casos de discriminación entre trabajadores de sexo masculino, por una parte, y trabajadoras de sexo femenino, por otra”. Y, consecuentemente, falló que “la Directiva 79/7 no es de aplicación a una normativa nacional que establece un complemento de pensión por maternidad en favor de las mujeres que hayan tenido, al menos, dos hijos biológicos o adoptados, y lo hace en los casos de jubilación en la edad ordinaria prevista o de jubilación anticipada por determinados motivos establecidos por ley, pero no en los casos de jubilación anticipada por voluntad de la interesada”.

114. Aunque sin duda la sentencia citada es escrupulosamente fiel a la literalidad de la Directiva 79/7, los grandes cambios experimentados por la sociedad europea en las últimas décadas podrían suscitar dudas sobre la aplicabilidad de la citada Directiva en supuestos de personas de género no binario o que hubieran llevado a cabo un cambio de sexo ante el Registro Civil sin tratamientos médicos ni intervenciones quirúrgicas previas. Partiendo de la base de que la Directiva 79/7 sí es aplicable a las discriminaciones “que tienen lugar como consecuencia del cambio de sexo” (SSTJUE de 27 de abril de 2006⁵³ y de 26 de junio de 2018⁵⁴) cuando, como en el ordenamiento español, una persona puede alterar su sexo registralmente a voluntad, y cuántas veces lo desee, es obvio que podrían producirse fraudes de ley a fin de esquivar la inaplicabilidad de la Directiva 79/7 a los supuestos de discriminación entre personas del mismo sexo.

⁵¹ Artículo 60 redactado por el apartado uno del artículo 1 del Real Decreto-ley 3/2021.

⁵² STJUE de 12 de mayo de 2021, 130/20, ECLI:EU:C:2021:381.

⁵³ STJUE de 27 de abril de 2006, 423/04, EU:C:2006:256.

⁵⁴ STJUE de 26 de junio de 2018, -451/16, ECLI:EU:C:2018:492.

VIII. Empleadas de hogar y protección por desempleo

115. La STJUE de 24 de febrero 2022⁵⁵ ilustra perfectamente la importancia de plantear cuestiones prejudiciales ya que una única sentencia, como en esta ocasión, puede ser un revulsivo y motor de reformas legislativas en los Estados miembros.

116. El Gobierno y la TGSS alegaron que se trataba de un litigio artificioso. Pero más que artificial se podría calificar como un supuesto *sui generis* ya que la cuestión prejudicial no la planteó un tribunal del orden social sino el Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 2 de Vigo. Además, el promotor de la cuestión prejudicial fue el abogado Javier de Cominges - extremo éste que no se indica obviamente en la sentencia, pero del que se hizo eco la prensa- que además es profesor asociado en la Universidad de Vigo donde imparte la asignatura de “Igualdad y Mercado Laboral”. No es por ello difícil de imaginarlo explicando a sus estudiantes la Directiva 79/7 y defender en el aula que la exclusión de las empleadas de hogar de la protección por desempleo infringía la citada norma.

117. El Tribunal de Justicia constata que la prestación por desempleo está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 79/7. Resulta pacífico entre las partes del litigio principal que el colectivo trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Empleados de Hogar está integrado casi exclusivamente por personas de sexo femenino.

118. No estamos ante una discriminación directamente basada en el sexo puesto que la exclusión de la protección por desempleo se aplica indistintamente a los trabajadores y a las trabajadoras. Pero la exclusión de la protección por desempleo afecta negativamente a una proporción significativamente más alta de personas de un sexo que de personas del otro sexo.

119. El Gobierno español y la TGSS alegaron que la decisión de política legislativa de excluir de la protección contra el desempleo a los empleados de hogar está ligada a las peculiaridades de este sector profesional. Y que el incremento de las cargas y de los costes salariales resultantes del aumento de las cotizaciones para cubrir la contingencia de desempleo podría traducirse en una disminución de las tasas de empleo en este sector laboral, en forma de reducción de las nuevas contrataciones y de extinción de contratos, así como en situaciones de trabajo ilegal y de fraude a la Seguridad Social, y, en consecuencia, podría dar lugar a una reducción de la protección de los empleados de hogar.

120. Pero para el TJUE la opción legislativa de excluir a los empleados de hogar de las prestaciones por desempleo concedidas por el Régimen General de Seguridad Social español no parece aplicarse de manera coherente y sistemática en comparación con otros colectivos de trabajadores que disfrutaban de esas mismas prestaciones pese a presentar características y condiciones de trabajo análogas a las de los empleados de hogar. Teniendo, además, en cuenta que la exclusión de la cotización por desempleo conlleva la imposibilidad de acceder a otras prestaciones de Seguridad Social.

121. Consecuentemente, el TJUE falla que “el artículo 4.1 de la Directiva 79/7 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que excluye las prestaciones por desempleo de las prestaciones de Seguridad Social concedidas a los empleados de hogar por un régimen legal de Seguridad Social, en la medida en que dicha disposición sitúe a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores y no esté justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo”.

122. Sin discrepar del fallo de la sentencia analizada, al menos si cuestionar los cambios de criterio del TJUE porque en el caso de las limpiadoras Sras. Megner y Scheffel cuyo horario normal de trabajo era de dos horas como máximo por día laborable, cinco días a la semana y que, conforme a

⁵⁵ STJUE de 24 de febrero 2022, -389/20, ECLI:EU:C:2022:120.

la legislación alemana quedaban excluidas por tal motivo de la afiliación obligatoria a los regímenes generales del seguro de enfermedad, vejez y desempleo el TJUE concluyó que no era una discriminación por razón de sexo contraria a la Directiva 79/7 “aunque dichas disposiciones afecten a muchas más mujeres que a hombres, ya que el legislador nacional pudo estimar razonablemente que dicha legislación era necesaria para alcanzar un objetivo de política social ajeno a toda discriminación por razón del sexo”⁵⁶.

123. Para concluir este apartado señalar que como reacción a la STJUE de 22 de febrero 2022 el Gobierno promulgó el Real Decreto-ley 16/2022 que regula en su artículo tercero la protección por desempleo para este colectivo. A partir del 1 de octubre de 2022 es obligatoria la cotización por la contingencia de desempleo y al Fondo de Garantía Salarial respecto a los trabajadores incluidos en el Sistema Especial de empleados de hogar.

124. Sin embargo, el Real Decreto-ley 16/2022 “no resuelve que ocurrirá con las empleada de hogar que entren en situación legal de desempleo antes de haber conseguido la carencia necesaria a pesar de haber trabajado antes del 1 de octubre de 2022 el tiempo necesario para alcanzar esa carencia”⁵⁷. Tampoco altera la situación de los trabajadores transfronterizos que cotizando en España residan en un Estado que no es miembro de la UE.

1. Empleadas de hogar transfronterizas

125. El Real Decreto-ley 16/2022 no contiene previsiones específicas para los trabajadores transfronterizos⁵⁸ lo que abre un nuevo debate jurídico, del que se han hecho eco los medios de comunicación al poner en evidencia que las empleadas de hogar transfronterizas marroquíes que trabajan en Ceuta y Melilla no podrán cobrar la prestación en Marruecos.

126. Durante la vigencia del anterior Reglamento de Extranjería -el derogado Real Decreto 2393/2004-, su disposición adicional 13^a expresamente excluía a los trabajadores transfronterizos de la cotización por desempleo⁵⁹. El vigente Reglamento de Extranjería -Real Decreto 557/2011- puso fin a la exclusión de los trabajadores transfronterizos de la obligación de cotizar por desempleo. Pero tanto en el nivel contributivo como asistencial por desempleo la residencia en España es un requisito necesario para el mantenimiento del derecho a la percepción de la prestación económica. En efecto, el artículo 272.1.f.g) del TRLGSS prevé como causa de extinción el traslado de residencia o estancia en el extranjero, salvo en los supuestos que sean causa de suspensión recogidos en las letras f) y g) del artículo 271.1 del mismo cuerpo legal.

⁵⁶ STJUE de 14 de diciembre de 1995, -444/93, ECLI:EU:C:1995:442). El Gobierno alemán alegó que “hay una demanda social de empleos menores y que estima necesario satisfacer dicha demanda en el marco de su política social fomentando la existencia y la oferta de dichos empleos, y que el único medio de hacerlo en el marco estructural del sistema de Seguridad Social alemán es la exclusión de los empleos menores del seguro obligatorio. Además, según el Gobierno alemán, los empleos suprimidos no serían reemplazados por empleos a tiempo completo o a tiempo parcial sujetos al seguro obligatorio. Al contrario, habría un aumento de empleos ilegales (el llamado trabajo negro) y un incremento de las maniobras elusivas (por ejemplo, de falsos autónomos).

⁵⁷ F. LOUSADA AROCHENA, “Seguridad Social Pública y Discriminación Sexista en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su aplicación en España”, Op. cit., p.322.

⁵⁸ Trabajador transfronterizo es el que ha sido autorizado “para desarrollar actividades lucrativas, laborales o profesionales por cuenta propia o ajena en las zonas fronterizas del territorio español, residiendo en la zona fronteriza de un Estado limítrofe al que regrese diariamente” (artículo 182 del Real Decreto 557/2011).

⁵⁹ Para comprender esta exclusión hay que tener en cuenta que en España antes de la Orden de 4 de octubre de 1979 los trabajadores transfronterizos sólo gozaban de protección frente a los riesgos profesionales. A partir de esa fecha fueron incluidos en el ámbito de aplicación del Régimen General con los mismos derechos que el resto de los trabajadores protegidos, excepción hecha de la prestación por desempleo. Esta diferencia se justificaba por la propia normativa española que contemplaba como causa de extinción del derecho el traslado de la residencia al extranjero.

127. Al margen de las disposiciones nacionales sobre cuándo se extingan o suspendan las prestaciones por desempleo por trasladarse el beneficiario de las mismas al extranjero, hay que tener presente siempre la primacía del Derecho de la Unión Europea. Y hacer hincapié en que todas las prestaciones españolas de desempleo -contributivas y asistenciales- son prestaciones exportables conforme al Reglamento 883/2004 (y también la prestación por cese de actividad). Consecuentemente, los beneficiarios de prestaciones y subsidios por desempleo podrán exportar la prestación reconocida cuando se trasladen a otro Estado donde se aplique el citado Reglamento en busca de trabajo y durante un plazo máximo de seis meses (artículo 64.1.c) del Reglamento 883/2004) siempre y cuando estén incluidos en el ámbito de aplicación personal de las normas comunitarias de coordinación de sistemas de Seguridad Social.

128. Por otro lado, la eventualidad de que se cotice sin derecho a prestación por desempleo no es ni mucho menos exclusiva de los empleados de hogar, sino que la imposibilidad de exportar la prestación por desempleo (y por cese de actividad), afecta a todos los trabajadores transfronterizos sea cual sea el sector de producción en el que trabajen por el hecho de que conforme al TRLGSS estas prestaciones no son exportables.

129. En ningún caso estamos ante un debate novedoso, sino que hace años ya se advirtió que podría existir obligación de cotizar por desempleo en España sin que ello generase un ulterior derecho a cobrar prestaciones por dicha contingencia en su país de residencia cuando este fuera un Estado en el que no se aplicara el Derecho de la Unión Europea⁶⁰. Y es que los transfronterizos con residencia en Portugal y Francia sí podrían cobrar prestación por desempleo española, pero al amparo del Reglamento 883/2004 o del Reglamento 1231/2010. Reglamentos estos últimos cuyo ámbito de aplicación se circunscribe al territorio en el que el Derecho de la Unión Europea es aplicable.

130. A mayor abundamiento, respecto de Andorra, el vigente Convenio de Seguridad Social que entró en vigor el 1 de enero de 2003 no incluye en su ámbito de aplicación material las prestaciones por desempleo. Lo mismo es predicable del Convenio bilateral Hispano-Marroquí de 8 de noviembre de 1979. Tampoco el derecho a exportar prestaciones por desempleo está amparado por el Acuerdo Euromediterráneo de Asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros y el reino de Marruecos (2000), que ni permite la totalización respecto a las prestaciones por desempleo ni tampoco su exportación.

131. Por lo que se refiere al Reino Unido, a partir del 1 de enero 2021 se aplicará el Reglamento 883/2004 a aquellas personas que, a 31 de diciembre de 2020, se encontraran en una situación transfronteriza UE-Reino Unido, en virtud del Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea del Energía Atómica, de 31 de enero de 2020.

132. Para las situaciones que se produzcan a partir del 1 de enero de 2021 se aplicará el Protocolo sobre coordinación de Seguridad Social del Acuerdo sobre Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, por un lado, y Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por otro.

IX. Sostenibilidad financiera de las pensiones y objetivos legítimos de política social como justificación de la inaplicación de la Directiva 79/7 pero no del Reglamento 883/2004

133. El derecho a la no discriminación por razón de sexo no tiene carácter absoluto. Es reiterada jurisprudencia del TJUE que el artículo 4.1. del artículo 4 de la Directiva se opone a la aplicación de una medida nacional que, aunque esté formulada de manera neutra perjudique a un porcentaje muy superior

⁶⁰ C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, “Trabajadores transfronterizos y prestaciones por desempleo: un ejemplo de praxis legislativa mejorable” en: E. RÓALES PANIAGUA (Coord.), *Buenas prácticas jurídico procesales para reducir el gasto social* (II), Laborum, Murcia, 2014, pp. 89-94.

de mujeres frente a hombres, salvo que la medida controvertida esté justificada por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón del sexo.

134. Pero, además de estar justificada, tiene que ser adecuada para garantizar la realización del objetivo legítimo que persigue y no exceder de lo que es necesario para alcanzarlo, entendiéndose que solo se cumplen estas exigencias si responde verdaderamente a la inquietud de lograrlo y si se aplica de forma coherente y sistemática⁶¹.

135. ¿Puede justificarse una diferencia de trato en perjuicio de uno de los sexos por razones de índole presupuestario? En principio la respuesta ha de ser negativa⁶² y el “planteamiento que subyace a dicha reflexión es claro: la construcción económica de la Unión no puede realizarse a costa de los Derechos Fundamentales de sus ciudadanos”⁶³.

136. Sin embargo, también esa regla general admite una excepción cuando se trata de asegurar la financiación sostenible⁶⁴ de las pensiones de jubilación, que pueden, en cambio, considerarse, habida cuenta del amplio margen de apreciación de que disponen los Estados miembros, objetivos legítimos de política social que son ajenos a toda discriminación por razón de sexo.

137. Para ilustrar lo anteriormente expuesto un magnífico ejemplo es la STJUE de 21 de enero 2021⁶⁵ que trae causa de la cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña ante la que se interpuso recurso contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 10 de Barcelona.

138. El citado Juzgado de lo Social había estimado la demanda presentada por una empleada de hogar en solicitud de pensión de jubilación anticipada sin cumplir uno de los requisitos exigidos por el artículo 208.1.c) TRLGSS: que “una vez acreditados los requisitos generales y específicos, el importe de la pensión a percibir ha de resultar superior a la cuantía de la pensión mínima que correspondería al interesado por su situación familiar al cumplimiento de los 65 años de edad. En caso contrario, no se podrá acceder a esta fórmula de jubilación anticipada”. El Juzgado de lo Social nº 10 de Barcelona falló que dicha disposición del TRLGSS constituía “una discriminación indirecta hacia las mujeres contraria a la Directiva 79/7, ya que el sector de los empleados del hogar está integrado mayoritariamente por mujeres y un trabajador perteneciente a este sector, aunque acredite 44 años y medio de cotización en el régimen especial, no tendrá derecho a una pensión cuyo importe le permita solicitar y obtener una pensión de jubilación anticipada”.

139. Postura no compartida por el Tribunal de Justicia Luxemburgo que dictaminó que “la Directiva 79/7 no se opone a una normativa nacional que, en caso de que un trabajador afiliado al régimen general de la Seguridad Social pretenda jubilarse voluntaria y anticipadamente, supedita su derecho a una pensión de jubilación anticipada al requisito de que el importe de esta pensión sea, al menos, igual a la cuantía de la pensión mínima que correspondería a ese trabajador a la edad de 65 años, aunque esta normativa perjudique en particular a las trabajadoras respecto de los trabajadores siempre que esta consecuencia quede justificada no obstante por objetivos legítimos de política social ajenos a cualquier

⁶¹ SSTJUE de 24 de febrero de 1994, -343/92, ECLI:EU:C:1994:71 y de 14 de diciembre de 1995, -317/93, ECLI:EU:C:1995:438.

⁶² STJUE de 24 de septiembre de 2020, 223/19, EU:C:2020:753.

⁶³ C. SÁNCHEZ TRIGUEROS, “Jubilación Anticipada de Mujeres con Pensión Inferior a la Mínima”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, nº 2/2021, p.207: ya en la “STJUE de 6 de abril de 2000, asunto C-226/98, ECLI:EU:C:2000:191, se señalaba que la seguridad presupuestaria no podía amparar la adopción de una medida que perjudicase a un mayor número de mujeres que de hombres”.

⁶⁴ Es criticable que el TJUE solo atienda al plano estrictamente económico, cuando sostenibilidad social, sostenibilidad jurídica y sostenibilidad financiera de las pensiones son caras de un mismo prisma, todas imprescindibles para el mantenimiento del sistema nacional de protección social, piedra angular en la configuración constitucional de España como Estado Social y Democrático de Derecho.

⁶⁵ STJUE de 21 de enero 2021, -843/19, ECLI:EU:C:2021:55.

discriminación por razón de sexo”. En concreto, la denegación de la pensión voluntaria anticipada a quienes no alcancen el importe de la pensión mínima se justifica por el incremento del gasto para las arcas públicas que supondría, en tales casos, tener que abonar además un complemento a la pensión para alcanzar el importe de la pensión mínima que anualmente se fije. Y ello provoca que serán fundamentalmente las mujeres quienes “se verán obligadas a trabajar más años (y por prestaciones más reducidas). De este modo, se asegura la estabilidad financiera a costa de los derechos de la mitad de la población”⁶⁶.

140. Sin embargo, ese mismo argumento no puede ser esgrimido cuando la discriminación vulnera el derecho a la libre circulación de trabajadores, tal y como se infiere de la STJUE de 5 de diciembre de 2019⁶⁷. El TJUE resuelve una cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Galicia también sobre el reconocimiento de la pensión de jubilación anticipada⁶⁸ de trabajadores que habían ejercido su derecho a la libre circulación y tenían derecho a pensión de jubilación alemana⁶⁹ pero que no cumplían el requisito exigido por el artículo 208.1.c) TRLGSS: que la pensión (española) a percibir sea superior a la cuantía de la pensión mínima que correspondería al interesado por su situación familiar al cumplimiento de los 65 años de edad. Es decir, la norma nacional en discusión es exactamente la misma que motivó la cuestión prejudicial resuelta por la STJUE 21 de enero 2021.

141. Pero en la STJUE de 5 de diciembre de 2019, donde la Directiva 79/7 no era aplicable, el Tribunal de Justicia afirmó que “el principio de igualdad de trato, tal como está formulado en el artículo 4 del Reglamento 883/2004, prohíbe no solo las discriminaciones ostensibles, basadas en la nacionalidad de los beneficiarios de los regímenes de Seguridad Social, sino también toda forma encubierta de discriminación que, aplicando otros criterios de distinción, desemboque de hecho en el mismo resultado. En consecuencia, deben considerarse indirectamente discriminatorios los requisitos del Derecho nacional que, aun cuando se apliquen con independencia de la nacionalidad, afecten fundamentalmente o en su mayor parte a los trabajadores migrantes, así como los requisitos indistintamente aplicables que puedan ser cumplidos más fácilmente por los trabajadores nacionales que por los trabajadores migrantes, o incluso los que puedan perjudicar de manera particular a estos últimos”⁷⁰.

142. La posible explicación de que se apliquen diferentes parámetros en casos de discriminación por razón de sexo en el ámbito de la Seguridad Social y en supuestos de discriminación por razón de nacionalidad de trabajadores migrantes es que el derecho a la libre circulación de trabajadores, actualmente regulado en el artículo 45 TFUE- es una de las cuatro libertades fundamentales para la instauración de un mercado común, junto con la libre circulación de capitales, servicios y mercancías-. A mayor abundamiento, este Derecho ha formado parte del Derecho originario desde un primer momento. El artículo 48 del Tratado impide que, excepto en los casos expresamente contemplados en su apartado 3, “los Estados puedan exceptuar la igualdad de trato o la identidad de protección perseguida por el Tratado entre todos los trabajadores de la Comunidad, estableciendo indirectamente, en beneficio únicamente de los residentes nacionales, una discriminación”.

⁶⁶ C. SÁNCHEZ TRIGUEROS, “Jubilación Anticipada de Mujeres con Pensión Inferior a la Mínima”, Op. cit., p.208.

⁶⁷ STJUE de 5 de diciembre de 2019, 398/18 y 428/18, ECLI:EU:C:2019:1050.

⁶⁸ En concreto, la duda se planteaba sobre si, a efectos de determinar el derecho a una pensión de jubilación voluntaria anticipada, la pensión a la que un trabajador que haya ejercido de su derecho a la libre circulación tiene derecho en otro Estado miembro ha de tomarse en consideración a efectos de cumplir el requisito exigido por el artículo 208.1.c) TRLGSS: que el importe de la pensión a percibir sea superior a la cuantía de la pensión mínima que correspondería al interesado por su situación familiar al cumplimiento de los sesenta y cinco años de edad.

⁶⁹ La tesis defendida por el INSS y el Juzgado de lo Social era considerar la pensión real a cargo exclusivo del sistema español de Seguridad Social. El TSJ consideraba que tenía que ser la “pensión teórica” resultante de la aplicación de las reglas sobre totalización de periodos de cotización -art. 52.1.b) Reglamento 883/2004-. La solución de la STJUE fue aplicar el principio de asimilación (art. 5.a) Reglamento 883/2004) y considerar que debía sumarse la cuantía de la pensión o pensiones percibidas a cargo de cualquier Estado miembro a la solicitada de forma anticipada al sistema español (art. 5.a) Reglamento 883/2004). Cfr. A. VICENTE PALACIO, “Jubilación Anticipada Voluntaria y Libertad de Circulación”, *Revista de Jurisprudencia Laboral* nº 2/2020, p. 8.

⁷⁰ STJUE de 22 de junio de 2011, 399/09, ECLI:EU:C:2011:415.

143. Cabría concluir pues, que las causas objetivas que pueden justificar no apreciar la existencia de una discriminación por razón de sexo en el ámbito de la Seguridad Social al amparo de la Directiva 79/7 no pueden invocarse si lo que se dilucida es una discriminación por razón de la nacionalidad que vulnere el derecho a la libre circulación de trabajadores. Por tanto, habría que concluir que el principio de no discriminación se aplica de manera diferente en el ámbito de la armonización que en el área de la coordinación de sistemas de Seguridad Social y ello no es sino el resultado de que el Pilar Económico siempre ha ido por delante del Pilar Social, ya se trate de la Comunidad Económica Europea o de la actual Unión Europea.

X. Conclusiones

144. El 19 de diciembre de 1978 se adoptó la Directiva 79/7 relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social. Esta Directiva es anterior en el tiempo a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, anterior al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y al Tratado de la Unión Europea. Sin olvidar que cuando esta Directiva se adoptó estaba en vigor el Tratado de la Comunidad Económica Europea, que únicamente dedicaba un artículo a la igualdad entre hombres y mujeres y limitado al ámbito salarial: el artículo 119.

145. La Directiva 79/7 no encuentra su fundamento en ese artículo 119 sino en el 235 del Tratado de la Comunidad Europea, que ninguna relación guarda con la igualdad por razón de sexo. Son estas razones las que justifican que no puedan aplicarse los artículos que actualmente proclaman el derecho a la no discriminación en los Tratados y en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea a disposiciones de Derecho derivado que ni se fundan ni desarrollan dichos artículos, como es el caso de la Directiva 79/7 que, dicho sea de paso, no ha sido objeto de reforma hasta la fecha.

146. Aunque en 1995 la Comisión Europea constató la correcta aplicación de la Directiva 79/7 en España, desde el año 2012 hasta la fecha se ha producido una avalancha de cuestiones prejudiciales procedentes de tribunales españoles en las que se cuestionaba la conformidad de algunas disposiciones de la legislación española de Seguridad Social con la Directiva 79/7.

147. Salvo un caso de discriminación directa por razón de sexo (complemento por pensiones regulado en el artículo 60 TRLGSS), en todos los restantes asuntos planteados por los tribunales españoles el TJUE ha tenido que pronunciarse sobre la existencia de posibles discriminaciones indirectas por razón de sexo y para su constatación un elemento clave para el TJUE han sido los datos estadísticos.

148. Puesto que las estadísticas pueden conducir a resultados muy diferentes según como se utilicen las cifras, el TJUE ha establecido las siguientes pautas para determinar si se produce una situación de discriminación indirecta por razón de sexo con base en datos estadísticos: “en primer lugar, hay que tomar en consideración al conjunto de trabajadores sujetos a dicha normativa. En segundo lugar, entre el grupo de trabajadores y trabajadoras así delimitado, debe determinarse, por un lado, la proporción de trabajadores a los que no se permite acumular dichas pensiones respecto de los trabajadores que pueden llevar a cabo dicha acumulación y, por otro lado, la misma proporción por lo que se refiere a las trabajadoras. Por último, estas proporciones deben compararse entre sí para apreciar la importancia de la eventual diferencia entre la proporción de trabajadores y la proporción de trabajadoras afectados negativamente”.

149. Pero una diferencia de trato por razón de sexo, según reiterada jurisprudencia del TJUE, podría estar justificada por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo si la norma en cuestión responde a un objetivo legítimo de política social, es adecuada para alcanzar dicho objetivo y es necesaria para ello, entendiéndose que solo puede considerarse adecuada para garantizar el

objetivo invocado si responde verdaderamente a la inquietud de lograrlo y si se aplica de forma coherente y sistemática. La carga de la prueba de que concurren estos últimos requisitos corresponde al Estado miembro, en su calidad de autor de la norma presuntamente discriminatoria.

150. Respecto a las cuestiones prejudiciales planteadas por los tribunales españoles llama la atención que casi todas ellas proceden geográficamente de dos Comunidades Autónomas: Cataluña y Galicia. Asimismo, la mayoría de estas cuestiones son atinentes a la normativa de Seguridad Social aplicable a los trabajadores a tiempo parcial, que es un colectivo indudablemente “feminizado” y el que más conflictividad ha generado.

151. En materia de discriminación por razón de sexo en el ámbito de la Seguridad Social observamos que no es infrecuente la duplicidad de pronunciamientos sobre una misma disposición por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Constitucional. Y es que los tribunales españoles en caso de que consideren que la normativa de Seguridad Social puede ser discriminatoria por razón de sexo no solo tienen la alternativa de plantear una cuestión de inconstitucionalidad al amparo del artículo 14 CE, sino también plantea una cuestión prejudicial ante el TJUE. Y entre los motivos que pueden impulsar a optar por una vía u otra podemos especular que deben pesar los plazos habituales de uno y otro tribunal para dictar sentencia.

152. El que se pueda plantear cuestión prejudicial sin necesidad de tener que agotar las instancias internas es, también una vía de “puentear” al Tribunal Constitucional o incluso “anularlo” si se diera el caso de que el fallo de ambos tribunales fuera opuesto.

153. En cualquier caso, es innegable el impacto de la jurisprudencia del TJUE sobre la aplicación de la Directiva 79/7 en España, no solo en el ámbito de la jurisprudencia y práctica administrativa nacional sino incluso a nivel legislativo puesto que algunas de las sentencias analizadas en este trabajo han conllevado reformas legislativas de calado en la legislación española de Seguridad Social.

Il GDPR e la tutela del titolare dei dati personali fra public e private enforcement nelle ipotesi di trattamento transfrontaliero

The GDPR and the protection of the data subject between public and private enforcement in the case of cross-border processing

LIVIO SCAFFIDI RUNCHELLA

Assegnista di ricerca in Diritto Internazionale dell'Università degli Studi di Messina

Recibido: 06.09.2022 / Aceptado: 23.09.2022

DOI: 10.20318/cdt.2023.8083

Riassunto: Il regolamento (UE) n. 2016/679 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali intende garantire certezza del diritto e trasparenza per le persone fisiche e gli operatori economici. Lo strumento lascia agli Stati membri dell'Unione europea ampi margini di autonomia processuale, particolarmente nel caso di trattamenti transfrontalieri. Per tale ragione emergono diversi problemi che riguardano la competenza giurisdizionale, il rapporto tra procedimenti paralleli siano essi di natura civile o amministrativa, il rapporto fra il rimedio amministrativo e l'azione di risarcimento del danno. L'indagine si inserisce in un quadro assai complesso poiché le nuove tecnologie mettono costantemente alla prova il processo legislativo, così come l'interpretazione e l'applicazione delle pertinenti disposizioni di legge.

Parole chiave: Trattamento dei dati personali, Regolamento (UE) n. 2016/679, Giurisdizione, Autorità di controllo e autorità giurisdizionali.

Abstract: Regulation (EU) no. 2016/679 concerning the protection of individuals with regard to the processing of personal data, aims to ensure legal certainty and transparency for individuals and economic operators. The legal instrument offers the Member States of the European Union wide margins of procedural autonomy, particularly in situations of cross-border processing. For this reason, various problems arise concerning jurisdictional competence, the relationship between concurrent proceedings whether they be of a civil or administrative nature, the relationship between the administrative remedy and the action for damages. The essay forms part of a very complex framework as new technologies constantly put the legislative process as well as the interpretation and application of the relevant legal provisions to the test.

Keywords: Processing of personal data, Regulation (EU) n. 2016/679, Jurisdiction, Supervisory authorities and judicial authorities.

Sommario: I. Osservazioni introduttive: il GDPR fra protezione dell'interessato e circolazione dei dati personali. – II. I rimedi riconosciuti all'interessato nel caso di violazione del diritto alla protezione dei dati personali. – III. La delimitazione della giurisdizione nel caso di violazione del GDPR: l'introduzione dei fori speciali. – IV. I limiti dei meccanismi di cooperazione e assistenza delle autorità di controllo e del coordinamento delle azioni civili. – V. La difficile coesistenza fra rimedi amministrativi e rimedi giurisdizionali. – VI. (segue) la questione dell'efficacia delle decisioni dell'autorità di controllo nel successivo giudizio civile sul risarcimento dei danni. – VII. Conclusioni.

I. Osservazioni introduttive: il GDPR fra protezione dell'interessato e circolazione dei dati personali.

1. I dati personali si trovano al centro della trasformazione, collegata allo sviluppo delle tecnologie digitali, che nel corso dell'ultimo decennio ha interessato l'economia, la società e, in ultima analisi, quasi tutti gli aspetti della vita quotidiana delle persone. L'incremento, senza precedenti, delle operazioni di raccolta, di archiviazione e di condivisione di dati personali con rilevanza transnazionale è probabilmente l'indice più evidente di tale cambiamento.

Nell'ambito dell'Unione europea, i dati sono considerati una risorsa essenziale per la crescita economica, la competitività, l'innovazione, la creazione di posti di lavoro e il progresso sociale in generale¹. Nella sua comunicazione del 19 febbraio 2020, dal titolo “*Una strategia europea per i dati*”, la Commissione ha manifestato l'intenzione di creare uno “spazio unico europeo di dati”, all'interno del quale sia i dati personali sia quelli non personali possano circolare in maniera trans-settoriale, in modo da favorire la competitività globale e la sovranità dei dati dell'Unione europea. Quest'ultima ha pertanto l'urgenza di combinare una legislazione e una *governance* idonee allo scopo, investendo in norme, strumenti e infrastrutture, nonché in competenze per la gestione dei dati.

2. In tale scenario politico il Regolamento (UE) 2016/679 (conosciuto con l'acronimo GDPR – *General Data Protection Regulation*), divenuto applicabile dal 25 maggio 2018, cerca di coniugare il duplice obiettivo di rafforzare il diritto delle persone fisiche alla tutela dei dati personali e di promuovere la libera circolazione degli stessi².

Con riferimento al primo dei due obiettivi, il GDPR – in linea di continuità con la Direttiva 95/46/CE – introduce una serie di norme volte a consentire alla persona fisica di poter esercitare il controllo sui propri dati personali. In tal senso, il GDPR può essere annoverato fra gli strumenti che concretizzano il diritto fondamentale alla protezione dei dati, esplicitamente tutelato dall'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE) e dai Trattati, in particolare, dall'art. 16 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE). L'art. 8 riconosce il diritto alla protezione dei dati personali come diritto fondamentale, emancipandolo dal diritto al rispetto per la vita privata e familiare che ha un autonomo fondamento nell'art. 7 CDFUE³. L'art. 16 TFUE introduce, invece, una nuova base giuridica per la protezione dei dati personali che interessa tanto il settore privato quanto il settore pubblico⁴.

¹ Per rendersi conto della portata del fenomeno basti considerare che i dati previsionali per il 2025 riportano che, contestualmente all'aumento del volume globale dei dati (da 33 zettabyte nel 2018 a 175 zettabyte nel 2025), il valore della relativa economia dati nei 27 paesi dell'Unione raggiungerà l'ammontare di 829 miliardi di euro. Tale dato appare assai indicativo, soprattutto ove si consideri che nel 2018 il valore ammontava a 301 miliardi, pari al 2,4% del PIL complessivo degli Stati membri dell'Unione europea. In proposito si veda la Comunicazione della Commissione europea del 19 febbraio 2020, dal titolo “*Una strategia europea per i dati*” (COM/2020/66 final).

² Il GDPR può considerarsi parte integrante e rilevante di un quadro normativo che si compone anche della Direttiva (UE) 2016/680 in materia di trattamento dati personali nei settori di prevenzione, contrasto e repressione dei crimini, della Direttiva (UE) 2016/1148, recante misure per un livello comune elevato di sicurezza delle reti e dei sistemi informativi nell'Unione, del prossimo regolamento sulla *ePrivacy*, che sostituirà la Direttiva 2002/58/CE, in materia di rispetto della vita privata e la protezione dei dati personali nelle comunicazioni elettroniche (proposta COM(2017) 10 final) e del Regolamento (UE) 2018/1807 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018, relativo a un quadro applicabile alla libera circolazione dei dati non personali nell'Unione europea.

³ Secondo l'art. 8 della CDFUE «1. Ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano. 2. Tali dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge. Ogni persona ha il diritto di accedere ai dati raccolti che la riguardano e di ottenerne la rettifica. 3. Il rispetto di tali regole è soggetto al controllo di un'autorità indipendente».

⁴ La Direttiva 95/46/CE aveva infatti come base giuridica l'art. 100 A del TCE (Trattato istitutivo della Comunità europea). Detta norma mirava al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri per eliminare gli ostacoli al funzionamento del mercato interno, derivanti dalle disparità esistenti tra le normative nazionali. La direttiva, poiché anteriore sia alla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), sia al Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE), non poteva fare riferimento né all'uno né all'altro strumento. L'ancoraggio ai diritti fondamentali era piuttosto rappresentato dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Convenzione Edu) che riconosce il diritto al rispetto della vita privata e familiare. Il passaggio dalla Direttiva 95/46/CE al GDPR segna dunque un mutamento

3. Con riferimento al secondo dei due obiettivi, il GDPR è uno strumento funzionale alla competizione economica perché permette agli attori del mercato digitale, cioè ai cittadini, alle imprese e alle pubbliche amministrazioni, di non subire ostacoli di carattere giuridico o amministrativo e di poter contare su un insieme di regole condivise⁵, alle quali anche i soggetti che operano fuori dall'Unione europea sono tendenzialmente obbligati ad attenersi⁶.

I due obiettivi, per un verso, possono essere ritenuti convergenti, quantomeno nella misura in cui la garanzia di un alto livello di protezione dei dati personali determina un clima di fiducia che favorisce la libera circolazione dei dati e lo sviluppo dell'economia digitale⁷; per altro verso, possono tuttavia essere considerati conflittuali, perché le prescrizioni introdotte dal GDPR costituiscono un limite alla circolazione dei dati personali e, al contempo, la principale rete di protezione per il titolare del diritto alla loro tutela, consentendo di contenere l'asimmetria e la disegualianza sul piano informativo, tecnologico e normativo, che sussiste nel rapporto che si instaura con il titolare o il responsabile del trattamento. Peraltro, occorre considerare che il diritto alla protezione dei dati personali non è una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e temperato con altri diritti fondamentali, sulla base del principio di proporzionalità⁸.

4. L'introduzione del GDPR è riconducibile a diverse ragioni. Fra le principali è possibile annoverare la necessità di un aggiornamento della disciplina, quale risposta alle nuove sfide derivanti dalle profonde modifiche tecnologiche e informatiche che si sono verificate a partire dagli anni novanta con un ritmo incessante, nonché la volontà di creare un contesto omogeneo, all'interno del quale i dati

del fondamento giuridico, perché il nuovo strumento è stato adottato sulla base dell'art. 16 del TFUE che riconosce il diritto di ogni persona alla protezione dei dati personali che la riguardano, pur includendo anche un riferimento alla libera circolazione di tali dati. La formulazione della norma lascia intendere che la libera circolazione dei dati personali nell'Unione deve comunque rispettare il contenuto del diritto oggetto di tutela. Per un'analisi di tali disposizioni vedasi, per tutti, P. PIRODDI, *Art. 16 TFUE*, in F. POCAR, M. C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai trattati dell'Unione europea*, Padova, 2014, p. 189 ss., nonché ID., *Art. 8 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, *ibidem*, p. 1682 ss. Per una ricostruzione dell'emersione di tale diritto nell'ordinamento dell'Unione europea e della sua trasfigurazione in diritto fondamentale si veda G. GONZALEZ FUSTER, *The emergence of personal data protection as a fundamental right of the EU*, Dordrecht, 2014, p. 185 ss.

⁵ Tale aspetto risulta ancora più evidente ove si consideri che la libera circolazione dei dati costituisce l'obiettivo principale in relazione ai dati non personali. In proposito è possibile fare riferimento al recente Regolamento (UE) 2018/1807, relativo a un quadro applicabile alla libera circolazione dei dati non personali nell'Unione europea, entrato in vigore il 28 maggio 2019, che stabilisce un quadro per l'archiviazione e il trattamento dei dati in tutta l'Unione europea, vietando le restrizioni alla localizzazione dei dati se non giustificate e incoraggiando la realizzazione di codici di condotta per i servizi *cloud* per un mercato più flessibile e più accessibile sotto il profilo economico.

⁶ Come noto, l'applicazione dei criteri dello stabilimento e del cosiddetto *targeting* previsti dall'art. 3 comporta che gli effetti del GDPR si estendono oltre il territorio dell'Unione europea, disciplinando anche l'attività di operatori che ivi non hanno alcun tipo di stabilimento o presenza. Tale risultato è rafforzato dalle disposizioni di cui al capo V, dal titolo "Trasferimenti di dati personali verso paesi terzi o organizzazioni internazionali", che prevedono obblighi per gli operatori "extra UE" che trattano dati personali provenienti da soggetti che si trovano nell'Unione europea, anche nelle ipotesi in cui tali operatori non sarebbero, per proprio conto, assoggettati al regolamento. Su questo aspetto si rinvia, fra i tanti, a O. TENE, C. WOLF, *Overextended: jurisdiction and applicable law under the EU general data protection regulation*, in *Future of Privacy Forum White Paper*, 2013; D.J.B. SVANTESSON, *Extraterritoriality in data privacy law*, *Ex Tuto Publishing*, 2013, pp. 68-69; C. KUNER, *Extraterritoriality and regulation of international data transfers in EU data protection law*, in *International Data Privacy Law*, vol. 5, n. 4, 2015, p. 235-245; M.S.C. TAYLOR, *Permissions and Prohibitions in Data Protection Jurisdiction*, in *Brussels Privacy HUB Working Paper n. 6*, 2016, p. 17.

⁷ La Commissione nella Comunicazione «Una strategia europea per i dati» (COM(2020) 66 final), al punto 1, evidenzia che «I cittadini daranno fiducia alle innovazioni basate sui dati e le faranno proprie solo se saranno convinti che la condivisione dei dati personali nell'UE sarà soggetta in ogni caso alla piena conformità alle rigide norme dell'Unione in materia di protezione dei dati». Su questo aspetto in dottrina vedasi N. MICHAÏL, C. PONSART, *Le RGPD: état des lieux du règlement central du droit européen de la protection et de la libre circulation des données personnelles*, in *Cahiers de droit européen*, 2021, 57.3, pp. 727-730. Gli autori evidenziano come la strategia di rinforzare la protezione delle persone fisiche in funzione dell'affermazione della libera circolazione e dello sviluppo del mercato interno è conosciuta in altri settori come quello della tutela dei consumatori e del diritto finanziario. La circolazione dei dati personali è, in tal senso, il presupposto per lo sviluppo delle altre libertà di circolazione previste dal TFUE e il diritto alla protezione dei dati un elemento che condiziona l'esercizio dell'insieme delle altre libertà e diritti fondamentali come, ad esempio, la libertà di espressione, di religione, di associazione e di circolazione.

⁸ In tal senso, vedasi anche Corte di Giustizia, sent. del 24 settembre 2019, *Google (Portata territoriale della deindicizzazione)*, C-507/17, EU:C:2019:772, punto 60.

personali abbiano la possibilità di circolare liberamente e con elevate garanzie di tutela per le persone fisiche, considerato che la direttiva 95/46 non era riuscita a impedire la frammentazione dell'applicazione della protezione dei dati personali nel territorio dell'Unione⁹. Tale ultima esigenza è probabilmente la principale ragione della decisione di adottare un nuovo strumento normativo in sostituzione della direttiva 95/46.¹⁰ Il regolamento, a differenza della direttiva, si caratterizza, infatti, per avere disposizioni integralmente obbligatorie e direttamente vincolanti sia per le pubbliche autorità sia per gli individui localizzati nel territorio di tutti gli Stati membri, risultando quindi più stringente e maggiormente idoneo a garantire certezza, trasparenza e uniformità.

5. Per le persone fisiche la possibilità di disporre di un quadro giuridico omogeneo e semplificato rappresenta un rafforzamento della propria posizione. In particolare, l'obiettivo di assicurare un alto livello di protezione dei dati personali viene perseguito grazie al consolidamento e all'introduzione di diritti sostanziali, alla previsione di obblighi stringenti a carico del titolare o responsabile del trattamento, nonché alla predisposizione di un sistema di mezzi di ricorso che consente al titolare del diritto alla protezione (cosiddetto interessato) di agire nel caso in cui ritenga che tale diritto sia stato violato.

6. L'esigenza di uniformità e di semplificazione, tuttavia, non sempre risulta soddisfatta, specialmente nelle ipotesi di "trattamento transfrontaliero", cioè in riferimento a quei trattamenti che hanno luogo nell'ambito delle attività di diversi stabilimenti, situati in più di uno Stato membro, di un titolare (o responsabile) stabilito in più di uno Stato membro, oppure quei trattamenti che hanno luogo nell'ambito delle attività di un unico stabilimento del titolare (o responsabile) di questi, incidendo tuttavia in modo sostanziale su interessati che si trovano in più di uno Stato membro¹¹.

7. Questioni alquanto rilevanti attengono ai conflitti di leggi, poiché il GDPR non introduce disposizioni sulla legge applicabile e ciò nonostante che la sua disciplina lasci molto spazio agli Stati membri, consentendo loro, riguardo a particolari settori del trattamento dei dati, di ampliare limitare o specificare le norme contenute nel regolamento¹².

⁹ La direttiva 95/46/CE risale infatti ad un'epoca in cui l'utilizzo di internet era assolutamente marginale. Lo strumento inoltre, per sua natura, rimetteva ai singoli Stati l'emanazione della disciplina attuativa interna, lasciando loro ampi margini di adattamento e di deroga, soprattutto in settori particolari. Di conseguenza, per quanto la direttiva avesse come obiettivo sostanziale quello di creare una disciplina organica e armonica, si era creato un quadro normativo complesso e disomogeneo tra gli Stati membri, poiché questi avevano introdotto disposizioni talvolta profondamente diverse tra loro. Le divergenze tra gli Stati membri riguardavano i diritti sostanziali, i rimedi nel caso di violazione delle leggi di trasposizione della direttiva e i relativi poteri conferiti alle autorità di protezione dei dati e agli organi amministrativi e giurisdizionali. Tale situazione aveva determinato una frammentazione dei diritti e degli obblighi in materia e, conseguentemente, una condizione di incertezza giuridica non solo per le persone fisiche, ma anche per gli operatori economici e le autorità pubbliche. In proposito, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, si veda A. GALETTA, P. DE HERT, *The Proceduralisation of Data Protection Remedies under EU Data Protection Law: Towards a More Effective and Data Subject-oriented Remedial System?*, in *Review of European Administrative Law*, Vol. 8, 1/2015, pp. 125-151, spec. p. 136.

¹⁰ Il requisito della coerenza nel livello di protezione dei diritti conferiti dal GDPR è richiamato nei considerando 7, 9, 10, 13, 123, 129, 133 e 135. Su tale aspetto vedasi anche Corte di Giustizia, sent. 15 giugno 2021, *Facebook Ireland e a.*, C-645/19, EU:C:2021:483, punto 64; sent. 22 giugno 2021, *Latvijas Republikas Saeima*, C-439/19, EU:C:2021:504, punto 83, e sent. 28 aprile 2022, *Meta Platforms Ireland*, C-319/20, EU:C:2022:322, punto 52, nonché le conclusioni dell'avvocato generale Bobek nella causa *Facebook Ireland e a. cit.* (EU:C:2021:5), par. 95-97.

¹¹ La definizione è contenuta nell'art. 4, par. 23, del GDPR. Al fine di valutare se risulti o meno realizzata la condizione di "incidere in maniera sostanziale", il Gruppo di Lavoro Articolo 29, che sotto il vigore della Direttiva 95/46 riuniva i rappresentanti di tutte le autorità di controllo dei vari Stati europei, nel documento del 13 dicembre 2016, aggiornato il 5 aprile 2017, dal titolo "Linee-guida per l'individuazione dell'autorità di controllo capofila in rapporto a uno specifico titolare o responsabile del trattamento" (16/EN WP 244 rev.01) evidenzia come occorra una valutazione da compiersi caso per caso che tenga conto delle specifiche circostanze, del contesto in cui si svolge il trattamento e delle categorie di dati trattati e delle finalità di trattamento. Ad esempio, soddisfano detta condizione i trattamenti che producono concretamente, o è probabile che producano concretamente, una limitazione dei diritti o un'esclusione da benefici e opportunità, i trattamenti che esponano la persona a forme di disparità di trattamento, nonché i trattamenti che interessano un'ampia gamma di dati personali.

¹² Su questo profilo ci si limita a rinviare, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, a J. CHEN, *How the Best-laid plans go awry: the (unsolved) issues of applicable law in the General Data Protection Regulation*, in *International Data Privacy Law*, 2016, vol. 6, n. 4, pp. 313 ss. e M. MANTOVANI, *Horizontal Conflicts of Member States' GDPR-Complementing Laws: The Quest for a Viable Conflict-of-Laws Solution*, in *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2019, pp. 535-562.

8. Come si proverà a dimostrare nel prosieguo del presente lavoro, problemi giuridici emergono anche con riferimento ai profili di diritto processuale internazionale, che sebbene oggetto di una specifica disciplina, rimangono per taluni aspetti privi di coerenza, soprattutto in relazione al quadro di tutela riferibile al *public enforcement*, rendendo il sistema di tutela predisposto per gli interessati, nel suo insieme, piuttosto complesso e imprevedibile.

II. I rimedi riconosciuti all'interessato nel caso di violazione del diritto alla protezione dei dati personali.

9. L'applicazione efficace delle norme sulla protezione dei dati personali è affidata non solo a organi e organismi dell'Unione, ma anche alle autorità competenti degli Stati membri, in particolare alle autorità di controllo e ai giudici nazionali. Tali autorità sono al centro del sistema di mezzi di ricorso previsto dal regolamento che ha dunque una duplice natura: pubblicistica e privatistica.

10. Sotto il profilo del *public (administrative) enforcement*, come stabilito dall'art. 57, par. 1, lett. a), e chiarito dal considerando 129, il GDPR attribuisce alle autorità di controllo dei rispettivi Stati membri un compito di controllo, vigilanza e garanzia, rispetto all'effettiva e coerente applicazione delle proprie disposizioni, e prevede, a tal fine, che queste siano dotate di pervasivi poteri d'indagine, correttivi, sanzionatori, autorizzativi e consultivi. La disposizione citata dà attuazione all'art. 8, par. 3, della CDFUE che dispone che il rispetto delle regole in materia di protezione dei dati di carattere personale è soggetto al controllo di un'autorità indipendente.

11. Sotto il profilo del *private enforcement*, il regolamento ha predisposto strumenti e rimedi funzionali ad accordare all'individuo un maggiore controllo dei propri dati personali. I rimedi di diritto privato possono considerarsi il segnale di un'inversione di tendenza che va nella direzione dell'abbandono di un atteggiamento paternalistico nei confronti della protezione dei dati a favore di un approccio che valorizza l'autonomia dei singoli e le loro rivendicazioni. Il *private enforcement* rimane comunque essenzialmente uno strumento per rafforzare l'applicazione complessiva del GDPR: l'attribuzione del compito di tutelare il diritto alla protezione dei dati personali alle sole autorità amministrative indipendenti avrebbe, infatti, costituito un limite importante giacché queste, a causa dell'insufficienza dei fondi disponibili, non sempre sono in grado di dare corso a tutte le segnalazioni e a tutti i ricorsi ovvero sono costrette ad accordare priorità ai casi ritenuti più rilevanti¹³. Le decisioni emesse a seguito di azioni private hanno pure il vantaggio di avere maggiori possibilità di essere riconosciute ed eseguite in altri Stati membri, rispetto alle decisioni adottate dalle autorità di protezione dei dati. Le sentenze dei tribunali nazionali possono il più delle volte ricondursi nell'ambito di applicazione del regolamento (UE) n. 1215/2012 relativo alla competenza giurisdizionale, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (Regolamento Bruxelles 1-bis) e della Convenzione di Lugano del 2007, avente analogo oggetto, che disciplina i rapporti degli Stati membri dell'Unione europea con Norvegia, Islanda e Svizzera¹⁴.

¹³ La centralità degli strumenti di *private enforcement* è confermata dai dati che si riferiscono alle sanzioni comminate dall'autorità di controllo italiana nel 2022. Come evidenziato nell'articolo di F. CORTI, *Reclami e segnalazioni privacy: quali conseguenze per l'organizzazione che viene segnalata?*, in www.laborproject.it, i dati indicano che solo il 20% circa dei provvedimenti a carattere sanzionatorio riguarda istruttorie partite da violazioni di dati personali o dalla diretta iniziativa dell'Autorità. La stragrande maggioranza delle ordinanze di ingiunzione pubblicate, invece, originano da reclami degli interessati, presentati ai sensi dell'art. 77 del GDPR. Con riferimento ai temi, numerosi reclami e segnalazioni hanno ad oggetto la pubblicazione di dati personali sui *social network* (commenti, fotografie, etc.), le comunicazioni di natura commerciale inoltrate via e-mail o sms (cosiddetto *telemarketing selvaggio*), i trattamenti di dati personali effettuati in ambito lavorativo, la pubblicazione sui siti web di pubbliche amministrazioni di atti e documenti che contengono dati personali di dipendenti, la diffusione sui siti web di istituti scolastici di dati personali riguardanti alunni e personale dipendente e, infine, la reperibilità in rete di informazioni relative a vicende giudiziarie.

¹⁴ I due strumenti prevedono che ogni decisione, rientrante nell'ambito di applicazione dello strumento, venga eseguita in modo automatico in un diverso Stato membro, senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento. La Corte di Giustizia

12. Nell'ipotesi di violazione della disciplina contenuta nel regolamento o negli strumenti nazionali di adeguamento, il sistema di ricorsi previsti dal GDPR riconosce dunque all'interessato la possibilità di seguire sia la via amministrativa sia la via giurisdizionale per ottenere tutela.

13. In particolare, l'interessato può presentare un reclamo dinanzi all'autorità di controllo, alternativamente nello Stato membro in cui risiede abitualmente, in quello in cui svolge la propria attività lavorativa o, infine, in quello nel quale si è verificata la presunta violazione (art. 77). Nel caso in cui l'autorità di controllo non dia seguito a un reclamo, lo respinga in tutto o in parte, lo archivi o non agisca quando è necessario intervenire per proteggere i diritti dell'interessato, questo ha il diritto di proporre un ricorso giurisdizionale effettivo per contestare il merito della decisione o l'inerzia dell'autorità di controllo (art. 78, parr. 1 e 2).¹⁵

14. La previsione di un diritto a un ricorso giurisdizionale effettivo nei confronti dell'autorità di controllo sembra suggerire che quest'ultima ha l'obbligo, non solo di svolgere un accertamento esattivo dei fatti presentati dal reclamante, ma anche, nel caso di constatata violazione del regolamento, di agire nell'ambito dei suoi poteri di intervento, in particolare, irrogando una sanzione pecuniaria o emanando una ingiunzione. Secondo tale interpretazione l'autorità di controllo, in queste ipotesi, non godrebbe quindi di un margine di apprezzamento rispetto a un possibile intervento, potendo solamente scegliere quale tra i provvedimenti di cui all'art. 58, par. 2, del GDPR adottare. Secondo una diversa tesi, l'art. 57, par. 1, lett. f), del GDPR, letto alla luce dei considerando 129 e 141, secondo i quali ogni provvedimento adottato dall'autorità di controllo per garantire il rispetto del regolamento dovrebbe essere adeguato, necessario e proporzionato, imporrebbe all'autorità di controllo uno scrupoloso esame nel merito del reclamo, ma non prescriverebbe sempre e senza eccezioni l'intervento nel caso in cui venga accertata una violazione, dovendosi tener conto delle particolari circostanze sussistenti nel caso concreto. L'intervento dell'autorità sarebbe quindi dovuto solo nell'ipotesi in cui questo risulti necessario per la tutela dei diritti della persona interessata, mentre potrebbe essere escluso nel caso in cui una violazione, che si è verificata in passato, è improbabile che si ripeta perché, ad esempio, l'impresa titolare del trattamento ha successivamente adottato gli opportuni provvedimenti¹⁶.

ha definito la portata della nozione di "materia civile e commerciale" facendo riferimento agli elementi che caratterizzano la natura dei rapporti giuridici tra le parti della controversia e all'oggetto della stessa. In linea di massima detta nozione comprende al suo interno le controversie tra privati ed esclude le controversie nelle quali una delle parti è un'autorità pubblica, a meno che questa agisca in qualità di privato, cioè al di fuori dell'esercizio di pubblici poteri (*acta iure imperii*). L'esatta portata della nozione di "esercizio della potestà d'imperio" è difficilmente definibile giacché la Corte al riguardo ha esaminato il fondamento e le modalità d'esercizio dell'azione intentata seguendo un approccio *case by case*. Sulla questione vedasi Corte di giustizia, sent. 16 dicembre 1980, causa C-814/79, *Paesi Bassi c. Rüffer*, ECLI:EU:C:1980:291, § 8; sent. 21 aprile 1993, causa C-172/91, *Sonntag c. Waidmann*, ECLI:EU:C:1993:144, § 20; sent. 14 novembre 2002, causa C-271/00, *Baten*, ECLI:EU:C:2002:656, § 30; sent. 15 maggio 2003, causa C-266/01, *Préservatrice foncière TIARD*, ECLI:EU:C:2003:282, § 22; sent. 15 febbraio 2007, causa C-292/05, *Lechouritou e a.*, ECLI:EU:C:2007:102, § 31; in dottrina, con specifico riferimento al tema della tutela dei dati personali, si vedano M. BRKAN, *Data Protection and European Private International Law*, in *Robert Schuman Centre for Advanced Studies Research Paper No. RSCAS*, 2015/40, p. 8 ss.; in dottrina si vedano P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Aspectos internacionales del Reglamento general de protección de datos de la UE (I): cuestiones de competencia*, in www.pedrodemi-guelasensio.blogspot.it, 11 maggio 2016, p. 3 ss.; P. FRANZINA, *Jurisdiction Regarding Claims for the Infringement of Privacy Rights under the General Data Protection Regulation*, in A. DE FRANCESCHI (ed.), *European Contract Law and the Digital Single Market*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2016, p. 96 ss.; C. KOHLER, *Conflict of Law Issues in the 2016 Data Protection Regulation of the European Union*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2016, pp. 653-675, spec. p. 668 ss.

¹⁵ La possibilità di esperire questo mezzo di tutela è attribuita non solo all'interessato, ma anche al titolare (o al responsabile) del trattamento, rappresentando una delle «*garanzie adeguate*» cui l'art. 58, par. 4, del GDPR subordina l'esercizio dei poteri conferiti alle autorità amministrative indipendenti.

¹⁶ Tale questione è oggetto delle domande di pronuncia pregiudiziale promosse dal Verwaltungsgericht Wiesbaden (Tribunale amministrativo di Wiesbaden, Germania) depositate il 14 dicembre 2021, causa C-768/21, *TR c. Land Hessen* e 11 gennaio 2022, cause riunite C-26/22 e C-64/22, *UF – AB c. Land Hessen*, a tutt'oggi pendenti dinanzi alla Corte di Giustizia. Nelle conclusioni dell'avvocato generale Priit Pikamäe, presentate il 16 marzo 2023 nelle cause riunite *UF – AB c. Land Hessen*, §§ 39-40, si sostiene il carattere imperativo dell'obbligo dell'autorità di controllo di trattare i reclami. Secondo l'avvocato generale, dal momento che ogni violazione del GDPR potrebbe, in linea di principio, costituire una violazione dei diritti fondamentali, riconoscere all'autorità di controllo il potere discrezionale di trattare o meno i reclami risulterebbe incompatibile con il sistema previsto da detto regolamento e con gli obiettivi perseguiti dal legislatore europeo. Sull'argomento si vedano anche

15. In ogni caso, il potere riconosciuto alle autorità di controllo di adottare misure correttive esclude radicalmente che la procedura di reclamo possa essere assimilata a quella di una petizione. Il reclamo dinanzi all'autorità di controllo è invece concepito come un meccanismo idoneo a salvaguardare in maniera efficace i diritti e gli interessi delle persone fisiche titolari dei dati personali. Alle decisioni dell'autorità di controllo viene riconosciuto un effetto giuridicamente vincolante e pertanto l'eventuale controllo giurisdizionale sulla decisione non può risolversi in un mero sindacato di legittimità del provvedimento, ma deve comportare un riesame integrale dello stesso. Il giudice nazionale, ai sensi dell'art. 78 del GDPR, può rivalutare la decisione, estendendo il proprio controllo a tutti gli aspetti pertinenti rientranti nel potere di valutazione esercitato dall'autorità di controllo che afferiscono non solo all'esame dell'oggetto del reclamo, ma anche al margine di discrezionalità riguardante la scelta degli atti di indagine e le misure correttive.¹⁷

16. Il GDPR prevede, inoltre, due tipi di rimedi giurisdizionali individuali che possono essere esercitati parallelamente o alternativamente rispetto al ricorso dinanzi all'autorità di controllo: il diritto a un ricorso effettivo sotto forma di richiesta di un'azione specifica da intraprendere (art. 79); il diritto al risarcimento, da parte del titolare o del responsabile del trattamento, dei danni subiti a seguito della violazione del regolamento (art. 82).

In particolare, ai sensi dell'art. 79, la persona interessata può promuovere un'azione nei confronti del titolare (o del responsabile) del trattamento dinanzi alle autorità giurisdizionali dello Stato membro in cui questo ha uno stabilimento oppure a quelle dello Stato membro in cui l'interessato risiede abitualmente, a meno che il titolare (o il responsabile) del trattamento sia un'autorità pubblica di uno Stato membro nell'esercizio dei pubblici poteri¹⁸. Il par. 1 dell'art. 79 GDPR si riferisce genericamente alla violazione dei diritti previsti dal regolamento; pertanto devono ritenersi ricompresi tutti i diritti che lo strumento attribuisce alla persona fisica cui si riferiscono i dati personali oggetto di trattamento, fra i quali il diritto all'informazione (artt. 12, 13, 14, 19), il diritto di accesso (art. 15), il diritto di rettifica (art. 16), il diritto alla cancellazione (cosiddetto diritto all'oblio, di cui all'art. 17), il diritto alla limitazione del trattamento (art. 18), il diritto alla portabilità dei dati (art. 20), il diritto di opporsi al trattamento dei dati relativi all'interessato, compresa la profilazione (art. 21), il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata esclusivamente sul trattamento automatizzato (compresa la profilazione) (articolo 22), il diritto di essere informato in caso di violazione dei dati (art. 34). Il ricorso giurisdizionale di cui all'art. 79 deve potersi qualificare come effettivo, ai sensi dell'art. 47 della CDFUE, ovvero deve essere previsto a prescindere da ogni altro eventuale ricorso amministrativo o stragiudiziale disponibile, compreso il diritto di proporre reclamo a un'autorità di controllo sulla base dell'art. 77. Il ricorso contro le decisioni giuridicamente vincolanti di un'autorità di controllo di cui all'art. 78 del GDPR non costituisce infatti, in sé, un ricorso giurisdizionale effettivo, dal momento che alcune rivendicazioni che possono derivare dalla violazione del regolamento non rientrano nelle competenze dell'autorità di controllo.

17. Con riguardo alla tipologia di azioni che possono essere esperite dinanzi all'autorità giurisdizionale, si ritiene che lo strumento attribuisca agli Stati membri la facoltà di articolare autonomamente i rimedi giurisdizionali, con l'eccezione dell'azione risarcitoria che viene sostanzialmente disciplinata dal regolamento e che non può essere esclusa dal diritto nazionale. Di conseguenza sono ammissibili le azioni dirette a ottenere un provvedimento di natura inibitoria, il quale invero assume particolare rilievo,

le conclusioni dell'avvocato generale Saugmandsgaard Ø del 19 dicembre 2019 rese nella causa *Facebook Ireland e Schrems* (C-311/18, EU:C:2019:1145), §§ 146-148.

¹⁷ In tal senso, si vedano le conclusioni dell'avvocato generale Piiet Pikamäe, cause riunite *UF – AB c. Land Hessen* cit., §§ 49-51.

¹⁸ Tale ultimo limite risulta ispirato ai criteri propri del Regolamento Bruxelles I-bis che, all'art. 1, par. 1, delimita il suo campo di applicazione *ratione materiae*, specificando, per un verso, che questo riguarda la materia civile e commerciale, indipendentemente dalla natura dell'autorità giurisdizionale adita e, per altro verso, che rimane esclusa l'intera materia fiscale, doganale e amministrativa, nonché la responsabilità dello Stato per atti od omissioni nell'esercizio di pubblici poteri (*acta iure imperii*). Sulla questione vedasi altresì quanto rilevato nella nota 14.

dal momento che molti dei diritti attribuiti all'interessato comportano l'adempimento, ad opera della controparte, di specifici obblighi di *facere* o di *non facere*.¹⁹

Infine, ai sensi dell'art. 82, tutte le persone fisiche che hanno subito un danno derivante da una violazione del GDPR hanno il diritto di ottenere la riparazione del pregiudizio subito dal titolare (o responsabile) del trattamento dinanzi all'autorità giurisdizionale. L'impiego della formula "chiunque subisca un danno materiale o immateriale" sembra voler indicare che l'azione di risarcimento danni non è riservata ai soli interessati diretti²⁰.

Con riguardo all'attivazione dei rimedi, secondo l'art. 80, par. 1, l'interessato, sia nel caso di ricorso giurisdizionale sia nel caso di reclamo all'autorità di controllo, a certe condizioni, ha il diritto di conferire mandato a un organismo, a un'organizzazione o a un'associazione senza scopo di lucro, attivi nel settore della protezione dei dati personali, affinché tali soggetti agiscano a suo nome. L'art. 80, par. 2, contempla, inoltre, la possibilità che ogni Stato membro si doti di organismi cui venga riconosciuta la possibilità di presentare di propria iniziativa, ovvero indipendentemente dal mandato conferito dall'interessato, un reclamo dinanzi all'autorità di controllo, ai sensi dell'articolo 77, o anche di esercitare i diritti di cui agli articoli 78 e 79.²¹

La disposizione s'inserisce nella tendenza a favorire lo sviluppo di azioni rappresentative promosse da enti con l'obiettivo di tutelare interessi generali o collettivi e di rafforzare l'accesso alla giustizia delle persone lese²². Il fatto che il GDPR legittimi associazioni a tutela degli interessi individuali a instaurare, mediante un meccanismo di ricorso rappresentativo, azioni intese a far cessare trattamenti di dati contrari alle disposizioni del regolamento e a risarcire le vittime di violazioni, contribuisce incontestabilmente a rafforzare i diritti degli interessati e ad assicurare loro un elevato livello di protezione. La percezione che il titolare (o il responsabile) del trattamento sia troppo potente e la violazione troppo reiterata per essere considerata sanzionabile dissuade molte volte gli interessati dal rivolgersi alle autorità amministrative e, a maggior ragione, alle autorità giurisdizionali. Il coinvolgimento di organismi può rivelarsi utile anche per superare gli ostacoli di natura procedurale che limitano le azioni di risarcimento dei danni: l'elevata durata del procedimento civile; le consistenti spese a carico, dovute alla necessità di

¹⁹ In senso critico su tale opzione legislativa A. GALETTA, P. DE HERT, *The Proceduralisation of Data Protection Remedies*. Sul punto si veda anche C. KOHLER, *Conflict of law issues in the 2016 Data Protection Regulation of the European Union*, cit., p. 667.

²⁰ La disposizione, com'è noto, segna un passo in avanti nella tutela dell'interessato poiché l'art. 23 della direttiva 95/46/CE, che obbligava gli Stati membri a prevedere una richiesta di risarcimento danni nei confronti del titolare del trattamento, lasciava aperte alcune questioni cruciali, fra le quali la possibilità di richiedere e ottenere il risarcimento per danni di natura non patrimoniale e la possibilità di configurare la responsabilità in capo ai responsabili del trattamento. Per questa ragione la disposizione era stata recepita nel diritto nazionale degli Stati membri in modo molto incoerente, assumendo quindi una rilevanza pratica marginale.

²¹ Si tratta di una disposizione che accorda agli Stati membri un certo margine di manovra, poiché questi possono prevedere differenti condizioni con riguardo alla legittimazione ad agire degli enti, delle organizzazioni o delle associazioni senza scopo di lucro. Nell'ambito dell'ordinamento italiano, l'art. 10, comma 5, del Codice in materia di protezione dei dati personali prevede che l'interessato possa dare mandato a un ente del terzo settore, soggetto alla disciplina del decreto legislativo n. 117/2017 e che sia specializzato nella tutela dei diritti alla protezione dei dati personali.

²² Questa tendenza si è tradotta recentemente nell'adozione della direttiva (UE) 2020/1828, del 25 novembre 2020, relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e che abroga la direttiva 2009/22/CE (cosiddetta *Class action* europea), il cui termine di recepimento era fissato nel 25 dicembre 2022 e che ha trovato applicazione dallo scorso 25 giugno. Lo strumento, allo scopo di "contribuire al funzionamento del mercato interno e al conseguimento di un livello elevato di protezione dei consumatori", impone agli Stati membri di introdurre all'interno del proprio ordinamento l'istituto dell'azione rappresentativa a tutela degli interessi collettivi dei consumatori nel caso di violazioni di norme dell'Unione europea che disciplinano vari settori, fra i quali è annoverata anche la protezione dei dati. Tale azione è esperibile dagli enti legittimati, vale a dire associazioni di consumatori e di iscritte in un apposito elenco pubblico, nonché enti pubblici la cui legittimazione sia espressamente conferita dagli Stati membri e può essere promossa senza bisogno di mandato da parte dei consumatori. Se la violazione lede consumatori di diversi Stati membri, l'azione può essere proposta congiuntamente da più enti di diversi Stati. Sul tema v. anche Corte di Giustizia, sent. del 29 luglio 2019, *Fashion ID GmbH & Co.KG* contro *Verbraucherzentrale NRW e V*, causa C-40/17, EU:C:2019:629, §§ 43-63 e le conclusioni dell'avvocato generale del 2 dicembre 2020, *Meta Platforms Ireland*, causa C-319/20, EU:C:2021:979; in dottrina, A. PATO, *Collective Redress Mechanisms in the EU, in Jurisdiction and Cross-Border Collective Redress: A European Private International Law Perspective*, Bloomsbury Publishing, Londra, 2019, pp. 45-117; B. GSELL, *The New European Directive on Representative Actions for the Collective Interests of Consumers – A Huge, but Blurry Step Forward*, in *Common Market Law Review*, vol. 58, n. 5, 2021, pp. 1365-1400.

assumere un avvocato che abbia familiarità con una materia complessa; le difficoltà legate alla raccolta delle prove e all'onere della prova, in particolare per quanto riguarda le attività di trattamento realizzate su internet²³.

III. La delimitazione della giurisdizione nel caso di violazione del GDPR: l'introduzione dei fori speciali.

18. A differenza della direttiva 95/46/CE, il GDPR contiene, all'art. 79, par. 2, una specifica norma attributiva della competenza giurisdizionale per le azioni esperite nei confronti di un titolare (o responsabile) del trattamento, nel caso di violazione dei diritti dell'interessato. Tale disposizione appare assai rilevante poiché le controversie in materia si riferiscono di frequente a rapporti o situazioni di carattere transazionale, dal momento che il trattamento dei dati personali è il più delle volte legato alla rete internet che si caratterizza per la sua apertura e globalità.

In particolare, l'art. 79, par. 2, attribuisce all'interessato la possibilità di convenire in giudizio il titolare (o il responsabile) del trattamento dinanzi al tribunale dello Stato in cui quest'ultimo ha uno stabilimento o, in alternativa, dinanzi ai giudici dello Stato membro della propria residenza abituale. Tali titoli di giurisdizione si riferiscono unicamente alle azioni che possono essere intentate dall'interessato nei confronti del titolare (o del responsabile) del trattamento e non viceversa. La mancanza di simmetria è da ricondursi all'obiettivo di proteggere il titolare del diritto alla protezione dei dati personali che ispira la disposizione in esame e, come anticipato, lo strumento nel suo complesso. Peraltro, le azioni promosse dal titolare (o dal responsabile) del trattamento nei confronti dell'interessato si fonderebbero, in linea di massima, su un rapporto contrattuale e non sulla violazione della disciplina a tutela dei dati personali. La competenza giurisdizionale speciale prevista dal regolamento è limitata *ratione materiae* alle rivendicazioni in materia di protezione dei dati che riguardano i diritti accordati dal GDPR²⁴.

19. L'art. 79, par. 2, non specifica se i titoli speciali di giurisdizione si riferiscono alle sole azioni promosse a seguito della violazione dei diritti riconosciuti dal GDPR o se valgono anche nel caso di trattamento contrario alle disposizioni nazionali di adeguamento. Tale omissione può dare adito a qualche dubbio interpretativo, considerato che il regolamento contempla alcune "clausola di salvaguardia" che consentono ai legislatori nazionali di estendere l'ambito di applicazione materiale dello strumento, accordando tutela, ad esempio, ai trattamenti dei dati personali concernenti persone decedute²⁵. La seconda interpretazione sembra da prediligere per diverse ragioni. Innanzitutto, è possibile sostenere che i diritti derivanti dalle leggi nazionali di attuazione derivano, anche se indirettamente, dal GDPR poiché

²³ In proposito si veda M. REQUEJO ISIDRO, *La aplicación privada del derecho para la protección de las personas físicas en materia de tratamiento de datos personales en el reglamento (UE) 2016/679*, in *La Ley Mercantil*, 2017, pp. 1-25.

²⁴ In ordine al profilo territoriale, il GDPR, al fine di determinare la propria applicabilità, richiede invece che sia soddisfatto almeno uno dei criteri di cui all'art. 3. Il primo criterio stabilisce che il regolamento trova applicazione «al trattamento dei dati personali effettuato nell'ambito delle attività di uno stabilimento da parte di un titolare del trattamento o di un responsabile del trattamento nell'Unione, indipendentemente dal fatto che il trattamento sia effettuato o meno nell'Unione» (cd. *establishment criterion*). Il secondo criterio prevede che il GDPR si applica a un titolare del trattamento o responsabile del trattamento che non ha uno stabilimento nell'Unione, laddove le attività di trattamento siano correlate all'offerta di beni o servizi agli interessati nell'Unione o al monitoraggio del loro comportamento, nella misura in cui il loro comportamento si svolge all'interno dell'Unione (cd. *targeting criterion*). Sui problemi sollevati dalla disposizione, in ragione della sua natura "esorbitante", si rinvia fra i tanti a C. KUNER, *Territorial Scope and Data Transfer Rules in the GDPR: Realising the EU's Ambition of Borderless Data Protection*, in *University of Cambridge Faculty of Law Research Paper*, 2021, 20, pp. 1-35, spec. 5-14; P. DE HERT, M. CZERNIAWSKI, *Expanding the European Data Protection Scope Beyond Territory: Article 3 of the General Data Protection Regulation in its Wider Context*, in *International Data Privacy Law*, 2016, vol. 6/3, p. 230 ss.; M.S.C. TAYLOR, *Permissions and Prohibitions in Data Protection Jurisdiction*, in *Brussels Privacy HUB Working Paper n. 6*, 2016, pp. 1-25; nonché l'opera monografica di D.J.B. SVANTESSON, *Extraterritoriality in Data Privacy Law*, *Ex Tuto Publishing*, 2013, pp. 1-240.

²⁵ Il considerando 27, affermando che «gli Stati membri possono prevedere norme riguardanti il trattamento dei dati personali delle persone decedute», consente a chi ha un interesse proprio oppure agisce a tutela del defunto, quale mandatario o per ragioni familiari meritevoli di protezione, di esercitare i diritti previsti dal regolamento anche nell'ambito di trattamenti dei dati personali di persone decedute.

è tale strumento che accorda agli Stati membri la facoltà di adottare, in circostanze specifiche, norme nazionali sulla protezione dei dati. Inoltre, con riguardo al diritto al risarcimento dei danni, il regolamento chiarisce che sono ricompresi i danni subiti a causa di un trattamento che viola le leggi nazionali di adeguamento. Infine, il considerando 146 del GDPR afferma che «un trattamento non conforme al presente regolamento comprende anche il trattamento non conforme agli atti delegati e agli atti di esecuzione adottati in conformità del presente regolamento e alle disposizioni del diritto degli Stati membri che specificano disposizioni del presente regolamento».²⁶

20. Di fronte all'alternativa delineata dall'art. 79, par. 2, appare probabile che l'interessato, intenzionato a promuovere un'azione giurisdizionale contro il titolare o il responsabile del trattamento, opti per il giudice della propria residenza abituale, piuttosto che per il giudice dello Stato in cui si trova uno stabilimento del titolare (o del responsabile) del trattamento.²⁷ A proposito della ricostruzione del concetto di residenza abituale la Corte di giustizia è più volte intervenuta, affermando che detta nozione si ricostruisce in funzione della struttura e della finalità dell'atto che la contiene. Per stabilire il luogo di residenza abituale occorre quindi compiere un'analisi obiettiva e complessa delle circostanze di fatto preponderanti, in un intervallo di tempo determinato, nonché tenere conto dell'elemento soggettivo rappresentato dalla intenzione di stabilirsi in un determinato luogo e del fatto che il periodo di permanenza in un dato luogo deve essere significativo, ovvero non necessariamente continuativo, ma neanche occasionale. Con riferimento alla disciplina contenuta nel GDPR, pare doversi ritenere che nella maggioranza dei casi la residenza abituale della persona interessata coincida con il "centro degli interessi della vittima", quale titolo di giurisdizione elaborato dalla Corte di giustizia con riguardo alle violazioni dei diritti della personalità negli illeciti a distanza per il tramite dell'uso di internet. I due concetti non sono tuttavia sovrapponibili giacché una persona può avere il proprio centro d'interessi in uno Stato membro in cui non risiede abitualmente, nell'ipotesi in cui un vincolo particolarmente stretto con detto Stato risulti da altri elementi come, ad esempio, l'esercizio di un'attività professionale²⁸.

21. Il nuovo titolo di giurisdizione, fondato sulla residenza abituale dell'interessato, rafforza in modo rilevante i diritti procedurali del titolare del diritto alla protezione dei dati personali poiché pone rimedio alla situazione preesistente in cui l'interessato che lamentava di avere subito una violazione dei propri diritti poteva essere disincentivato ad agire in giudizio a causa del modesto valore economico dell'eventuale risarcimento danni reclamato, a fronte degli alti costi da sostenere per avviare il contenzioso in un paese diverso da quello di residenza abituale. L'attribuzione della competenza giurisdizionale al giudice più vicino all'interessato scongiura o quantomeno attenua il rischio di dover sopportare eccessive spese processuali, rendendo il rimedio risarcitorio accessibile e facilitato.

22. Se quanto appena osservato può ascrivere ai meriti del GDPR, occorre tuttavia aggiungere che il nuovo regime sulla competenza giurisdizionale appare difettare di chiarezza. In primo luogo, il GDPR non chiarisce il suo rapporto con le norme sulla competenza contenute nel regolamento Bruxel-

²⁶ Si veda tuttavia in senso contrario I. REVOLIDIS, *Jurisdiction Over Internet Privacy Violations and the GDPR: A Case of "Privacy Tourism"?*, in *Masaryk University Journal of Law and Technology*, vol. 11, 1/2017, p. 25 ss.

²⁷ Al fine dell'individuazione del giudice competente, il luogo in cui si trova la residenza abituale dell'interessato va valutato, in mancanza di chiare indicazioni nel regolamento sul punto, facendo riferimento al momento della proposizione dell'azione e non al momento in cui è stato effettuato il trattamento dei dati personali che si assume illecito. Sulla questione di diversa opinione F. RAGNO, *Il diritto fondamentale alla tutela dei dati personali e la dimensione transnazionale del private enforcement del gdpr*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2020, pp. 818-838. L'autrice ritiene che il *forum actoris*, in conformità alla lettura che viene data al foro del consumatore, così come delineato dall'art. 18 del Regolamento Bruxelles I-bis, può legittimare l'attore a evocare il convenuto non solo dinanzi ai giudici dello Stato in cui risiede abitualmente al momento dell'instaurazione della lite, ma anche dinanzi ai giudici dello Stato in cui risiedeva abitualmente nel momento in cui è sorto il rapporto nell'ambito del quale il trattamento dei dati personali sia stato posto in essere.

²⁸ In proposito vedasi Corte di giustizia, sent. 2 aprile 2009, causa C-523/07, *A*, ECLI:EU:C:2009:225; sent. 22 dicembre 2010, causa C-497/10, *PPU - Mercredi*, ECLI:EU:C:2010:829 e sent. 25 ottobre 2011, cause riunite C-509/09 e C-161/10, *eDate Advertising e a.*, ECLI:EU:C:2011:685. In dottrina si rinvia, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, a A. ZANOBBETTI, *La residenza abituale nel diritto internazionale privato: spunti di riflessione*, in AA.VV., *Liber amicorum Angelo Davì. La vita giuridica internazionale nell'età della globalizzazione*, vol. II, Napoli, 2019, p. 1361 ss.

les I-bis, nella convenzione di Lugano del 2007 (nei rapporti con gli Stati dell'Associazione europea di libero scambio: cosiddetti Stati EFTA) e con le norme nazionali in materia di competenza degli Stati membri²⁹. Secondo la dottrina prevalente, i titoli di giurisdizione speciali previsti dal GDPR, in virtù di un criterio di specialità *ratione materiae*, sono destinati a prevalere sulle regole generali contenute nel regolamento Bruxelles I-bis, le quali potranno trovare applicazione solo se non risultino incompatibili con la disciplina speciale. Secondo tale dottrina detta interpretazione, per un verso, risulterebbe conforme all'obiettivo del GDPR di assicurare una maggiore certezza del diritto per gli operatori economici e gli interessati e, per altro verso, non pregiudicherebbe l'obiettivo di rafforzare i diritti dell'interessato, in quanto i titoli speciali di giurisdizione gli consentono comunque di agire dinanzi al giudice dello Stato membro della sua residenza abituale, foro che solitamente è quello considerato maggiormente in grado di garantire certezza ed effettività di tutela giurisdizionale³⁰.

23. È pur vero che una maggiore chiarezza su tale aspetto avrebbe giovato, dal momento che il regolamento Bruxelles I-bis e la convenzione di Lugano del 2007 possono comunque risultare rilevanti con riferimento alle ipotesi di chiamata in garanzia, di domande riconvenzionali proposte dal titolare (o dal responsabile) del trattamento, di cumulo soggettivo (art. 8, par. 1), di accettazione della giurisdizione (art. 26), di scelta del foro (art. 25). L'applicazione di tali istituti può, infatti, favorire l'effettiva tutela giurisdizionale dei diritti dell'interessato come avviene, ad esempio, nel caso in cui egli intenda agire al tempo stesso nei confronti di più titolari (o responsabili) del trattamento, stabiliti in Stati membri diversi, innanzi ai giudici dello Stato membro in cui uno di essi è stabilito³¹.

24. Inoltre, il titolo di giurisdizione dello Stato membro in cui il titolare (o il responsabile) del trattamento ha "uno stabilimento" appare difficile da ricostruire, nell'ipotesi in cui nel territorio dell'Unione europea siano presenti più stabilimenti. L'interpretazione letterale della disposizione induce a ritenere che l'interessato abbia, in tale circostanza, la possibilità di avviare un procedimento in qualsiasi Stato membro in cui il titolare (o il responsabile) del trattamento abbia uno stabilimento, anche quando le presunte operazioni illecite sono del tutto estranee allo stabilimento individuato. Se tale opzione ermeneutica, per un verso, non contrasta con gli obiettivi dello strumento, dal momento che l'ampliamento dei fori disponibili per agire contro il titolare (o il responsabile) del trattamento rafforza i diritti dell'interessato, per altro verso, comporta il rischio di *forum shopping*, soprattutto in riferimento

²⁹ Sul punto l'unica indicazione è contenuta nel considerando 147 del GDPR che afferma che le disposizioni generali in materia di giurisdizione, quali quelle di cui al regolamento Bruxelles I-bis, non pregiudicano l'applicazione dei fori speciali contemplati dall'art. 79, par. 2, del GDPR. Tale precisazione si coniuga con la regola di coordinamento contenuta nell'art. 67 del regolamento Bruxelles I-bis che fa salva l'applicazione delle norme sulla competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materie specifiche contenute negli atti dell'Unione.

³⁰ Secondo altra parte della dottrina, la coesistenza fra titoli di giurisdizione speciali e titoli di giurisdizione generali (domicilio del convenuto, luogo in cui i servizi sono stati o avrebbero dovuto essere prestati in base al contratto, luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire) e dunque l'ampliamento del ventaglio di fori alternativi a disposizione dell'interessato sarebbe in definitiva un'ulteriore espressione del regime di protezione accordato sul piano processuale a detto soggetto, sebbene a discapito del principio di prossimità e di prevedibilità del foro competente, ai quali si ispira invece il regolamento Bruxelles I-bis. Tale dottrina evidenzia altresì che la tesi della prevalenza dei fori speciali presenta lo svantaggio di non consentire l'accesso alla giurisdizione nell'ipotesi in cui un interessato, la cui residenza abituale vada localizzata in uno Stato terzo, lamenti una violazione dei diritti che gli vengono riconosciuti dal GDPR. Tale scenario è possibile in quanto il regolamento trova applicazione anche ai trattamenti posti in essere da titolari (o responsabili) che non hanno uno stabilimento all'interno del territorio dell'Unione europea, allorché questi offrano beni o servizi ad interessati presenti in uno degli Stati membri o ne monitorino il loro comportamento. In altri termini, i titoli di giurisdizione speciali non terrebero adeguatamente in considerazione l'ampiezza della nozione di interessato che è idonea a ricomprende al proprio interno anche le persone fisiche che non hanno la propria residenza abituale all'interno dei confini dell'Unione europea. Sul rapporto fra GDPR e il sistema Bruxelles I si confrontino P. FRANZINA, *Jurisdiction Regarding Claims* cit., p. 103; KOHLER, *Conflict of Law Issues in the 2016 Data Protection Regulation* cit. p. 653 ss., spec. 668 ss.; P.A. DE MIGUEL ASENSIO, *Competencia y derecho aplicable en el Reglamento General sobre Protección de Datos de la Unión Europea*. *Revista española de Derecho internacional*, 2017, 69.1, pp. 99-102.

³¹ Nondimeno i titoli di giurisdizione generali risultano applicabili per le eventuali azioni di accertamento negativo che il titolare (o il responsabile) del trattamento intendesse proporre nei confronti del titolare dei dati, come pure le eventuali azioni promosse dal titolare del trattamento nei confronti del responsabile del trattamento stesso o viceversa, considerato che i titoli di giurisdizione speciali contenuti nell'art. 79, par. 2, del RGDP sono previsti solo per le azioni proposte dall'interessato.

a quei profili in cui le discipline di adeguamento al GDPR dei diversi Stati membri divergono almeno parzialmente³². Tale soluzione non appare del tutto soddisfacente, particolarmente nel caso in cui il titolare (o responsabile) del trattamento non sia una grande piattaforma del web, ma una persona fisica o una piccola impresa perché nel caso in cui subiscano l'azione dell'interessato possono essere "trascinati" dinanzi a un tribunale straniero per difendersi da azioni che potenzialmente possono riguardare anche violazioni non gravi. Per tale ragione pare doversi condividere la posizione di quella parte della dottrina che ha considerato la possibilità di interpretare restrittivamente tale titolo di giurisdizione, limitando la scelta del foro a quello dello Stato membro in cui si trova lo stabilimento principale, in analogia a quanto previsto dall'art. 56 del regolamento che, nelle medesime ipotesi, ai fini del reclamo amministrativo, attribuisce la competenza all'autorità di controllo dello Stato membro in cui titolare del trattamento o il responsabile ha il suo "stabilimento principale"³³.

IV. I limiti dei meccanismi di cooperazione e assistenza delle autorità di controllo e del coordinamento delle azioni civili

25. Come detto in precedenza, il GDPR mette a disposizione degli interessati un sistema completo di mezzi di ricorso che consente loro, nel caso in cui ritengano di avere subito la violazione di un diritto ivi riconosciuto o altrimenti previsto dalla competente legge nazionale di attuazione, di proporre un reclamo dinanzi all'autorità di controllo, di impugnare, se del caso, la decisione adottata da tale autorità dinanzi ad un giudice o, infine, di proporre un ricorso giurisdizionale direttamente avverso il titolare (o il responsabile) del trattamento. Nel caso trattamenti transnazionali, il regolamento prevede una disciplina dedicata al coordinamento sia dei reclami proposti dinanzi alle autorità di controllo sia dei ricorsi presentati dinanzi a organi giurisdizionali, situati in diversi Stati membri, nell'intento di ridurre il rischio di esiti incoerenti nell'applicazione delle norme.

26. Con riguardo all'attività delle autorità di controllo, il capitolo VII del GDPR stabilisce meccanismi di cooperazione e assistenza reciproca tra le autorità di controllo dei diversi Stati membri. In particolare, l'art. 60 introduce il meccanismo dello "sportello unico" (*one-stop-shot*), secondo il quale,

³² Il *forum shopping* risulterebbe ulteriormente accentuato in ragione dell'ampiezza della nozione di stabilimento. Invero il considerando 22 del GDPR, rifacendosi alla giurisprudenza della Corte di giustizia, afferma che questo «implica l'esercizio effettivo e reale dell'attività mediante un'organizzazione stabile (...)», specificando anche che «non è determinante la forma giuridica assunta, sia essa una succursale o una filiale dotata di personalità giuridica». La nozione di stabilimento è quindi incentrata su un criterio flessibile e diverge dall'impostazione formalistica, secondo la quale un'impresa sarebbe stabilita esclusivamente nel luogo in cui è registrata o sono presenti sue filiali o succursali. L'organizzazione dell'impresa deve caratterizzarsi per un sufficiente livello di stabilità e per la disponibilità di una struttura adeguata, in termini di risorse umane e tecniche. Altri elementi, quali il luogo in cui sono stati caricati i dati, lo Stato membro al quale sono rivolti i servizi, la nazionalità degli interessati o il luogo in cui risiedono i titolari dell'impresa, non sono decisivi al fine di determinare il luogo di stabilimento dell'impresa, sebbene possano costituire, in determinate circostanze, un indizio del carattere reale ed effettivo dell'attività svolta. Nei ragionamenti sviluppati dalla Corte di Giustizia nei casi *Google Spain* (Grande Sezione, sent. 13 maggio 2014, causa C-131/12, *Google Spain e Google*, ECLI:EU:C:2014:317), *Weltimmo* (sent. 1° ottobre 2015, causa C-230/14, *Weltimmo*, ECLI:EU:C:2015:639) e *Amazon* (sent. 28 luglio 2016, causa C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation*, ECLI:EU:C:2016:612) emerge che, al fine di verificare l'esistenza di uno stabilimento, occorre considerare principalmente la presenza commerciale e il modello di affari praticato dal titolare del trattamento. Sulla questione, in dottrina, vedasi, tra i molti, M. BRKAN, *Data Protection and Conflict-of-laws: A Challenging Relationship*, in *European Data Protection Law Review (EDPL)*, 2016, vol. 2/3, p. 327 ss.; K. MC CULLAGH, *Cross-Border Data Protection: Applicable Law and Territorial powers of National Data Protection Supervisors*, in *SCRIPTed: A Journal of Law, Technology and Society*, 2016, vol. 13/1, p. 95 ss.

³³ L'art. 4, n. 16), prevede che per "stabilimento principale" si intende «a) per quanto riguarda un titolare del trattamento con stabilimenti in più di uno Stato membro, il luogo della sua amministrazione centrale nell'Unione, salvo che le decisioni sulle finalità e i mezzi del trattamento di dati personali siano adottate in un altro stabilimento del titolare del trattamento nell'Unione e che quest'ultimo stabilimento abbia facoltà di ordinare l'esecuzione di tali decisioni, nel qual caso lo stabilimento che ha adottato siffatte decisioni è considerato essere lo stabilimento principale; b) con riferimento a un responsabile del trattamento con stabilimenti in più di uno Stato membro, il luogo in cui ha sede la sua amministrazione centrale nell'Unione o, se il responsabile del trattamento non ha un'amministrazione centrale nell'Unione, lo stabilimento del responsabile del trattamento nell'Unione in cui sono condotte le principali attività di trattamento nel contesto delle attività di uno stabilimento del responsabile del trattamento nella misura in cui tale responsabile è soggetto a obblighi specifici ai sensi del presente regolamento».

nel caso in cui un trattamento, svolto nell'ambito delle attività di un unico stabilimento di un titolare (o responsabile) del trattamento, incida o abbia probabilità di incidere in modo sostanziale su interessati che si trovino in più di uno Stato membro, l'autorità situata nello Stato membro dell'unico stabilimento del titolare (o responsabile) del trattamento ha il compito di gestire e supervisionare il trattamento. Diversamente, nel caso in cui il trattamento abbia luogo nell'ambito delle attività di diversi stabilimenti di un titolare (o responsabile) del trattamento, situati in più di uno Stato membro, il compito di gestire e supervisionare il trattamento è affidato a quella del paese in cui si trovi lo "stabilimento principale" del titolare (o responsabile) del trattamento³⁴. Nell'ipotesi in cui tali operazioni sui dati personali coinvolgano sia un titolare, sia un responsabile, l'autorità da individuarsi sarà quella competente per il titolare, mentre quella del responsabile sarà considerata soltanto come "autorità interessata", nozione che comprende al suo interno le autorità nel cui territorio si trovi uno stabilimento "secondario" del titolare (o del responsabile) del trattamento.

Appare evidente che la corretta individuazione dello stabilimento principale è interesse del titolare (o del responsabile), in quanto elimina ogni ambiguità sull'autorità di controllo che fungerà da interlocutore per le varie incombenze previste dal regolamento. Secondo il GDPR è, infatti, onere del titolare (o del responsabile) del trattamento individuare l'autorità capofila. Il meccanismo dello "sportello unico" non consente, quantomeno sotto tale profilo, il cosiddetto "*forum shopping*" poiché, nel caso in cui una società, per trarne vantaggio, affermi che il proprio stabilimento principale si trova in un determinato Stato membro, ma tale stabilimento non svolge alcun esercizio reale ed effettivo di attività gestionali o decisionali rispetto al trattamento di dati personali, spetta proprio alle autorità di controllo competenti individuare l'autorità di controllo "capofila", sulla base di criteri oggettivi e dell'analisi degli elementi probatori disponibili. A tal fine potrà risultare utile espletare attività di accertamento, con la collaborazione delle autorità di controllo coinvolte, considerato che la valutazione finale non può fondarsi esclusivamente sulle dichiarazioni rese dall'azienda o dal soggetto sotto esame³⁵.

27. La cooperazione può realizzarsi anche per il tramite delle cosiddette autorità interessate, cioè le autorità nel cui territorio si trovi uno stabilimento "secondario" del titolare (o del responsabile) del trattamento, quelle nel cui territorio si trovino interessati potenzialmente influenzati in modo sostanziale dal trattamento, nonché quelle nei confronti delle quali è stato proposto un reclamo, qualora diverse dall'autorità capofila. Un'autorità di controllo interessata ha peraltro competenza nella trattazione del caso, anche senza fungere da autorità capofila, nell'ipotesi in cui quest'ultima autorità decida di non occuparsene perché, ad esempio, ritiene che il trattamento produca effetti esclusivamente locali.

28. Il GDPR prevede anche un meccanismo di coerenza che opera sotto la supervisione del Comitato Europeo per la Protezione dei dati (CEPD), organo indipendente con funzione consultiva e di appello, rispetto alle autorità di controllo nazionali. Detto meccanismo viene attivato in tre casi: se le autorità di controllo non sono d'accordo sulla decisione da assumere nel quadro della procedura di cooperazione; se le autorità di controllo non concordano su quale sia da considerarsi capofila; se un'autorità di controllo non richiede un parere al CEPD quando questo è previsto o non dà seguito al parere adottato dal medesimo organo.

29. Il meccanismo dello sportello unico non copre tuttavia tutte le ipotesi di trattamento. Dalla lettura combinata degli artt. 55 e 56 del GDPR, relativi rispettivamente alla competenza delle autorità di controllo e alla competenza dell'autorità di controllo capofila, emerge che, nel caso in cui un titolare del trattamento, con sede localizzata in un paese terzo, effettui trattamenti transfrontalieri soggetti al GDPR, ma non disponga nel territorio dell'Unione europea né di un'amministrazione centrale né di

³⁴ Sulla nozione di "stabilimento principale" vedasi la precedente nota.

³⁵ Si veda al riguardo Gruppo di Lavoro Articolo 29, *Linee-guida per l'individuazione dell'autorità di controllo capofila* cit., p. 8. Per una recente applicazione del principio dello "sportello unico" vedasi Corte di Giustizia, sent. (Grande Sezione) del 15 giugno 2021, *Facebook Ireland Limited e a. contro Gegevensbeschermingsautoriteit*, causa C-645/19, ECLI:EU:C:2021:483, oggetto del commento di L. Woods, *Facebook Ireland and the One Stop Shop Under the GDPR*, in *European Law Review*, 2021, n. 5, pp. 685-691.

uno stabilimento con potere decisionale sulle operazioni che interessano i dati personali, il meccanismo dello sportello unico è escluso. Ciò comporta che diverse autorità di controllo possono essere chiamate a vigilare sul rispetto del GDPR in relazione ad asserite violazioni derivanti da un trattamento posto in essere da un determinato titolare (o responsabile) nei confronti di una pluralità di interessati che si trovino in diversi Stati membri.

30. La portata di tale rilievo risulta tuttavia ridimensionata in ragione del fatto che anche nelle ipotesi in cui non è prevista l'operatività del meccanismo dello sportello unico le autorità di controllo sono tenute a contribuire alla coerente applicazione del GDPR, cooperando tra loro e con la Commissione, senza che siano necessari accordi di mutua assistenza o di cooperazione tra gli Stati membri coinvolti.³⁶ Il caso che ha coinvolto la società statunitense *Clearview AI Inc.* è esemplificativo al riguardo, riferendosi a una ipotesi in cui il meccanismo dell'autorità capofila era escluso, in ragione della mancanza di uno stabilimento nel territorio dell'Unione europea. Detta società è stata oggetto dell'attenzione dell'autorità di controllo italiana perché ha sviluppato un *software* di riconoscimento facciale, in grado di sfruttare un *database* di dieci miliardi di immagini, molte di queste riferibili a interessati che si trovavano sotto la giurisdizione di Stati membri dell'Unione europea, fra cui l'Italia. Tale archivio era stato realizzato attraverso l'acquisizione di fotografie e video liberamente disponibili sulla rete Internet (sui *social network*, sui siti di imprese o pubbliche amministrazioni, sui blog), attraverso le informazioni estratte da queste fotografie (metadati di geolocalizzazione, il titolo dell'immagine o della pagina web etc.), nonché attraverso le rappresentazioni vettoriali che derivano dall'elaborazione dell'immagine con tecniche biometriche. Grazie all'acquisizione di tali informazioni, la *Clearview AI Inc.* aveva in sostanza creato un motore di ricerca per il riconoscimento facciale (cosiddetto *facial recognition search engine*) che le consentiva di offrire un servizio, destinato principalmente alle forze dell'ordine europee, per ricercare e individuare, a partire da una immagine, autori e vittime di reati, la cui identità era inizialmente sconosciuta. L'autorità di controllo italiana, con ordinanza ingiunzione del 10 febbraio 2022, ha dichiarato illecito il trattamento posto in essere dalla *Clearview AI*, comminandole una sanzione complessiva di venti milioni di euro, per la violazione di varie norme del GDPR. Nella motivazione del provvedimento emerge palesemente come l'autorità di controllo italiana abbia sviluppato il proprio ragionamento tenendo in considerazione le evidenze emerse nell'ambito dei procedimenti avviati dalle altre autorità di controllo europee, in particolare in ordine ai profili relativi all'applicabilità del GDPR, alla sussistenza della propria competenza, nonché alla commisurazione del grado di responsabilità. Quanto appena osservato sembrerebbe indicare dunque una certa attitudine delle autorità di controllo a cooperare fra loro, indipendentemente dal funzionamento del meccanismo dello sportello unico, anche se nel caso di specie appare alquanto rilevante il ruolo giocato delle parti private, ovvero due organizzazioni impegnate nella difesa della privacy e dei diritti fondamentali delle persone, poiché queste hanno avuto la premura di sottoporre all'attenzione dell'autorità di controllo italiana le precedenti decisioni adottate dalle autorità di controllo svedese e tedesca.

31. A proposito del coordinamento tra azioni civili, l'art. 81 del GDPR, dal titolo «Sospensione delle azioni», prevede che nel caso di procedimenti paralleli, pendenti dinanzi a tribunali competenti in diversi Stati membri, le autorità interessate siano tenute a mettersi in contatto fra loro per avere conferma dell'esistenza di tale situazione. In tal caso, ogni giudice diverso da quello preventivamente adito può sospendere il procedimento, sempre che le azioni riguardino lo stesso oggetto relativamente al trattamento dello stesso titolare (o responsabile) del trattamento. Qualora il procedimento sia pendente in primo grado il giudice successivamente adito, su richiesta delle parti, può dichiararsi incompetente a condizione che il giudice preventivamente adito sia competente a conoscere della causa e che la sua

³⁶ Vedasi al riguardo il considerando 123 e l'art. 61 dal titolo «Assistenza reciproca» secondo il quale, peraltro, «1. Le autorità di controllo si scambiano le informazioni utili e si prestano assistenza reciproca al fine di attuare e applicare il presente regolamento in maniera coerente, e mettono in atto misure per cooperare efficacemente tra loro. L'assistenza reciproca comprende, in particolare, le richieste di informazioni e le misure di controllo, quali le richieste di autorizzazioni e consultazioni preventive e le richieste di effettuare ispezioni e indagini».

legge consenta la riunione dei procedimenti. La formulazione della norma è onnicomprensiva, nel senso che pare potersi applicare sia ai procedimenti giurisdizionali sorti a seguito dell'impugnazione della decisione di autorità di controllo, sia a una azione civile tra privati.

32. Per quanto le disposizioni citate possano mitigare il rischio che le autorità giurisdizionali giungano a valutazioni giuridiche diverse in ordine alla sussistenza di una violazione delle norme stabilite dal GDPR, significativi margini di incertezza permangono. In proposito la dottrina ha principalmente rilevato l'inadeguatezza del modo nel quale il GDPR ha curato il proprio rapporto con la disciplina contenuta in materia nel regolamento Bruxelles I-bis, evidenziando come tale quadro normativo si riveli, in ultima analisi, suscettibile di ostacolare il perseguimento dell'obiettivo di assicurare al titolare dei dati personali una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti a lui riconosciuti³⁷. In particolare, il GDPR, all'art. 81, appare accogliere un modello a metà strada fra gli istituti della litispendenza e della connessione come "conosciuti" nei principali strumenti di diritto internazionale privato dell'Unione europea, dal momento che fa riferimento alla sola identità dell'oggetto delle due domande, senza menzionare l'ulteriore presupposto oggettivo della litispendenza europea, rappresentato dall'identità di titolo. Un'ulteriore differenza emerge sotto il profilo soggettivo, in quanto la disposizione sopra citata richiede la sola identità del titolare ovvero del responsabile del trattamento, da identificarsi in linea di principio con la parte convenuta di ciascuna delle azioni concorrenti, non attribuendo quindi rilevanza all'identità del titolare dei dati personali al fine dell'applicazione del meccanismo di coordinamento tra procedimenti paralleli. Tale soluzione è prevista nonostante appaia in linea di massima più verosimile che un'esigenza di coordinamento possa sorgere tra procedimenti paralleli riguardanti violazioni delle disposizioni del regolamento in esame da parte di un determinato titolare o responsabile del trattamento nei confronti di una pluralità di titolari di dati personali, piuttosto che tra azioni proposte da un medesimo titolare dei dati nei riguardi di diversi titolari o responsabili del trattamento³⁸.

V. La difficile coesistenza fra rimedi amministrativi e rimedi giurisdizionali.

33. Il coordinamento fra azioni di *public enforcement* e azioni di *private enforcement* risulta assai più complesso, soprattutto perché il legislatore europeo nel GDPR non ha inteso disciplinare il coordinamento dei diversi mezzi di ricorso di cui agli artt. 77, 78 e 79, abbracciando piuttosto il modello del "doppio binario" in cui il rimedio amministrativo e il rimedio giurisdizionale coesistono in posizione di reciproca autonomia, senza che l'uno sia sussidiario rispetto all'altro.³⁹ In altri termini, il regolamento non prevede alcuna competenza prioritaria o esclusiva né alcuna regola di prevalenza della valutazione effettuata dall'autorità amministrativa o dall'autorità giurisdizionale con riguardo all'esistenza di una violazione dei diritti riconosciuti all'interessato. In assenza di una disciplina dell'Unione in materia, ciascuno Stato membro, in forza del principio di autonomia processuale, ha stabilito le modalità delle procedure amministrative e quelle relative alla procedura giurisdizionale intese a garantire la tutela dei

³⁷ In tal senso F. MARONGIU BUONAIUTI, *La disciplina della giurisdizione nel regolamento (UE) n. 2016/679 concernente il trattamento dei dati personali e il suo coordinamento con la disciplina contenuta nel regolamento "Bruxelles I-bis"*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2017, p. 458 ss.

³⁸ Al riguardo vedasi F. MARONGIU BUONAIUTI, op. ult. cit., p. 457.

³⁹ Tale scelta normativa rischia di porsi in contrasto con diritti fondamentali riconosciuti dagli ordinamenti degli Stati membri dell'Unione europea. La Suprema Corte austriaca, nella sentenza del 23 maggio 2019 (OGH - 6 Ob91/19d), si è interrogata al riguardo, concludendo comunque che il regime del doppio binario previsto dal GDPR non determina alcuna violazione dell'art. 94, par. 1, della Costituzione austriaca ("B-VG") che in sostanza prevede l'obbligo di affidare l'oggetto dell'esecuzione o interamente al giudice o all'autorità amministrativa. Nella decisione i giudici austriaci hanno respinto, sulla base dell'art. 79 del GDPR e del primato del diritto dell'Unione europea, l'interpretazione della disciplina nazionale data dalla Corte Regionale di Vienna, secondo la quale solo il diritto al risarcimento, e non anche la richiesta di cancellazione dei dati personali da parte dell'attore, poteva essere fatto valere in tribunale. Nella decisione i giudici rilevano tuttavia che l'Austria è stato l'unico paese a votare contro l'adozione del GDPR proprio perché il parallelismo dei rimedi giuridici determina il rischio di decisioni giudiziarie contrastanti e di violazione del principio di cosa giudicata. Su tali aspetti, nella dottrina italiana, R. GIORDANO, *La tutela amministrativa e giurisdizionale dei dati personali*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, p. 1011 ss.

diritti spettanti agli interessati⁴⁰. Gli ordinamenti nazionali hanno tuttavia previsto risposte diverse: in taluni casi è previsto un meccanismo di alternatività; in altri casi è stata attribuita una possibilità di scelta, con l'obbligo o la facoltà di una delle due autorità di sospendere il proprio procedimento in attesa della decisione dell'altro organo; in altri casi ancora, si è previsto che le autorità amministrative e gli organi giurisdizionali possano procedere in parallelo⁴¹.

34. Risulta evidente che in tale ultimo scenario il rischio che l'autorità di controllo e il giudice o i giudici aditi possano giungere a valutazioni diverse, in ordine alla sussistenza di una violazione, è tutt'altro che remoto. Le possibili interferenze tra procedimento amministrativo e procedimento giurisdizionale sono state oggetto dell'intervento della Corte di Giustizia nel caso *Nemzeti Adatvédelmi és Információszabadság Hatóság* del 2021, originato dalla domanda di pronuncia pregiudiziale riguardo al coordinamento tra il reclamo presentato a un'autorità di controllo, ai sensi dell'art. 77, par. 1, del GDPR, da un lato, e i mezzi di ricorso previsti dagli artt. 78, par. 1, e 79, par. 1, del medesimo strumento, dall'altro lato⁴². Nella decisione i giudici di Lussemburgo hanno affermato che le disposizioni citate devono essere interpretate nel senso che i mezzi di ricorso da esse previsti possono essere esperiti parallelamente, senza che uno prevalga sull'altro ai sensi del regolamento, precisando tuttavia che l'esistenza di due decisioni contraddittorie metterebbe in discussione l'obiettivo di garantire un'applicazione coerente e omogenea delle norme in materia. Tale incoerenza determinerebbe una situazione di incertezza giuridica e di conseguenza un indebolimento della protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali che li riguardano. Sul punto, l'avvocato generale aveva rilevato che la sospensione del procedimento potrebbe rappresentare una soluzione in grado di garantire la certezza del diritto, senza compromettere – quantomeno nella sua sostanza – il diritto di agire dinanzi a un giudice che, per quanto di natura fondamentale, rimane comunque un diritto che non possiede valore assoluto, potendo subire restrizioni proporzionate che perseguano uno scopo legittimo⁴³.

35. Il parallelismo delle opzioni di tutela giuridica determina complessità anche nel caso di trattamenti transfrontalieri. Un primo motivo di complessità attiene al ricorso avverso una decisione dell'autorità di controllo. L'art. 77 del GDPR, come detto, attribuisce all'interessato il diritto di impugnare la decisione dinanzi alle autorità giurisdizionali dello Stato membro in cui risiede abitualmente o lavora oppure dello Stato membro del luogo ove si è verificata la presunta violazione. Ciò comporta che l'interessato ha la possibilità di introdurre un ricorso, in uno Stato membro, ad esempio l'Italia, anche nell'ipotesi in cui il titolare del trattamento abbia fissato il proprio stabilimento principale in un diverso Stato membro, ad esempio, l'Irlanda. Secondo quanto previsto dall'art. 60, par. 7, nel caso ipotizzato, se la decisione è sfavorevole al titolare (o responsabile) del trattamento, è l'autorità irlandese competente ad adottarla, avendo poi il compito di notificarla allo stabilimento principale o unico del titolare

⁴⁰ Egualmente, nella vigenza della direttiva 95/46/CE, veniva lasciato agli Stati membri il compito di determinare se imporre all'interessato di esaurire i rimedi amministrativi prima di poter rivolgersi all'autorità giurisdizionale. In proposito la Corte di Giustizia nel caso *Puškár* (sent. 27 settembre 2017, causa C-73/16, ECLI:EU:C:2017:725) ha affermato che il previo esperimento di un rimedio amministrativo è un mezzo per conseguire obiettivi di interesse generale legittimi, in ragione del positivo effetto deflattivo del contenzioso e quindi della possibilità di definire le controversie in tempi più rapidi, incrementando l'efficienza del sistema giudiziario nel suo complesso. La condizione del previo esaurimento dei rimedi disponibili dinanzi alle autorità amministrative è tuttavia inammissibile quando le modalità concrete di esercizio di detti rimedi pregiudichino eccessivamente il diritto a un ricorso effettivo dinanzi al giudice, causino un ritardo sostanziale per la proposizione di un ricorso giurisdizionale, determinino la prescrizione dei diritti considerati o comportino costi eccessivi. Sul tema in dottrina si veda L. A. BYGRAVE, *Data Privacy Law: An International Perspective*, Oxford, 2014, p. 187 ss.; A. ARNULL, *The Principle of Effective Judicial Protection in EU law: An Unruly Horse?*, in *European Law Review*, 2011, 36.1, p. 51 ss.;

⁴¹ Nell'ambito dell'ordinamento italiano, tale aspetto è disciplinato dall'art. 140-bis del cosiddetto Codice in materia di protezione dei dati personali, il quale indica chiaramente che non può essere proposto il reclamo al Garante se, per il medesimo oggetto e tra le stesse parti, è stata già adita l'autorità giudiziaria (comma 2); inoltre se, per il medesimo oggetto e tra le stesse parti, è stato già adito il Garante, la domanda giudiziaria è parimenti improponibile, salva l'ipotesi di decorso del termine massimo per la decisione sul reclamo proposto o di inammissibilità dello stesso (comma 3).

⁴² Corte di Giustizia, sent. 12 gennaio 2023, *Nemzeti Adatvédelmi és Információszabadság Hatóság*, causa C-132/21.

⁴³ Conclusioni dell'Avvocato Generale Jean Richard de La Tour, 8 settembre 2022, *Nemzeti Adatvédelmi és Információszabadság Hatóság*, causa C-132/21, § 70.

(o responsabile) del trattamento e di informare il garante per la protezione dei dati quale autorità di controllo interessata. Diversamente, ai sensi del successivo par. 8, se la decisione è sfavorevole alla persona interessata, spetta all'autorità di controllo italiana adottare la decisione che potrà poi essere impugnata dinanzi alle locali autorità giurisdizionali. Tale disciplina risulta di difficile applicazione sia nel caso in cui la decisione risulti sfavorevole in parte al titolare (o responsabile) del trattamento e in parte all'interessato, sia nel caso in cui l'autorità di controllo non dia seguito al reclamo o non riferisca sullo stato o sull'esito del ricorso nel termine di tre mesi. Nella prima eventualità risulta difficile determinare quale sia l'autorità giurisdizionale competente; nella seconda la possibilità dell'interessato di impugnare la decisione è condizionata dalla competenza dell'autorità di controllo, in virtù dell'applicazione del meccanismo dello sportello unico o ai sensi dell'art. 55 del GDPR, cioè se il trattamento è effettuato da autorità pubbliche o organismi privati che agiscono per adempiere un obbligo legale al quale è soggetto il titolare del trattamento. In sostanza, per quanto il legislatore europeo abbia optato per un criterio di competenza giurisdizionale flessibile, la scelta della autorità dinnanzi alla quale presentare il reclamo amministrativo risulta importante in quanto questa può condizionare la successiva tutela giurisdizionale effettiva avverso la decisione amministrativa e richiede dunque all'interessato la capacità di individuare lo stabilimento principale del titolare (o del responsabile) del trattamento.

36. Un secondo elemento di complessità attiene all'efficacia di provvedimenti di ingiunzione, eventualmente ammessi dal diritto nazionale applicabile, aventi ad oggetto diritti riconosciuti all'interessato dal GDPR (ad esempio, il diritto alla cancellazione o alla rettifica) nel territorio di un altro Stato membro. Si consideri, ad esempio, il caso di un ordine di cancellazione di dati personali, proveniente da un'autorità giurisdizionale competente sulla base del titolo della residenza abituale dell'interessato nello Stato membro del foro. È possibile chiedersi se tale autorità sia o meno competente ad adottare detto provvedimento nel caso in cui il titolare del trattamento abbia il suo stabilimento principale in un altro Stato membro, dove assume e attua decisioni sulle finalità e sulle modalità del trattamento dei dati. In proposito pare doversi ritenere che, considerato che il GDPR non contiene alcuna disposizione riguardo alla circolazione delle decisioni pronunciate da autorità giurisdizionali, trovi applicazione il Regolamento Bruxelles I-bis che detta la disciplina comune del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale emesse dalle autorità giudiziarie degli Stati membri. Tale strumento, com'è noto, esprime l'idea di un unico spazio giudiziario europeo, caratterizzato dalla reciproca fiducia fra gli organi giudiziari e dalla libera circolazione delle decisioni, prevedendo che le sentenze che rientrano nel proprio ambito di applicazione vengano riconosciute ed eseguite senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento, salva la possibilità di far valere motivi ostativi di cui all'art. 45, secondo la procedura delineata dagli artt. 46-51. Il Regolamento Bruxelles I-bis ricorre a un concetto ampio di decisione, ricomprendendovi anche i provvedimenti provvisori e cautelari emessi da un'autorità giurisdizionale competente a conoscere del merito ai sensi e all'esito di una procedura che si svolge nel contraddittorio delle parti o, se adottati *inaudita altera parte*, comunque notificati alla parte interessata prima dell'esecuzione. Inoltre, l'art. 54, par. 1, del Regolamento Bruxelles I-bis prevede che nel caso in cui una decisione contenga un provvedimento ignoto al diritto dello Stato membro richiesto, tale provvedimento, compreso ogni eventuale diritto in esso indicato, dovrebbe essere adattato, nella misura del possibile, a un provvedimento che in base al diritto di tale Stato membro abbia efficacia equivalente e persegua obiettivi analoghi⁴⁴. La circolazione di provvedimenti di ingiunzione che riconoscano

⁴⁴ La disposizione è da annoverarsi fra le novità del Regolamento Bruxelles I-bis. La Corte di Giustizia con riguardo al regime previsto dal Regolamento CE 44/2001, sostituito a partire dal 10 gennaio 2015 dal Regolamento Bruxelles I-bis, aveva operato una sorta di distinzione fra riconoscimento ed esecuzione delle decisioni. Per quanto riguarda l'esecuzione delle sentenze, la quale comporta l'adozione di provvedimenti coercitivi al fine di garantire l'attuazione di un diritto sancito da una decisione, la Corte ha fatto espressamente riferimento sia alla legge dello Stato d'origine sia a quella dello Stato richiesto per adattare gli effetti della decisione straniera agli effetti che produrrebbe una decisione nazionale. Di contro, per quanto riguarda il riconoscimento delle decisioni, la Corte si è generalmente riferita alla sola legge dello Stato membro in cui la sentenza è stata pronunciata. Secondo tale soluzione, qualificata dalla dottrina come norma dell'«estensione degli effetti», occorre fare riferimento alla legge dello Stato membro d'origine al fine di determinare gli effetti della sentenza invocata in un secondo Stato membro, tra i quali, segnatamente, i punti decisi da tale sentenza, i diritti ivi sanciti e le loro conseguenze materiali sulla situazione giuridica delle parti. In dottrina sul tema vedasi H. GAUDEMET-TALLON, e M.-É. ANCEL, *Compétence et exécution des*

diritti all'interessato non appare in linea con quanto previsto in ordine alla ripartizione delle competenze tra le autorità di vigilanza degli Stati. Il considerando 122 chiarisce al riguardo che ciascuna autorità di controllo è competente per l'espletamento dei compiti assegnatele e per l'esercizio dei poteri ad essa conferiti, ai sensi del GDPR. La sola eccezione a questa regola è rappresentata dal meccanismo dello sportello unico che, come detto, si attiva nel caso in cui il titolare (o responsabile) del trattamento operi in più Stati dell'Unione europea oppure il trattamento dei dati, pur effettuato da un titolare con sede in un solo Stato, incida in modo sostanziale su interessati residenti in più di uno Stato membro dell'Unione. Per ragioni di chiarezza sarebbe stata quindi utile una disposizione sul riconoscimento dei provvedimenti di ingiunzione e sulla portata dei relativi effetti, nonché la previsione di meccanismi volti a favorire la verifica dell'effettiva attuazione.⁴⁵

37. Un terzo elemento di complessità attiene alla possibilità per le autorità di controllo di avviare un giudizio civile, nel caso in cui queste non rivestano la posizione di autorità capofila per il trattamento transfrontaliero di cui trattasi. Detta questione è stata affrontata dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Facebook Ireland e a.* del 2021, originata dal rinvio pregiudiziale sollevato dalla Corte di Appello di Bruxelles dopo che l'autorità di controllo belga, in forza della normativa nazionale aveva agito in sede giudiziale per fare accertare presunte violazioni del regolamento e ottenere una ingiunzione diretta a far cessare il trattamento di dati personali degli internauti nel territorio belga, effettuato dal *social network* Facebook, per mezzo di *cookie*, *social plugin* e *pixel* e alla distruzione dei dati personali così ottenuti⁴⁶. I giudici di Lussemburgo hanno riconosciuto il ruolo preminente dell'autorità di controllo capofila per quanto riguarda il trattamento transfrontaliero, evidenziando che la coesistenza di diverse azioni non collegate, e potenzialmente contraddittorie, da parte delle autorità di controllo interessate può compromettere la coerenza e l'efficacia del sistema dell'Unione europea di tutela dei dati personali, con ricadute negative sul perseguimento dell'obiettivo di garantire un livello elevato di protezione dei diritti dei singoli. Consentire alle autorità di controllo di adire liberamente i loro giudici nazionali, in circostanze in cui alle stesse è precluso di avvalersi dei loro poteri amministrativi, in ragione dell'operatività dei meccanismi di cooperazione e coerenza previsti dal regolamento, aprirebbe la strada a una facile elusione di tali meccanismi e sconfesserebbe l'esigenza di una leale ed efficace cooperazione fra le autorità di controllo capofila e le autorità di controllo interessate. Il potere delle autorità interessate di agire dinanzi all'autorità giurisdizionale è infatti limitato, potendo esercitarsi nei soli casi e secondo le procedure previste dal GDPR, ad esempio, in relazione alle misure provvisorie che l'autorità può adottare nel proprio territorio a seguito della mancata risposta o del rifiuto di dare seguito alla domanda di fornire «informazioni utili e prestare assistenza reciproca» (art. 61, par. 5 e 8). La Corte di Giustizia ha inoltre chiarito che spetta all'autorità giudiziaria investita di un'azione dall'autorità di controllo determinare se le norme sulla ripartizione delle competenze, nonché le procedure e i meccanismi pertinenti previsti dal GDPR, siano stati correttamente applicati nell'ambito del procedimento principale⁴⁷.

judgments en Europe, LGDJ, 6ª edizione, 2018, pp. 550 ss.; M. REQUEJO ISIDRO, *Brussels I Bis: A Commentary on Regulation (EU) n. 1215/2012*, Elgar Commentaries in Private International Law Series, 2022, p. 551 ss.

⁴⁵ Ulteriori dubbi sorgano nel caso in cui l'ingiunzione debba essere eseguita al di fuori del territorio dell'Unione europea. Tale questione, che attiene alla portata territoriale del GDPR e alla giurisdizione prescrittiva, è stata in parte affrontata dalla Corte di Giustizia, con riferimento al regime preesistente, nella sentenza *AG Szpunar* (Grande sezione, sent. 24 settembre 2019, causa C-507/17, ECLI:EU:C:2019:772) nella quale i giudici di Lussemburgo hanno affermato che il gestore di un motore di ricerca, quando accoglie una domanda di deindicizzazione, è tenuto ad effettuare tale operazione non in tutte le versioni del suo motore di ricerca, ma nelle versioni di tale motore corrispondenti a tutti gli Stati membri. Ulteriori indicazioni possono trarsi dalla decisione resa nel caso *Glawischnig-Piesczek* (sent. del 3 ottobre 2019, causa C-18/18, ECLI:EU:C:2019:821), avente ad oggetto la responsabilità dei prestatori di servizi di *hosting*. In dottrina si veda D. J. B. SVANTESSON, *Private International Law and the Internet*, III ed., Netherlands: Kluwer Law International, 2016, p. 474.

⁴⁶ Corte di Giustizia, sent. 15 giugno 2021, *Facebook Ireland e a.*, causa C-645/19, ECLI:EU:C:2021:483.

⁴⁷ Nella decisione *Facebook Ireland e. a.*, la Corte non ha risposto alla questione posta dal giudice del rinvio riguardo alla possibilità che delle procedure siano portate avanti in parallelo. Sul punto i giudici di Lussemburgo hanno rilevato che non era stato in alcun modo accertato che tale situazione si sarebbe verificata nella fattispecie sottoposta ad essi e pertanto, conformemente alla propria consolidata giurisprudenza in materia, hanno dichiarato inammissibile la questione pregiudiziale. Se la posizione della Corte non è criticabile tenuto conto della sua giurisprudenza ben consolidata, è innegabile che la questione posta dal giudice del rinvio è degna di interesse e che la situazione evocata potrebbe verificarsi nella pratica.

Tali considerazioni appaiono rilevanti, a maggiore ragione, nell'ipotesi in cui violazioni della disciplina dell'Unione in materia di protezione dei dati personali vengano accertate da un'autorità diversa dalle autorità di controllo, ad esempio un'autorità garante della concorrenza, che nell'ambito dei suoi poteri esamini, in via incidentale, la conformità delle prassi di una impresa alla disciplina contenuta nel GDPR. Per quanto la materia della tutela dei dati personali possa presentare in molti casi punti di contatto con altre materie, un'autorità di controllo diversa da quella istituita in base al regolamento non può ritenersi competente né a constatare, in via principale, eventuali violazioni del GDPR, né ad applicare le sanzioni previste. Lo sconfinamento nelle competenze delle autorità di controllo, infatti, comprometterebbe la piena armonizzazione del diritto in materia di protezione dei dati, il cui elemento centrale è un meccanismo di attuazione armonizzato fondato sul principio dello «sportello unico», sancito dagli artt. 51-67 del GDPR.⁴⁸

VI. (segue) la questione dell'efficacia delle decisioni dell'autorità di controllo nel successivo giudizio civile sul risarcimento dei danni

38. Il GDPR, probabilmente a causa delle notevoli differenze sussistenti a livello nazionale, non disciplina neanche la questione dell'efficacia delle decisioni adottate dall'autorità di controllo nell'eventuale separato giudizio che l'interessato intenda instaurare dinanzi all'autorità giurisdizionale per ottenere il risarcimento dei danni. Non risulta perciò chiaro se, ed eventualmente in quale misura, il giudice civile sia vincolato dalla decisione dell'autorità di controllo.

Verosimilmente negli Stati membri i cui sistemi processuali ammettono le cosiddette “prove atipiche”, la decisione dell'autorità di controllo che accerti la violazione del regolamento assumerà una qualche rilevanza all'interno del giudizio per il risarcimento dei danni⁴⁹. In altri ordinamenti potrebbero avere invece una diversa posizione, consentendo al titolare del trattamento convenuto nel giudizio di risarcimento danni di mettere in dubbio la violazione, anche nell'ipotesi in cui questa sia affermata in un provvedimento definitivo, in ragione della mancata impugnazione o del rigetto della richiesta di annulla-

⁴⁸ In proposito si vedano le conclusioni dell'avvocato generale della Corte di Giustizia del 20 settembre 2022, *Meta Platforms e a. (Conditions générales d'utilisation d'un réseau social)*, causa C-252/21, ECLI:EU:C:2022:704. La causa ad oggi pendente origina dalla questione pregiudiziale sollevata dal Tribunale superiore del Land di Düsseldorf, vertente, fra l'altro, sulla competenza di un'autorità nazionale garante della concorrenza, quale il Bundeskartellamt, ad esaminare, in via principale o incidentale, i comportamenti di un'impresa alla luce di talune disposizioni del regolamento (UE)2016/679.

⁴⁹ Nell'ordinamento italiano, anche prima dell'entrata in vigore del GDPR, i provvedimenti del Garante per la tutela dei dati personali hanno rappresentato un importante punto di riferimento nel processo di libero apprezzamento delle prove condotto dal giudice, anche se non sono state considerate come fonti di accertamento vincolanti, riguardo all'esistenza dell'infrazione. In proposito si veda F. CAFAGGI (a cura di), *Casebook italiano in materia di diritti di protezione dei dati personali*, Ottobre 2018, Re-Jus Project, disponibile alla pagina www.rejus.eu/sites/default/files/content/materials/italian_casebook_data_protection.pdf, p. 38. Il problema dei rapporti fra l'enforcement amministrativo e quello giudiziale è stato maggiormente approfondito con riguardo al settore del diritto della concorrenza. Già prima dell'entrata in vigore del decreto legislativo del 19 gennaio 2017, n. 3, adottato in conformità della delega contenuta nella legge del 9 luglio 2015, n. 114, in attuazione della Direttiva 2014/104/UE, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea, la Cassazione riteneva che il provvedimento accertativo di un illecito anticoncorrenziale adottato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato fosse dotato di «una elevata attitudine a provare» la condotta lesiva della concorrenza. La giurisprudenza, a partire dal primo decennio del secondo millennio, ha coniato il concetto di «prova privilegiata» per designare le situazioni appena descritte. Inizialmente l'accertamento dell'Autorità Garante è stato reputato una fonte di presunzioni *iuris tantum*, rimessa al prudente apprezzamento del giudice e contestabile dall'interessato con qualsiasi controprova ammessa dall'ordinamento. Nel giro di pochi anni la giurisprudenza di legittimità è poi arrivata a estendere le maglie della prova privilegiata, fino al punto di affermare l'impossibilità che circostanze di fatto già accertate nel provvedimento amministrativo fossero rimesse in discussione all'interno del successivo giudizio civile, impedendo così all'impresa convenuta di sostenere l'insussistenza della violazione in base allo stesso materiale probatorio od alle stesse argomentazioni già disattese in sede di procedimento amministrativo. *Ex plurimis*, Cassazione, sent. 13 febbraio 2009, n. 3640, sent., 14 marzo 2011, n. 5942, sent. 10 maggio 2011, n. 10211, sent. 20 giugno 2011, n. 13486, sent. 23 aprile 2014, n. 9116. In dottrina, sul percorso compiuto dalla giurisprudenza italiana di legittimità, si veda F. PASQUARELLI, *Da prova privilegiata a prova vincolante: il valore probatorio del provvedimento dell'AGCM a seguito della direttiva 2014/104/UE*, in *Diritto industriale*, II, 2016, n. 3, pp. 252 ss.; M. GOLIA, *La circolazione dell'accertamento dall'atto amministrativo al processo civile: intorno alla categoria di «prova privilegiata»*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n. 2, 2021, pp. 379 ss.

mento. In detti Stati membri il giudice dinanzi al quale viene intentata un'azione di risarcimento danni sarà quindi chiamato a riesaminare i fatti e gli aspetti giuridici già oggetto di indagine e di valutazione, potendo all'esito di tale esame discostarsi dalle conclusioni contenute nella decisione finale adottata dall'autorità di controllo nazionale o straniera sulla medesima violazione del GDPR.

Il fatto che in relazione al *public enforcement* il regolamento preveda un sistema particolarmente complesso di ripartizione della competenza fra le diverse autorità di controllo, con lo scopo di evitare decisioni finali contrastanti, appare in contraddizione con la mancanza di una disposizione che accordi rilevanza alle decisioni definitive dell'autorità di controllo all'interno del giudizio per il risarcimento del danno. Allo stato attuale, pertanto, i tribunali che decidono sulle richieste di risarcimento danni possono discostarsi dalle conclusioni di una decisione finale presa dalla competente autorità di controllo, nazionale o straniera, sulla stessa presunta violazione della legge sulla protezione dei dati. Inoltre, il GDPR è sprovvisto di una norma che imponga la sospensione dei termini di prescrizione per i reclami presentati da privati per il tempo in cui l'autorità di controllo indaga sulla stessa violazione; di conseguenza tale questione è affidata ai diversi diritti nazionali.

L'importanza della ricerca di una qualche forma di sincronia fra il *public* e il *private enforcement* peraltro emerge in altri ambiti del diritto dell'Unione europea. Ad esempio, la direttiva 2014/104/UE, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea, prevede all'art. 9 che gli Stati membri debbano provvedere affinché una violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione definitiva di un'autorità nazionale garante della concorrenza sia ritenuta definitivamente accertata o, in alternativa, valga «almeno a titolo di prova *prima facie*, del fatto che è avvenuta una violazione del diritto della concorrenza», ai fini dell'azione per il risarcimento del danno proposta, rispettivamente, dinanzi ai giudici nazionali o ai giudici di altro Stato membro.

Nel settore del diritto della concorrenza l'approccio seguito dal legislatore europeo è riconducibile alla specialità dell'attività di controllo e repressione svolta dalle autorità di controllo, nonché all'estensione delle regole che tradizionalmente sono previste per garantire il contraddittorio e i diritti di difesa per il destinatario della sanzione. In altri termini, all'autorità di controllo anti-trust risultano affidati compiti che presentano un carattere secondario sostanzialmente assimilabile a quello svolto dagli organi giurisdizionali.

L'obiettivo dell'unicità dell'accertamento, diretto a evitare contrasti tra quanto accertato, in relazione alle medesime circostanze fattuali, prima in sede amministrativa e poi in sede giurisdizionale, è funzionale a garantire un elevato livello di tutela degli individui. L'interesse perseguito non ha una dimensione solamente privatistica, perché il *private enforcement* ha una funzione anche e dichiaratamente pubblicistica, al punto che la Corte di Giustizia definisce le azioni di risarcimento danni per violazione delle regole di concorrenza dell'Unione come “parte integrante del sistema di applicazione di tali regole, che mira a contrastare i comportamenti anticoncorrenziali delle imprese e a dissuaderle dall'adottare tali comportamenti”⁵⁰. Per fare ciò, l'accertamento della responsabilità e l'individuazione del soggetto responsabile devono coincidere in sede di *public e private enforcement*. Nella visione del legislatore dell'Unione europea, il carattere vincolante dell'accertamento condotto dall'autorità indipendente in materia di concorrenza risulta quindi un expediente tecnico-giuridico per incrementare l'effettività del diritto della concorrenza.

Analogamente a quanto avviene nel settore del diritto della concorrenza, anche le azioni di risarcimento del danno causato da violazioni del GDPR richiedono generalmente una complessa analisi fattuale, poiché gli elementi di prova necessari per comprovare la fondatezza della domanda risarcitoria sono spesso detenuti esclusivamente dal titolare (o responsabile) del trattamento o comunque non sono sufficientemente noti o accessibili all'interessato. In tali circostanze, rigide disposizioni giuridiche che prevedano che gli attori debbano precisare dettagliatamente tutti i fatti relativi al proprio caso all'inizio di un'azione e presentare elementi di prova esattamente specificati possono impedire in maniera indebita l'esercizio efficace del diritto al risarcimento riconosciuto espressamente dall'art. 82 del GDPR. Inoltre, allo stesso modo del contenzioso in materia di diritto della concorrenza, anche quello in materia di

⁵⁰ Corte di Giustizia, sent. 14 marzo 2019, in causa C-724/17, *Skanska Industrial Solutions e a.* (ECLI:EU:C:2019:204), punti 45 ss.

tutela dei dati personali si caratterizza per l'esistenza di un'asimmetria informativa fra le parti, pertanto l'attribuzione al titolare dei dati personali di vantaggi sul piano probatorio rappresenterebbe un elemento di riequilibrio delle diverse posizioni⁵¹.

L'adozione di una norma che affermi il principio dell'unicità dell'accertamento, limitando le facoltà probatorie del titolare (o responsabile) del trattamento le cui operazioni sono state valutate dall'autorità di controllo come in violazione del GDPR, non sarebbe incompatibile con il principio della tutela giurisdizionale effettiva, garantito dall'art. 6 della Convenzione Edu e dall'art. 47 della CDFUE, poiché la sostanziale limitazione dei poteri processuali della parte convenuta nel processo di risarcimento del danno, cui sarebbe impedito di dare prova contraria della avvenuta violazione che sia accertata in via definitiva, risulterebbe controbilanciata dalla piena garanzia giurisdizionale accordata all'autore della violazione nei confronti dei provvedimenti sanzionatori dell'autorità, che potrebbero essere impugnati dinanzi al giudice ordinario ai sensi dell'art. 78 del GDPR.⁵² Sarebbe quindi in tale sede che il titolare (o il responsabile) del trattamento, asserito trasgressore della disciplina a tutela dei dati personali, dovrebbe e potrebbe con pienezza di mezzi contestare il fondamento giuridico fattuale della propria pretesa responsabilità.⁵³ Del resto al giudice competente sull'impugnazione dovrebbe essere riconosciuto dagli ordinamenti nazionali un potere di controllo pregnante sui provvedimenti di accertamento o irrogativi di sanzioni delle autorità indipendenti, attraverso l'affermazione di un sindacato pienamente sostitutivo, non limitato alla sola legittimità dell'atto e capace di estendersi anche ai profili di discrezionalità tecnica. Peraltro nelle azioni risarcitorie cosiddette *stand alone* (ossia non precedute da una decisione dell'Autorità), il giudice civile, ai fini risarcitori, è chiamato a verificare direttamente ed in prima persona i presupposti dell'illecito, senza che occorra alcuna intermediazione dell'autorità di controllo.

L'introduzione di un effetto vincolante modellato sull'esempio del diritto europeo della concorrenza, *de lege ferenda*, appare una scelta conveniente per rafforzare le sinergie tra *public* e *private enforcement* e di conseguenza giungere ad un miglioramento nell'applicazione della disciplina contenuta nel regolamento. Invero le autorità di controllo offrono le più ampie garanzie di competenza tecnica e il *public enforcement* rimane la lama più affilata a disposizione del titolare dei dati personali, come si evince dagli artt. 58, 83 e 84 del GDPR. Ragioni di equilibrio di sistema portano a ritenere che l'esecuzione privata dovrebbe limitarsi a integrare gli sforzi delle autorità di controllo, rivelando ulteriori violazioni del regolamento sulla protezione dei dati che potrebbero altrimenti rimanere non perseguite a causa della mancanza di risorse o delle diverse priorità che le autorità di controllo si prefissano.

VII. Conclusioni

39. Il Regolamento Generale sulla Protezione dei dati (Regolamento (UE) 2016/679 - GDPR), rappresenta un importante tassello della strategia dell'Unione europea per il mercato unico digitale. La sua adozione è legata anche alle esigenze di semplificazione e di unificazione del quadro giuridico in materia. Tale necessità si riscontra sia in relazione al *public (administrative) enforcement*, fondato sui

⁵¹ Sul punto per un'approfondita analisi vedasi W. WURMNEST, M. GÖMANN, *Comparing Private Enforcement of EU Competition and Data Protection Law*, in *Journal of European Tort Law*, 2022, vol. 13.2, pp. 154-182.

⁵² Peraltro, secondo la giurisprudenza della Corte Edu, il *fair trial* non ha ad oggetto unicamente il processo, ma anche il procedimento, amministrativo, considerato che per «tribunale» deve intendersi qualunque autorità che, pur attraverso un procedimento non formalmente come nell'ordinamento interno, adotti atti modificativi della realtà giuridica, incidenti significativamente nella sfera soggettiva di un soggetto privato, anche se tale funzione viene esercitata al di fuori di una organizzazione giurisdizionale. Secondo i giudici di Strasburgo la decisione amministrativa incidente su diritti e obblighi di carattere civile, per quanto adottata senza il rispetto di tutti i requisiti prescritti dal principio del *fair trial*, può nondimeno essere considerata adottata conformemente alla Convenzione, laddove le garanzie procedurali ivi previste siano comunque riscontrabili nella sede di controllo della decisione stessa. Si vedano in proposito Corte Edu, sent. 26 agosto 1997, *De Haan c. Paesi Bassi*, ric. n. 22839/93, §§ 52-55; sent. 27 ottobre 2009, *Crompton c. Regno Unito*, ric. n. 42509/05, § 79 e, in un contesto disciplinare, sent. 25 settembre 2018 (Grande Camera), *Denisov c. Ucraina*, ric. n. 76639/11, §§ 65, 67 e 72.

⁵³ In senso critico con riguardo alla materia della concorrenza, S. BARIATTI - L. PERFETTI, *Prime osservazioni sulle previsioni del "Libro bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust della Commissione e del Codice del consumo quanto alle relazioni tra procedimenti antitrust e giurisdizione*, in *Rivista italiana di Diritto Pubblico comunitario*, 2008, 4, pp. 1151-1176.

poteri di azione dell'autorità di controllo, sia in relazione al *private enforcement*, incentrato sul diritto di ottenere il risarcimento del danno che viene riconosciuto a "chiunque" abbia subito un danno "materiale o immateriale" in conseguenza della violazione del regolamento. Il rafforzamento del *private enforcement*, operato dal GDPR, mira a innalzare i livelli di tutela delle persone fisiche e a garantire un'applicazione più completa, poiché le autorità pubbliche non possono occuparsi di tutti i casi a causa delle limitate risorse disponibili.

40. L'obiettivo di chiarezza perseguito dal GDPR è stato solo parzialmente raggiunto poiché permangono diversi aspetti della disciplina che risultano incerti e problematici. Innanzitutto, le disposizioni che riguardano la competenza giurisdizionale e il rapporto tra procedimenti civili paralleli non appaiono efficacemente coordinate con la disciplina internazionalprivatistica comune in materia civile e commerciale, attualmente contenuta nel regolamento n. 1215/2012 (cosiddetto "Bruxelles I-bis").

41. Parimenti la disciplina concernente il rapporto tra i ricorsi previsti dal GDPR, in caso siano adite simultaneamente autorità di controllo di più Stati membri riguardo a un trattamento di dati personali effettuato dallo stesso titolare del trattamento, risulta in molti casi di difficile applicazione, oltre a poter determinare l'inoperatività del criterio di competenza giurisdizionale della residenza abituale dell'interessato, introdotto dal legislatore per rafforzare i diritti procedurali delle persone fisiche titolari del diritto alla tutela dei dati personali.

Infine, il profilo di criticità più significativo, a parere di chi scrive, attiene al rapporto fra il rimedio amministrativo – sia esso sollecitato o meno dall'interessato – e il rimedio civilistico. L'autonomia processuale che gli Stati membri mantengono sul punto, particolarmente nelle situazioni di rilievo transnazionale, può far sì che la tutela concessa in forza di una decisione emessa a seguito di un ricorso proposto dinanzi all'autorità di controllo, che accerta una violazione delle disposizioni del regolamento, possa risultare incoerente con una seconda decisione giurisdizionale, derivante da un ricorso proposto dinanzi all'autorità giurisdizionale.

La possibile esistenza di due decisioni contraddittorie mette in discussione l'obiettivo di garantire un'applicazione coerente e omogenea delle norme in materia di tutela delle libertà e dei diritti fondamentali delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali in tutta l'Unione europea. Tale eventualità al contempo comporta un indebolimento della protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali che li riguardano, nella misura in cui l'incoerenza che può derivarne è idonea a determinare una situazione di incertezza giuridica.

La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006. Una aproximación crítica a su adaptación al Derecho español y su reflejo en la jurisprudencia

The United Nations Convention on the rights of persons with disabilities, dated December 13th, 2006. A critical approach to its implementation within the Spanish law and its reflection in case law

MANUEL SERRANO RUIZ-CALDERÓN

*Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid*

FRANCISCO DE BORJA LANGELAAN OSSET

*Departamento de Derecho Procesal y Derecho Penal
Universidad Complutense de Madrid
Abogado*

Recibido: 14.06.2023 / Aceptado: 07.07.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.8084

Resumen: El presente trabajo aborda el sistema de apoyos a la discapacidad establecido tras la Ley 8/2021, de 2 de junio, cuestionando la protección de las personas con discapacidad o trastornos extremos mediante el estudio de resoluciones judiciales recaídas en tres casos: síndrome de Diógenes, trastorno bipolar tipo I y esquizofrenia paranoide. Dicho régimen de apoyos trae causa de la recepción en nuestro Derecho de la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006 y de la consiguiente modificación del Código Civil. También se plantean dos supuestos de autotutela en los que se respetó la voluntad de la persona con discapacidad expresada en escritura pública. Por último, se analiza el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico. En definitiva, se han analizado algunos de los efectos prácticos y retos inmediatos que suscita una norma de Derecho uniforme como es la Convención mencionada.

Palabras clave: Convención de Nueva York 2006, discapacidad, medidas de apoyo, trastorno mental, autocuratela, Derecho uniforme.

Abstract: The present paper tackles the support measures system for people with disabilities established after Spanish Act 8/2021, June 2nd, questioning people's with disabilities or extreme disorders protection through the study of the case law issued in three cases: Diogenes syndrome, bipolar disorder type I, and paranoid schizophrenia. Said system arises from the reception in our Legal System of the Convention of New York, dated December 13th, 2006, and the consequent amendment of the Civil Code. Likewise, two self-guardianship cases are also raised in which the will of the person with disability, as stated in the public deed, was respected. Lastly, non-voluntary confinement for reasons of mental disorder is analyzed. In essence, some of the practical effects and immediate challenges that a uniform law such as the mentioned Convention raises have been analyzed.

Keywords: New York Convention 2006, disability, support measures, mental disorder, self-guardianship, uniform law.

Sumario: I. Aproximación a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. 1. Consideraciones generales. 2. Características, contenido y propósito. 3. Recepción en el Derecho español de origen interno. II. El régimen judicial de apoyos tras la Convención de Nueva York. 1. Elementos caracterizadores y principios jurisprudenciales. 2. La problemática específica de los trastornos extremos. A) Síndrome de Diógenes. B) Trastorno bipolar tipo I. C) Esquizofrenia paranoide. 3. Algunos supuestos de primacía de la voluntad del interesado. A) STS núm. 706/2021, de 19 de octubre. B) STS núm. 734/2021, de 2 de noviembre. 4. Hacia una regla general en materia de respeto a la voluntad de la persona. 5. Internamiento no voluntario de personas mayores de edad con discapacidad. III. Conclusiones.

I. Aproximación a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad

1. Consideraciones generales

1. La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (en adelante la Convención)¹, forma parte del llamado proceso de humanización legislativa que han experimentado los legisladores supranacionales, europeos y nacionales quizá debido a, entre otras circunstancias, al hecho de que, según datos de Naciones Unidas (en adelante ONU o UN), aproximadamente 650 millones de personas presentan algún tipo de discapacidad, siendo así la minoría más representativa². Se trata de un cambio radical y revolucionario en materia de derechos de las personas con discapacidad³. Ese proceso de humanización legislativa podría fundamentarse también en el hecho de que hasta el año 2006, prácticamente no existían tratados internacionales sobre protección de derechos humanos de las personas con discapacidad porque simplemente recogían el derecho a la no discriminación o solo contenían referencias tangenciales a la discapacidad⁴.

2. En España la Convención fue acogida por Instrumento de Ratificación dado en Madrid el 23 de noviembre de 2007⁵, publicada en el BOE el 21 de abril de 2008 y con entrada en vigor el 3 de mayo de 2008. Desde entonces contamos con una norma internacional de Derecho uniforme y vinculante, que ha ido viendo progresivamente su reflejo en diversas normas de Derecho español de origen interno. Junto a la Convención, también se ha ratificado el Protocolo Facultativo⁶, en el cual no vamos a entrar.

2. Características, contenido y propósito

3. Se trata del primer tratado de Derechos Humanos del siglo XXI, cuyos principios rectores son el *in dubio pro capacitas* y la intervención mínima⁷ y que ha supuesto un cambio en la forma de regular

¹ Puede consultarse el texto completo de la Convención, así como el Protocolo Facultativo en: UN. "Convention On The Rights Of Persons With Disabilities (CRPD)". [Consultado el 13/06/2023]. Acceso en: <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>.

² Algunos datos interesantes sobre la discapacidad y la Convención pueden encontrarse en: UN. "Frequently Asked Questions regarding the Convention on the Rights of Persons with Disabilities". [Consultado el 13/06/2023]. Acceso en: <https://www.un.org/development/desa/disabilities-es/algunos-datos-sobre-las-personas-con-discapacidad.html>.

³ G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, "Indubio pro capacitate y favorabilia amplianda, odiosa restringenda: «viejos» principios para interpretar «nuevas» reglas sobre capacidad y prohibiciones", *Anuario de Derecho Civil*, n° 2, 2021, p. 751.

⁴ I. VIVAS TESÓN, "La Convención ONU de 13 de diciembre de 2006: impulsando los derechos de las personas con discapacidad", *Revista Internacional de Trabajo Social y Ciencias Sociales*, n° 1, 2011, pp. 114-115.

⁵ BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008. Referencia: BOE-A-2008-6963.

⁶ BOE núm. 97, de 22 de abril de 2008. Referencia: BOE-A-2008-6996.

⁷ Estos principios derivan del espíritu general de la Convención y podemos centrarlos en los siguientes puntos. Primero, la letra n) del Preámbulo de la Convención dispone que los Estados Partes reconocen *la importancia que para las personas con*

la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Se trata del hecho jurídico más importante en lo que se refiere a la protección internacional de la discapacidad, lo que ha supuesto una revolución en los Derechos de origen interno al obligar a incorporar un nuevo tratamiento de la discapacidad basada en el modelo social⁸. Dicho de otra forma, se ha pasado del tradicional sistema inclinado hacia el modelo de sustitución en la toma de decisiones⁹ de la persona discapacitada al sistema de apoyos¹⁰.

4. En cuanto al contenido, abarca diversos aspectos de la vida de las personas discapacitadas como la accesibilidad o la vida política. Destaca la referencia expresa y separada a las mujeres (art. 5) y a los niños con discapacidad (art. 6). Debemos entender que, dentro de los diferentes colectivos, la Convención ha querido hacer hincapié en aquéllos como especialmente vulnerables y a modo de llamada de atención a los Estados Partes.

5. La trascendencia de la Convención no radicaría en la innovación respecto de su contenido, pues no establece derechos distintos de los ya reconocidos en otros instrumentos, sino que remarca que las personas con discapacidad deben tener acceso a los mismos derechos que el resto de personas¹¹. Dicha trascendencia, por tanto, descansaría en el hecho de que se trata de un instrumento jurídico obligatorio, en contraposición a otros de la ONU en materia discapacidad que, siendo inspiradores de leyes y políticas, no tienen fuerza normativa¹². Se trata de un pacto internacional preceptivo y vinculante que genera una serie de obligaciones. En la práctica, obliga a una profunda reforma de nuestro Derecho interno al objeto de adaptarlo a sus fines. Además, introduce un nuevo concepto de discapacidad¹³ y contempla tanto medidas de no discriminación como medidas de acción positiva para tutelar a las personas con discapacidad¹⁴.

6. Por otro lado, la Convención ha venido a establecer la total igualdad en materia capacidad –entendida en sentido amplio¹⁵– de las personas con discapacidad, cualquiera sea ésta, en relación con

discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones. Segundo, el art. 3. a) de la Convención consigna, entre los principios generales de la misma, el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas. Finalmente, el art. 12.4 del mismo cuerpo normativo indica que los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias [...] para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona [...].

⁸ R. DE LORENZO GARCÍA, “Prefacio”, en J. SÁNCHEZ-CARO / F. ABELLÁN, *Aspectos bioéticos, jurídicos y médicos de la discapacidad*, Madrid, Fundación Salud 2000, 2012, p. XVIII.

⁹ En la regulación actual del Código Civil, con base en el art. 199, quedan sometidos a tutela únicamente los menores. Éstos pueden ser bien menores no emancipados en situación de desamparo, bien menores no emancipados no sujetos a patria potestad.

¹⁰ I. VIVAS TESÓN, “Discapacidad y consentimiento informado en el ámbito sanitario y bioinvestigador”, *Pensar - Revista de Ciências Jurídicas*, nº 2, 2016, p. 536. También, *vid.*, arts. 259 y ss. CC, relativos a las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica.

¹¹ R. DE LORENZO GARCÍA, “Prefacio...”, *cit.*, p. XVIII. Sin embargo, el autor critica que, a pesar de la generosidad de la Convención en el tratamiento de aspectos sensibles de la discapacidad en cuestiones de salud, se tiene la sensación de un desentendimiento en su aplicación mediante políticas de inclusión implementadas por los Poderes Públicos.

¹² Dentro de esta categoría de instrumentos no vinculantes, aunque puedan considerarse relevantes, podemos encontrar la Estrategia de las Naciones Unidas para la inclusión de la discapacidad (2019), los Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental (1991), el Programa de Acción Mundial para los Impedidos (1982); Declaración de los Derechos de los Impedidos (1975) y la Declaración de los derechos del Retrasado Mental (1971).

¹³ Con base en el art. 1 de la Convención, *las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*. Como puede verse de una lectura del precepto, se trata de un concepto amplio, pues se incluye cualquier tipo de discapacidad y se pone en relación con las posibles barreras que se puedan encontrar en su desarrollo dentro de la sociedad.

¹⁴ Por ejemplo, el art. 5 de la Convención establece el reconocimiento de la igualdad y la no discriminación. Por otro lado, en diversos artículos contempla medidas de acción positiva para tutelar a las personas con discapacidad en diversos aspectos de su vida como el propio derecho a la vida (art. 10) o el acceso a la justicia (art. 12).

¹⁵ La Convención contempla un concepto de capacidad jurídica con un significado técnico más amplio que en nuestro Derecho, pues abarcaría tanto la capacidad jurídica *stricto sensu* como la capacidad de obrar, pero sin confundirlas. No significaría que la capacidad de obrar haya quedado absorbida por la jurídica, sino que existe una capacidad legal genérica que incluye tanto

el resto de las personas. En consecuencia, quedan prohibidas las formas de discriminación cuyo fundamento sea la discapacidad en sí misma. Entre dichas formas, se han considerado las medidas representativas sustitutivas de la toma de decisiones, como la tutela¹⁶, que se han sustituido por medidas de apoyo asistencial, que no suponen ni sustitución ni representación. No se reemplaza la voluntad de la persona, sino que se le ayuda a que tome las decisiones por sí sola¹⁷.

7. Esa equiparación en materia de capacidad viene consagrada por el art.12, que establece el *igual reconocimiento como persona ante la ley* de las personas con discapacidad. Según el numeral segundo de dicho artículo, los Estados Partes reconocerán que *las personas con discapacidad tienen igual capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás [...]*. Sin embargo, no se considera ni el tipo de discapacidad (física o psíquica) ni el grado de la misma (nula, leve, moderada, grave y muy grave). Yendo más allá, no hay ninguna referencia en todo el texto de la Convención ni en su Protocolo a los diferentes tipos de discapacidad y sus grados, lo cual consideramos como un criterio esencial a la hora tanto de reconocer capacidad a una persona como de limitarla, complementarla o apoyarla. En cuanto a su propósito, éste busca promover, proteger y asegurar el pleno e igualitario goce de los derechos y libertades fundamentales por las personas con discapacidad y la promoción del respeto de su dignidad inherente. En fin, al contrario de lo que sucede en el Derecho Internacional Privado puro donde, en materias como la ley aplicable y la competencia judicial internacional, encontramos normas de la Unión Europea (en adelante UE) y convenciones internacionales que agotan prácticamente la materia que regulan, la Convención contiene unas previsiones excesivamente abiertas, muy interpretables, políticamente correctas y que parecen más bien un desiderátum que efectivos preceptos que deben ser cumplidos por los Estados Partes. De esta forma, se trata de una Convención de redacción y factura bonita más que de una norma de Derecho internacional uniforme que prescribe un determinado comportamiento para el sujeto al que va dirigida, siendo, en este caso, los Estados Partes.

3.Recepción en el Derecho español de origen interno

8. La raíz de la profunda reforma de nuestro Derecho interno a causa de la Convención descansa en el hecho de que impone a los Estados Partes la adopción de medidas en diversos ámbitos de la vida de las personas con discapacidad y, entre otras obligaciones generales, *adoptar todas las medidas legislativas [...] para hacer efectivos los derechos reconocidos [...] (art. 4.1. a), así como tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad (art. 4.1. b).*

9. En esta labor de creación, reforma o derogación legislativa, se deberá contar con la participación de las organizaciones que les representan (art. 4.3). La Convención también se ocupa de salvaguardar aquellas disposiciones que faciliten el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad y que preexistan en la legislación interna de los Estados Partes o en el Derecho Internacional vigente, es decir, la recepción de aquélla no supondría la desaparición y reforma de toda nuestra legislación, siempre que se trate de disposiciones facilitadoras, cuestión, por otro lado, no definida. Complementariamente, se insiste en que no se podrán restringir o derogar derechos y libertades preexistentes a la Convención bajo la justificación de que no se reconocen en aquélla o que se reconocen en menor medida, es decir, su recepción no puede tener un efecto restrictivo, derogatorio o limitativo.

la capacidad jurídica como la capacidad de obrar. En este sentido, *vid.*, R. LÓPEZ SAN LUIS, “El principio de respeto a la voluntad de la persona con discapacidad en la Convención de Nueva York (2006), y su reflejo en el anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 2, 2020, p.119.

¹⁶ Antes de la reforma operada en el CC por la Ley 8/2021, el régimen jurídico de la tutela venía regulado en los arts. 215-285 CC.

¹⁷ G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, “*Indubio...*”, *cit.*, pp. 751-752.

10. En cuanto al proceso de adaptación de nuestro Derecho a los instrumentos internacionales, la doctrina ha puesto de manifiesto el proceso tendente a eliminar discriminaciones en las normas¹⁸. En este sentido, se ponen como ejemplos la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante Ley 26/2011)¹⁹ y el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social²⁰. La Ley 26/2011 es la primera de las reformas de adaptación a la Convención²¹ y supuso la modificación de diecinueve leyes internas en cuestiones muy diversas. Una segunda etapa de reforma la constituye la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (en adelante LJV)²². Para algunos, la LJV fue el primer acercamiento real a los principios de la Convención, pues supuso la modificación de los procedimientos de incapacitación judicial²³. En una tercera fase encontramos la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (en adelante Ley 8/2021)²⁴, que opera una reforma sobre ocho normas. Entre ellas, su art. 2 modifica el Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (en adelante CC)²⁵, modificando, entre otras cuestiones, el Título IX del Libro Primero, referido antes a la incapacitación y ahora a la tutela y guarda de los menores. También se modifica el Título X del mismo Libro, referido antes a la tutela, la curatela y la guardia de menores o incapacitados y ahora a la mayor edad y la emancipación. Por último, se modifica el Título XI referido antes a la mayor edad y la emancipación y ahora a regular, por primera vez y como consecuencia de la ratificación de la Convención, las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica.

11. Sobre la Ley 8/2021 destacaríamos dos aspectos. Primero, con base en la Disposición transitoria 5ª, se establece la revisabilidad judicial de las medidas en materia de capacidad que se hubieren establecido con anterioridad a la citada ley, con la finalidad de adaptarlas a la misma. Esto supone que, para asegurar la implantación del régimen de la Convención, deben ser revisadas todas las tutelas y curatelas vigentes en el momento de entrada en vigor de la ley²⁶. Segundo, con base en la Disposición transitoria 6ª, los procesos en curso relativos a la capacidad se regirán por lo dispuesto en la nueva ley, especialmente en cuanto al contenido de la sentencia, sin perjuicio de las actuaciones precedentes. Sin embargo, a pesar de las normas que se han visto modificadas por la Ley 8/2021, a fecha de hoy no se han modificado diversas leyes especiales. Entre ellas se encuentra la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (en adelante la LAP). El problema radicaría en varios aspectos de la norma, como la regulación del derecho a la información asistencial (art. 4), la titularidad del derecho a dicha información (art. 5), así como en materia de límites del consentimiento informado y consentimiento por representación (art. 9). La LAP sigue haciendo referencia al paciente como no capaz, a las situaciones de incapacitación y a la representación legal del incapaz, en contraposición al sistema de apoyos actual y, por tanto, debe adecuarse a lo previsto por la Ley 8/2021²⁷. También debe adecuarse, entre otros, el

¹⁸ I. VIVAS TESÓN, "Discapacidad...", cit., p. 536.

¹⁹ BOE núm. 184, de 2 de agosto de 2011. Referencia: BOE-A-2011-13241.

²⁰ BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2013. Referencia: BOE-A-2013-12632.

²¹ R. LÓPEZ SAN LUIS, "El principio...", cit., p. 122.

²² BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015. Referencia: BOE-A-2015-7391. El punto IV *in fine* del Preámbulo de esta norma indica que *se busca la adaptación a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, la cual afecta a la nueva terminología, en la que se abandona el empleo de los términos de incapaz o incapacitación, y se sustituyen por la referencia a las personas cuya capacidad está modificada judicialmente.*

²³ Mª. C. GONZÁLEZ CARRASCO, "La prestación del consentimiento informado en materia de salud en el nuevo sistema de apoyos al ejercicio de la capacidad", *Derecho y Constitución*, nº 39, 2021, p. 221.

²⁴ BOE núm. 132, de 3 de junio de 2021. Referencia: BOE-A-2021-9233. Sobre esta norma, *vid.*, L. FONTESTAD PORTALÉS, "Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica", *Ars Iuris Salmanticensis*, núm. 2, 2021, pp. 408-411.

²⁵ GAZ núm. 206, de 25 de julio de 1889. Referencia: BOE-A-1889-4763.

²⁶ STS núm. 589/2021, de 8 de septiembre, FJ. 3º.

²⁷ Mª. C. GONZÁLEZ CARRASCO, "La prestación...", cit., p. 221.

art. 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC)²⁸, relativo al internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, por razones similares a lo ahora comentado y que serán desarrolladas en este trabajo. En conclusión, aunque ya existía una correspondencia aceptable entre los presupuestos de la Convención y nuestro Derecho, se ha venido realizando una revisión íntegra y profunda para ajustar de forma exacta éste a los principios, valores y mandatos de aquélla. Por ello, diferentes sectores de nuestro Derecho se han reformado con base en la Convención con el objeto de armonizarlos a los dictados de la misma, si bien quedan diversas leyes especiales por adaptar.

II. El régimen judicial de apoyos tras la Convención de Nueva York

12. Tras la Convención y la entrada en vigor de la Ley 8/2021, se ha suprimido la tutela, salvo en los supuestos señalados por el CC²⁹, y el sistema de protección de las personas con discapacidad ha concentrado principalmente en la curatela todas las medidas judiciales de apoyo. Ahora bien, sin entrar en el contenido de la nueva regulación sobre dichas medidas, contenida en los arts. 249 y ss. CC, resulta de interés desarrollar sus elementos caracterizadores, así como sus principios jurisprudenciales, que deben ser tenidos en cuenta a partir de ahora y que derivan directamente de la ratificación de la Convención. Por otro lado, debemos cuestionar si, desde el punto de vista del sistema de apoyos, podemos considerar protegidas a las personas con discapacidad extrema que necesiten de una protección más intensa consistente en una auténtica representación, en línea con la previa configuración de la tutela.

1. Elementos caracterizadores y principios jurisprudenciales

13. Con base en los arts. 249 y ss. CC y 12 de la Convención, el régimen legal de provisión de apoyos presenta los siguientes caracteres (STS núm. 589/2021, de 8 de septiembre, FJ. 4º):

- Ámbito subjetivo: mayores de edad o menores emancipados necesitados de medidas de apoyo para el correcto ejercicio de su capacidad jurídica.
- Finalidad de las medidas: permitir el desarrollo pleno de la personalidad y desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad. Además, deben estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona, así como en la tutela de sus derechos fundamentales.
- Prevalencia de las medidas voluntarias: solo procederán las medidas judiciales de apoyo en caso de ausencia o insuficiencia de medidas voluntarias.
- Innecesariedad de previo pronunciamiento sobre la capacidad de la persona.
- Provisión judicial de apoyos: se regirá por los principios de necesidad y proporcionalidad, respetará la autonomía de la persona en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderá a su voluntad, deseos y preferencias.

14. Por otro lado, ante el nuevo marco normativo, consecuencia de la actual concepción social de la discapacidad y la protección de los derechos fundamentales, se ha consolidado una jurisprudencia que se fundamenta en los siguientes principios y que se derivan de la ratificación de la Convención (STS núm. 269/2021, de 6 de mayo, FJ. 2º.3):

- Presunción *iuris tantum* de capacidad: presunción de la capacidad de autogobierno de toda persona. Una conducta extravagante, inusual o desviada no es asimilable a la enajenación.

²⁸ BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000. Referencia: BOE-A-2000-323.

²⁹ En el régimen jurídico anterior a la última reforma del CC, con base en su art. 222 estaban sujetos a tutela los menores no emancipados que no estuvieran sujetos a patria potestad, los incapacitados cuando la sentencia así lo hubiere establecido, los sujetos a patria potestad cuando hubiere cesado ésta, salvo que procediera la curatela, y los menores en situación de desamparo. En el régimen actual, el art. 200 CC contempla la tutela exclusivamente para menores no emancipados que se encuentren en situación de desamparo o que no estén sujetos a patria potestad.

- Flexibilidad, revisabilidad y graduabilidad: el sistema de protección es adaptable en función de las necesidades concretas, pues situaciones diferentes exigen medidas individualizadas. No es ni rígido ni estándar.
- Aplicación restrictiva: la incapacitación³⁰ debe realizarse con base en un criterio restrictivo, pues limita derechos fundamentales. Una privación de derechos solo es posible como sistema de protección.
- No alteración de la titularidad de derechos fundamentales: la modificación de la capacidad no afecta a la titularidad de derechos fundamentales, si bien determina su forma de ejercicio.
- Interés superior de la persona con discapacidad³¹: principio axiológico para la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de las medidas de apoyo. Se trata de un concepto jurídico indeterminado o cláusula general de concreción, sometida a ponderación judicial en función del caso.
- Consideración de los deseos y sentimientos de la persona: se trata de una manifestación del derecho de autodeterminación, el cual exige para su realización la consulta a la persona. Se deberá asegurar que la voluntad manifestada no esté condicionada por la propia situación que justifica la necesidad de apoyos.
- Fijación de apoyos: es el resultado del paso de un sistema de sustitución en la toma de decisiones a otro basado en el establecimiento de apoyos para que la persona pueda decidir³². Se deben fijar apoyos y no sustituir la voluntad respetando los principios de *in dubio pro capacitas* y de intervención mínima.

15. Señalado lo anterior, hay situaciones en las que, por las deficiencias o enfermedades y, especialmente, en sus últimas fases o por sus características, se requiere adoptar mecanismos de protección más intensos y extensos con el objeto de sustituir la decisión de quien ya no puede prestarla por sí mismo (STS núm. 269/2021, de 6 de mayo, FJ. 2º.2). Dado que en aquel momento por dicho sistema de sustitución se aludía a la tutela y, como se dijo, ésta ha sido reservada a los menores en determinados casos, debemos plantearnos si, de acuerdo con el actual sistema de apoyos, sus características y principios, quedan protegidas las personas con discapacidad o trastorno extremo.

³⁰ El texto de la sentencia hacía referencia todavía a la incapacitación. Tras la modificación operada en el CC por la Ley 8/2021, deberemos entenderla como *modificación judicial de la capacidad*. Lo más asimilable a la tutela en el contexto normativo actual es la curatela con funciones representativas con base en el art. 269 CC. Sin embargo y como se verá en el apartado correspondiente del presente trabajo, una curatela representativa no supe por completo la voluntad de la persona.

³¹ Este principio resultaría contrario a lo dispuesto por la Observación general Nº 1 (2014) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 19 de mayo. En su apartado 21 señala que cuando no sea *posible determinar la voluntad [...], la determinación del “interés superior” debe ser sustituida por la “mejor interpretación posible de la voluntad [...]. Ello respeta [...] la voluntad [...] de la persona [...]. El [...] “interés superior” no es una salvaguardia [...] en relación con los adultos. El paradigma de “la voluntad y las preferencias” debe reemplazar al del “interés superior” [...]. Además, el apartado 27 señala que la decisión adoptada por el sustituto en la adopción de decisiones se basa en [...] el “interés superior” objetivo de la persona [...], en lugar de basarse en su propia voluntad [...]. Acudiendo a un eufemismo rimbombante, la Observación sustituye el interés superior por la mejor interpretación de la voluntad e ignora por completo los supuestos de discapacidad o trastornos extremos –a los que no se hace ninguna mención en todo su texto- en los que el sujeto no puede formar una voluntad -ni a favor ni en contra- o bien expresa su oposición a cualquier ayuda, pues su propia discapacidad le impide ver la necesidad de ayuda. En estos supuestos, en los que es imprescindible integrar la voluntad de la persona, el interés superior se configura como un criterio orientador válido y que para nada colisiona con el actual régimen de apoyos, pues precisamente el interés superior de la persona perseguirá, sin duda, la mejor y más precisa integración de su voluntad, cara a su bienestar. En otras palabras, no hay mejor interpretación posible de la voluntad que la determinación precisa del interés superior. Por todo lo anterior, nos situamos en la línea del Alto Tribunal y consideramos el principio del interés superior de la persona con discapacidad como uno de los principios más relevantes para la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de las medidas de apoyo.*

³² Anteriormente, se decía que el sistema de apoyos estaba integrado también por la tutela (STS núm. 282/2009, de 29 de abril), pero se ha optado por reservarla exclusivamente a los menores. Por tanto, en la actualidad la fijación de apoyos a las personas con discapacidad incluye: medidas voluntarias de apoyo (art. 254 CC), guarda de hecho (art. 263 CC), curatela (art. 268 CC) y defensor judicial (art. 295 CC).

2. La problemática específica de los trastornos extremos

16. Tanto la Convención como el sistema de apoyos se centran en la autonomía y voluntad de la persona, lo cual podría plantear problemas en supuestos de discapacidad o trastorno extremo en los que la persona no puede formar su voluntad –ni favorable ni negativa- o manifestar su oposición como consecuencia de la propia discapacidad o trastorno. La cuestión no es otra que plantearnos la posibilidad de sustituir la voluntad en estos casos, así como adoptar medidas de apoyo aun en contra de aquélla³³.

17. Hay quien sostiene que, habiéndose equiparado plenamente a toda persona en cuanto a su capacidad jurídica, cualquier restricción o limitación sustitutiva de la capacidad de las personas con discapacidad deberá ser considerada como un disfavor injustificado, contrario al *favor libertatis*, que deberá interpretarse restrictivamente³⁴. Por otro lado, también se ha sostenido la necesaria matización de los principios de la Convención, pues el colectivo de las personas con discapacidad es heterogéneo, y se ha afirmado que aquélla está pensada para grados de discapacidad no extrema. Esta posición se refiere a graves enfermedades psíquicas y físicas, así como a personas ancianas, que prácticamente carecen de la capacidad de formar su voluntad. En estos supuestos dicha posición considera que no sería suficiente un mero apoyo, sino que procedería una representación³⁵. Analizamos algunos ejemplos prácticos y las soluciones que se adoptaron en cada uno de ellos.

A) Síndrome de Diógenes

18. En la ya famosa STS núm. 589/2021, de 8 de septiembre³⁶, se plantea una sustitución no total de la voluntad. Se trata de un supuesto en el que la persona presentaba un trastorno de conducta por el cual acumulaba basura obsesivamente y con dejadez en cuanto a su higiene y alimentación, es decir, un síndrome de Diógenes. Los informes médico-forenses y de los servicios sociales, así como la exploración judicial, pusieron de manifiesto la absoluta ausencia de conciencia por la persona tanto del trastorno como de sus consecuencias, que le habían provocado una situación de aislamiento social total. Esta situación de degradación personal había afectado al ejercicio de su capacidad jurídica, así como a sus relaciones sociales, evidenciando la necesidad de medidas de apoyo. Éstas, tendentes en el caso concreto a garantizar un mínimo de higiene personal y salubridad en el hogar, debían contar con la voluntad de la persona afectada, teniendo en cuenta la nueva regulación.

19. Ahora bien, el Alto Tribunal consideró que, debido a la mencionada falta de conciencia y al rechazo a la asistencia, estaba justificado suplir su voluntad, con alguna duda al respecto. En principio,

³³ Desarrollamos este concepto en: F. B. LANGELAAN OSSET, “Algunas consideraciones sobre discapacidad extrema y autocuratela en el actual sistema de apoyos a la discapacidad”, en R. M^a. MORENO FLÓREZ (Dir.), *Problemática jurídica de las personas con discapacidad intelectual*, Madrid, Dykinson, 2022, p. 172.

³⁴ G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, “*Indubio...*”, cit., p. 753.

³⁵ S. DÍAZ ALABART, “Actuación de las personas con discapacidad en el ámbito personal y familiar: el derecho a su libertad personal”, en M. PEREÑA VICENTE / G. DÍAZ PARDO / M. NÚÑEZ NÚÑEZ (Coords.), *La voluntad de la persona protegida, oportunidades, riesgos y salvaguardias*, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 166-168.

³⁶ Son diferentes las resoluciones del Tribunal Supremo que han citado, considerado o aplicado la Convención. Pueden consultarse las siguientes sentencias del Tribunal Supremo: núm. 282/2009, de 29 de abril; de 9 de mayo de 2011 (RJ/2011/4100); núm. 625/2011, de 21 de septiembre; núm. 504/2012, de 17 de julio; núm. 617/2012, de 11 de octubre; de 16 de octubre de 2012 (RJ/2012/9889); núm. 175/2013, de 6 de marzo; núm. 421/2013, de 24 de junio; núm. 619/2013, de 10 de octubre; núm. 487/2014, de 30 de septiembre; núm. 342/2014, de 1 de julio; núm. 698/2014, de 27 de noviembre; de 2 de diciembre de 2014 (RJ/2014/6242); núm. 235/2015, de 29 de abril; núm. 244/2015 de 13 de mayo; núm. 553/2015, de 14 de octubre; núm. 557/2015, de 20 de octubre; núm. 717/2015, de 18 diciembre; núm. 373/2016, de 3 de junio; núm. 216/2017, de 4 de abril; núm. 298/2017, de 16 de mayo; núm. 530/2017, de 27 de septiembre; núm. 552/2017, de 11 octubre; núm. 596/2017, de 8 de noviembre; núm. 597/2017, de 8 de noviembre; núm. 118/2018, de 6 marzo; núm. 146/2018, de 15 de marzo; núm. 465/2019, de 17 de septiembre; núm. 118/2020, de 19 de marzo; núm. 654/2020, de 3 de diciembre; núm. 304/2021, de 12 de mayo; núm. 706/2021, de 19 de octubre; y núm. 734/2021, de 2 de noviembre. En cuanto a los autos, *vid.*, de 21 de septiembre de 2016 (JUR/2016/201147); de 12 de febrero de 2020 (JUR/2020/56406); de 28 de septiembre de 2021 (JUR/2021/308157); y de 23 de noviembre de 2021 (JUR/2021/368682).

a la luz de la nueva normativa y, especialmente, teniendo en cuenta la Convención, la adopción y ejecución de dichas medidas debe contar con el consentimiento del interesado, asumiendo el curador una función de auxilio. Podría asumir funciones de representación solo para asegurar la prestación de los servicios asistenciales y de cuidado personal cuando dicho consentimiento falte. En este punto el Tribunal identifica el auténtico problema. En el régimen impuesto por la Ley 8/2021 y por los principios de la Convención, tanto en la provisión como en la ejecución de las medidas de apoyo, se debe contar con la voluntad del interesado. Sin embargo, en el presente caso se dio su oposición absoluta y el Tribunal se planteó si podían acordarse igualmente dichas medidas.

20. La respuesta fue afirmativa, por cuanto entendió que la terminación del expediente de jurisdicción voluntaria para la provisión de apoyos se produce si, entre otros, el interesado manifiesta su oposición, acudiendo entonces a un juicio contencioso (art. 42 bis b.5 LJV), lo que puede suponer que en éste se adopten las medidas en contra de su voluntad. Por otro lado, el Alto Tribunal delimita lo que supone atender a la voluntad del interesado. En este sentido, al prescribir el art. 268 CC que las *medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos [...] atenderán en todo caso a su voluntad [...]*, se refiere a que el juez debe recabarla y tenerla en cuenta, siempre que resulte posible. Sin embargo, lo anterior no significa que en todo caso deba seguirse, es decir, se trataría de una suerte de consulta preceptiva, pero no vinculante. Señala que, si bien atender a la voluntad del interesado supone, en la práctica, dar cumplimiento a lo que éste quiere, pueden existir casos en que no deba seguirse aquélla, sin que pueda determinarse de antemano cuáles, pues debe atenderse a las particularidades de cada caso.

21. En casos de trastorno grave como el presente, la oposición –frecuente en enfermedades mentales- es consecuencia precisamente del propio trastorno que lleva aparejado la falta de conciencia de la enfermedad, es decir, es el trastorno, que suscita la necesidad de ayuda, el que impide que la persona tenga conciencia de la situación, provocando una situación degradante e impidiéndole ver tanto su carácter patológico como la necesidad de ayuda.

22. Siguiendo al Alto Tribunal, el no establecimiento de apoyos bajo el argumento del respeto absoluto a la voluntad -en este caso manifestada en forma de oposición- sería un acto de crueldad social y de abandono, lo cual entendemos que equivaldría a la desprotección total de la persona, lo que, a su vez, iría en contra del espíritu y finalidad de la Convención. Señala que la provisión de apoyo *en estos casos encierra un juicio de valor [...] de que si esta persona no estuviera afectada por este trastorno [...], estaría de acuerdo en evitar o paliar esa degradación personal*. Dicho de otra forma, se permite integrar la voluntad del sujeto para buscar su bien con base en el razonamiento de cómo habría actuado de estar completamente en condiciones de expresar su voluntad. Tras analizar el caso concreto, en la misma sentencia se indica que:

[...] puede resultar precisa la constitución de una curatela con funciones representativas para que el afectado pueda ejercitar sus derechos por medio de su curador. El [...] art. 269 CC [...] remarca su carácter excepcional y la exigencia de precisar el alcance de la representación [...].

23. En cualquier caso, el establecimiento de una curatela con funciones representativas es una medida revisable y, con todo, no excluye por completo la voluntad del interesado. De esta forma no se trataría de una suerte de curatela asimilable a la tutela. Así lo dispone la sentencia para el caso concreto, al señalar que las medidas serán revisadas semestralmente y que, a la hora de prestar el apoyo, *la curadora debería esmerarse en conseguir la colaboración del interesado y sólo en los casos en que sea estrictamente necesario podrá recabar el auxilio [...] para asegurar el tratamiento [...]*. Lo anterior debería interpretarse en el sentido de que, aun tratándose de una curatela con funciones representativas, la curadora debe, en un primer momento, intentar recabar la voluntad del interesado, gozando de mayores facultades –reconocidas subsidiariamente- en caso de que éste no consienta y, claro está, teniendo siempre en cuenta los intereses y bienestar de aquél, así como la proporcionalidad.

24. Sobre la resolución ahora comentada se pueden realizar algunas observaciones adicionales. En primer lugar, el procedimiento se inicia a instancia de los vecinos de la persona con síndrome de Diógenes, que acuden al Ministerio Fiscal por olores molestos en una comunidad de vecinos de propiedad horizontal. Cabría preguntarse si, de haberse encontrado dicha persona aislada en una casa en una finca, chalet o similar, se habría procedido de la misma forma, es decir, si se habría instado el proceso para la provisión judicial de apoyos. Desde luego, los vecinos afectados tienen derecho a vivir en un entorno agradable y, sobre todo, salubre. Lo que buscamos poner de manifiesto es el auténtico interés subyacente en el caso de la sentencia analizada, el de los vecinos, muy legítimo, pero que no deja de evidenciar la desprotección de aquellas personas que viven aisladas, pues existe una elevada probabilidad de que nadie se preocupe de instar procedimiento de apoyo alguno.

25. En segundo lugar, la curatela con funciones representativas resulta problemática, pues del tenor literal del art. 269 CC en relación con el art. 249 CC y de acuerdo con la sentencia ahora comentada, dicha curatela no puede constituir una tutela de facto, sino que se deberá tener siempre en cuenta la voluntad, deseos y preferencias de la persona. También resulta problemática en relación con los principios de la Convención por los mismos motivos. Ello puede resultar especialmente complejo en supuestos como el expuesto -donde la persona se opone sistemáticamente a la ayuda- o en supuestos en los que la persona no pueda expresar su voluntad -quizá por el grado de avance de la enfermedad- y sea necesario que el curador asuma en la práctica funciones permanentes y generales de representación, surgiendo así una curatela asimilable a la tutela o tutela de facto, cuestión que, por otro lado, chocaría con las finalidades pretendidas por la Convención³⁷. Los principios de intervención mínima y de autonomía deberían ceder ante supuestos de discapacidad extrema, siempre de forma proporcional a las circunstancias. En este sentido y como se decía sobre la incapacitación judicial, la curatela con funciones representativas debería limitarse a supuestos residuales y de discapacidades extremas en los que sea la única medida de protección, siendo realmente necesaria y beneficiosa³⁸. De esta forma, se cumpliría la función rehabilitadora de la persona vulnerable que debe perseguir el Derecho Civil³⁹, si bien implique una mayor limitación de su capacidad.

B) Trastorno bipolar tipo I

26. Otra resolución relevante la constituye la SAP de La Coruña núm. 267/2021, de 20 de octubre, en el marco de un procedimiento sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a una persona diagnosticada con trastorno bipolar tipo I. La sentencia de instancia había limitado parcialmente la capacidad, circunscrita al ámbito de la salud de la persona y a la prohibición del manejo de armas. Practicada la prueba en segunda instancia (entrevista del afectado, audiencia de familiares próximos y dictámenes médicos y psiquiátricos), la Audiencia Provincial, acudiendo al art. 269 CC, considera que no es necesaria ninguna medida de apoyo, pues la persona acude regular y voluntariamente al centro de salud, toma la medicación pautada, acude frecuentemente a consulta psiquiátrica y vive con su hermano, además de contar con otro pariente que reside cerca.

27. Hasta aquí la resolución de la Audiencia no presentaría objeción alguna. La cuestión problemática reside en el hecho de que a la persona afectada por el trastorno bipolar se le permite, o, mejor, dicho no se le restringe o limita de ninguna forma el manejo de armas. En este sentido, la resolución señala que:

³⁷ Una exposición detallada de estas ideas puede encontrarse en: F. B. LANGELAAN OSSET, “Algunas consideraciones...”, cit., pp. 172-173.

³⁸ I. VIVAS TESÓN, “Libertad y protección de la persona vulnerable en los ordenamientos jurídicos europeos: hacia la despatrimonialización de la discapacidad”, *RDUNED. Revista de derecho UNED*, nº 17, 2015, p. 592.

³⁹ Op. cit., p. 572. Apunta que el Derecho Civil tiene una función terapéutica o rehabilitadora de la persona vulnerable, que busca su recuperación e integración jurídica en la sociedad, maximizando el ejercicio de sus derechos.

[...] la simple prohibición de manejo de armas no está permitida actualmente como medida de apoyo, así como que la [...] posibilidad [...] a que en un futuro pudiera producirse una descompensación no justifica, con la actual legislación, el sometimiento a ningún tipo de régimen de apoyo.

28. La cuestión lógica que surge es qué podría ocurrir en un momento de recaída, crisis o descompensación, más aún cuando la propia resolución reconoce que los dos episodios críticos sufridos se ponen en relación con decisiones médicas de cambio de medicación o estrés laboral anormal. Si bien la persona es consciente de su enfermedad, sigue una pauta médica supervisada y cuenta con un entorno familiar cercano, no deja de ser problemática la cuestión de la posible tenencia de armas por parte de una persona diagnosticada con dicho trastorno mental, más aún si tenemos en cuenta los dos episodios críticos mencionados por circunstancias tan comunes en la vida de una persona como puede ser un cambio de medicación o una situación de estrés laboral. Una persona armada en uno de esos episodios puede ser un peligro para sí misma, para su entorno familiar inmediato y para cualquier persona que potencialmente pudiera encontrarse con ella. En concreto, el problema surgiría desde el inicio de uno de esos episodios y hasta que se consigue estabilizar a la persona, lo cual puede llevar varias semanas, si es que se actúa a tiempo.

29. Por otro lado, que actualmente siga sin problemas las pautas médicas y se encuentre acompañado de familiares, no quiere decir que en un futuro pueda dejar de ir a consulta o dejar la medicación, así como alejarse de sus familiares, por cualquier cuestión no necesariamente relacionada con su enfermedad. La cuestión aquí no es otra que la protección preventiva de la vida tanto de la persona afectada por el trastorno mental como la del resto de personas que la rodean y una privación del derecho a la tenencia de armas en este caso ni puede resultar contraria al art. 269 CC ni ser calificada de innecesaria o desproporcionada, por mucho que pudiera chocar con los principios derivados de la Convención. Siendo este un caso muy concreto, podemos afirmar que dicha tenencia no es ni para una persona con trastorno mental ni para cualquier otra un derecho vital o fundamental y, en un caso como este, parece más que razonable la prohibición judicial de su tenencia.

30. Con todo, en caso de querer obtener efectivamente la licencia de armas, el art. 3. m) del Real Decreto 2487/1998, de 20 de noviembre, por el que se regula la acreditación de la aptitud psicofísica necesaria para tener y usar armas y para prestar servicios de seguridad privada (en adelante el Real Decreto)⁴⁰, incluye entre las comprobaciones necesarias para la concesión del permiso de armas la inexistencia de trastornos mentales y de conducta. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el Apartado XIII del Real Decreto establece que determinados trastornos mentales y de conducta pueden obtener el permiso de armas con una evaluación positiva psicológica y/o psiquiátrica, mientras que en otros no se admite dicha obtención en ningún caso. Dentro de aquéllos y, en concreto, de los trastornos del estado del ánimo, ni el trastorno bipolar tipo I ni el tipo II pueden obtener el permiso de armas. Tampoco en el caso de la esquizofrenia y trastornos esquizofreniformes, que serán tratados en el siguiente apartado, se puede obtener la licencia de armas. En conclusión, si bien la Audiencia Provincial no dispone por sentencia la prohibición del manejo de armas, el resultado será la denegación en vía administrativa del permiso, salvo que en un futuro esto también llegue a considerarse desproporcionado, injustificado y discriminatorio y se elimine o modifique el Apartado XIII. La sentencia es recurrible ante el Tribunal Supremo, por lo que tendremos que esperar a la posible resolución del recurso.

C) Esquizofrenia paranoide

31. En la STS núm. 269/2021, de 6 de mayo, se dio un supuesto de esquizofrenia paranoide en el que destaca la transcripción completa de las conclusiones del informe del médico forense, que pueden

⁴⁰ BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 1998. Referencia: BOE-A-1998-27866. El precepto en cuestión dispone que: *Artículo 3. Las pruebas de aptitud psicofísica tendrán por objeto comprobar que no existe enfermedad o deficiencia alguna que pueda suponer incapacidad para tener o usar armas, o para prestar servicios de seguridad privada, asociada con: [...] m) Trastornos mentales y de conducta.*

servir de criterios orientadores en casos similares. En ellas se pone de manifiesto que la persona presenta un trastorno de esquizofrenia paranoide, así como que se trata de un estado crónico y persistente. Con todo, la supervisión y ayuda de terceros no abarca todas las dimensiones de su vida, sino que en seis epígrafes se desgana actividad por actividad qué puede hacer de forma independiente y en qué supuestos necesita ayuda. En resumen, se considera necesaria la ayuda de terceros en relación con la administración de sus bienes, supervisión de la administración de la medicación, asistencia a consultas y seguimiento psiquiátrico. En este caso, la persona parece tener un autogobierno razonable.

32. Otro punto destacado de la resolución es que el único motivo del recurso de casación fue la constitución de la tutela por parte de la Audiencia Provincial a favor del hermano de la persona diagnosticada con el mencionado trastorno. El Alto Tribunal casa la sentencia de apelación y constituye una curatela ejercida por la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos. Por último y dado que el resto de aspectos de la sentencia hay que considerarlos invariables, destacar que, junto al informe médico, las pruebas practicadas en la instancia fueron la audiencia de familiares próximos y reconocimiento personal judicial.

3. Algunos supuestos de primacía de la voluntad del interesado

33. Vistos varios supuestos en los que resultaba necesario alguna medida de apoyo, la siguiente cuestión está en determinar cuándo deben primar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, mediante dos ejemplos recientes de autotutela en la que dichos conceptos fueron respetados íntegramente⁴¹, lo cual representa la finalidad última de la Convención internacional que venimos estudiando.

A) STS núm. 706/2021, de 19 de octubre

34. En el presente caso la interesada había dispuesto por testamento que se nombrase como único tutor a uno de entre tres de sus seis hijos en un determinado orden de prelación excluyente. Además, se excluía expresamente tanto a los otros tres hijos como a cualquier asociación pública o privada⁴².

35. En primera instancia se declara la incapacidad de la persona y se designa como tutor a la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos. La sentencia es recurrida en apelación, siendo el punto discutido tal designación. La Audiencia Provincial revoca la sentencia de instancia y, lejos de atender a la voluntad de la persona, con base en un conflicto entre los dos grupos de hermanos –tres por un lado y tres por otro- establece una tutela mancomunada. Para ello selecciona un hermano del primer grupo y otro hermano del segundo, habiendo sido éste último expresamente excluido por la testadora. La cuestión se revuelve, en primer lugar, en la STS núm. 465/2019, de 17 de septiembre, en la que el Tribunal señala que:

la Audiencia constata [...] un conflicto entre hermanos, [...] constituyendo una tutela mancomunada en contra de los deseos de la otorgante [...]. Se hace referencia al conflicto [...] para prescindir de la voluntad [...] expresada en documento público notarial, y por esta razón, por sí sola no es suficiente, sino trasciende en contra del interés de la tutelada.

⁴¹ Dados los últimos cambios legislativos, por autotutela debemos entender ahora autocuratela y ésta se regirá por la nueva ley. En este sentido, el art. 271 CC dispone que *cualquier persona mayor de edad o menor emancipada, en previsión de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica [...], podrá proponer en escritura pública el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador*. En el anterior régimen jurídico la cuestión venía regulada por el art. 234 CC.

⁴² De acuerdo con la sentencia, la disposición testamentaria era del siguiente tenor: *Si fuera necesario el nombramiento de tutor es deseo de la testadora que se nombre a su hija Enma, en su defecto, Carlos Alberto, en su defecto, Carmen. En ningún caso es deseo que se nombre tutor a cualquiera de los otros tres hijos, ni a ninguna asociación, ni pública ni privada ni a ningún organismo similar.*

36. La causa se devuelve a la Audiencia, que dicta una nueva sentencia en la que sigue los mismos argumentos que en la primera. El Alto Tribunal considera, en consecuencia, la argumentación de la Audiencia como pobre, contradictoria e injustificada, pues *la decisión adoptada no contiene una explicación suficiente y clara de las razones que han llevado a prescindir de la voluntad de la persona [...]*. En este sentido, se recuerda que el antiguo art. 234 del CC – ahora 272 CC- permitía prescindir de la designación realizada por el tutelado siempre que se dieran dos condiciones: 1ª. Concurrencia de circunstancias que lo justifiquen y 2ª. Que las circunstancias sean desarrolladas en la resolución judicial⁴³.

37. La Audiencia aduce como motivo para no respetar la voluntad de la interesada el mencionado conflicto entre hermanos, pero el Tribunal Supremo considera que ello no supone la exteriorización de las razones necesarias que deben darse para no atender la voluntad de la persona. Insiste en que se trata de una argumentación pobre, insuficiente y desligada de las circunstancias del caso. Califica el argumento del conflicto entre hermanos como razonamiento inasumible, así como la invocación de la regla general del control institucional del ejercicio de la tutela mancomunada. Dado que considera la nueva sentencia de la Audiencia como carente de motivación por insistir en los mismos argumentos, el Alto Tribunal asume el conocimiento del caso.

38. Ya en la resolución final, es decir, la STS núm. 706/2021, de 19 de octubre, podemos extraer la regla general de cuándo debe ser respetada la voluntad de la persona. De esta forma, para prescindir de dicha voluntad, deben concurrir circunstancias graves que sean desconocidas por aquélla, o que las circunstancias contempladas al designar a la persona hayan variado, como indica el art. 272 CC. En aplicación de esta regla, el Alto Tribunal considera que en el caso no se dan tales circunstancias y que no proceden sistemas alternativos de curatela como la institucional o la mancomunada. Además, considera que el informe del equipo psicosocial, que es quien opta por la tutela institucional, no aporta elementos concluyentes para no atender a la voluntad de la persona. Por tanto, en aplicación del nuevo régimen jurídico derivado de la Convención, deja sin efecto la declaración de incapacidad, la sustituye por la fijación de medidas judiciales de apoyo y sustituye la tutela por una curatela.

B) STS núm. 734/2021, de 2 de noviembre

39. En este caso también se declara la incapacitación en primera instancia y se constituye una doble tutela separada para los aspectos personales y otra para los patrimoniales. En segunda instancia, se desestima el recurso de apelación y se confirma íntegramente la sentencia.

40. La interesada, mediante instrumento público autorizado por notario, había manifestado que era su voluntad que el cargo de tutora lo ejerciese su hija. Al momento de realizar dicha manifestación, había sido diagnosticada con demencia –si bien poco avanzada- por lo que no se consideró la voluntad alterada. Tampoco quedó acreditado ningún tipo de manipulación externa. Además, la propia interesada reiteró esa misma voluntad en la exploración judicial. En consecuencia, nos encontramos ante la voluntad inequívoca de designar como tutor –ahora entendido como curador- a una hija en concreto, sin que existiera una enfermedad que anulase la capacidad de formar su voluntad o algún tipo de manipulación externa que la alterase.

41. Quizá el elemento definitorio en estos casos sea la superación del juicio notarial de capacidad, que parece erigirse en la piedra angular sobre la que asentar la prevalencia de la voluntad. En efecto, la sentencia indica que no concurren razones que avalen prescindir de la voluntad de la demandada disponiendo que:

⁴³ El actual art. 272 CC prescribe que, si bien la propuesta de nombramiento y las disposiciones voluntarias del interesado vinculan al juez, éste *podrá prescindir total o parcialmente de esas disposiciones voluntarias, de oficio o a instancia de las personas llamadas por ley a ejercer la curatela o del Ministerio Fiscal y, siempre mediante resolución motivada, si existen circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones.*

[...] al superar el juicio de notarial de capacidad, [...] procedió a la designación de tutora [...], así como, posteriormente, se expresó de la misma forma, en la exploración judicial [...], en la que, con claridad y precisión, expuso, de forma coherente, las razones por las que quería que fuera su hija la que desempeñara tal cargo, por su mayor disponibilidad, atención y confianza [...].

4. Hacia una regla general en materia de respeto a la voluntad de la persona

42. De las sentencias comentadas podemos intentar definir una regla general sobre la prevalencia de la voluntad de la persona, si bien admitiendo que estas situaciones deben analizarse caso por caso. De este modo, deberemos atender a la voluntad expresada por la persona, comprobando que no presente alteraciones por factores internos, como una enfermedad mental, que le impidan formar su voluntad, o manipulaciones externas provocadas por su entorno. En este sentido, si bien los informes médico-forenses y de otro tipo pueden constituir un punto de partida, parece que un elemento clave de comprobación lo constituye el juicio notarial de capacidad efectuado en el momento de la designación de curador al otorgar escritura pública, así como su posible reiteración o reafirmación en sede de exploración judicial. En consecuencia, superados estos controles y salvo supuestos de ausencia total de voluntad por existir oposición expresa o de ausencia de capacidad de formular aquella derivada del propio trastorno, debe seguirse en sus términos literales la voluntad expresada por la persona, sin perjuicio de que, como indica el art. 272 CC, el juez *podrá prescindir [...] de esas disposiciones [...] si existen circunstancias graves desconocidas por la persona [...] o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta [...].*

43. Solo en casos de discapacidad extrema o trastorno severo —si se prefiere— se debería sustituir la voluntad. Como hemos visto en uno de esos casos, la persona puede no ser consciente de su discapacidad o trastorno y de ahí venir, precisamente, su oposición. Es su propia situación la que le provoca una alteración de su percepción de tal intensidad que no puede reaccionar de otra manera que con la oposición a cualquier medida de ayuda pues, en definitiva, para la persona afectada no existe ninguna situación merecedora de la misma. Por otro lado, determinados trastornos severos también pueden resultar en la total incapacidad de la persona para poder formar una voluntad por sí misma, haciendo que no pueda manifestar ni su aquiescencia ni tampoco su oposición. En todos estos casos sería deseable suplir la capacidad en beneficio de la persona, pues no hacerlo equivaldría al abandono y a la desprotección total.

5. Internamiento no voluntario de personas mayores de edad con discapacidad

44. Como hemos visto, la reforma operada en nuestra legislación con motivo de la aplicación de la Convención objeto de estudio ha planteado muchos interrogantes no resueltos. Uno de los que nos parecen más importantes es la falta de reforma del denominado *internamiento involuntario*, figura crucial del tratamiento de las personas con discapacidad y cuya regulación ha planteado innumerables problemas en el pasado, tal y como han puesto de manifiesto tanto la doctrina como la jurisprudencia, y que todavía hoy se siguen produciendo, en gran parte por la indicada falta de respuesta por parte del legislador.

45. En aras de un mejor entendimiento, nos parece importante resaltar todos los elementos que configuran esta figura y que pueden ayudar a una mejor comprensión del problema. Uno de los derechos fundamentales comúnmente aceptados, es el derecho a la libertad, que viene reconocido en innumerables instrumentos legislativos de todo orden. En el orden internacional, el art. 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones Unidas reconoce este derecho, al afirmar que: *Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona*, el cual se debe poner en relación con el art. 13 de la propia Declaración, que reconoce el derecho que tiene toda persona a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.

46. En el mismo sentido se manifiestan distintas normas europeas; así, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente⁴⁴, en su art. 5.1 indica que: *Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad*; aún más, y en lo que aquí nos interesa, el propio instrumento reconoce como supuesto de privación de libertad el internamiento, conforme a derecho, *de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo*. Igualmente, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2010⁴⁵, en su art. 6, establece que *Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad*, incluyendo, en el art. 25 una especial referencia a las personas mayores, reconociendo el derecho de las mismas a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural.

47. Toda esta normativa se ve refrendada y recogida en nuestro Derecho interno en el art. 17 de la Constitución Española de 1978 (en adelante CE)⁴⁶, que reconoce el derecho de toda persona a la libertad y a la seguridad.

48. En lo que hace referencia a las personas dependientes o con ciertas discapacidades, la la Convención, reconoce en el art. 18 el derecho de las personas con discapacidad a la libertad de desplazamiento, indicando en el art. 14 que no pueden ser privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad debe realizarse de conformidad con la ley, así como que la existencia de una discapacidad no puede justificar en ningún caso una privación de la libertad.

49. Del mismo modo, y por lo que se refiere a nuestro Derecho interno, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia⁴⁷, reconoce, en su art. 4.2. g), el derecho de las mismas a decidir libremente sobre su ingreso en un centro residencial y al *ejercicio pleno de sus derechos jurisdiccionales en el caso de internamientos involuntarios, garantizándose un proceso contradictorio*, en el art. 4.2.h).

50. Centrándonos en nuestra legislación patria y, específicamente en el tema que nos ocupa, debemos hacer especial mención de toda aquella normativa que, en los últimos años, ha regulado la institución del internamiento, todo ello, sin pretender ser exhaustivos.

51. De todos es sabido que la aprobación de nuestra CE provocó lo que podríamos considerar un verdadero *tsunami* de reformas legislativas, especialmente en el orden civil. Ejemplo de ello es la reforma que en 1983 se realiza del CC en materia de tutela. Fruto de la misma, el nuevo art. 211 establece:

El internamiento de un presunto incapaz requerirá la previa autorización judicial, salvo que, razones de urgencia hiciesen necesaria la inmediata adopción de tal medida, de la que se dará cuenta cuanto antes al Juez, y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas.

El Juez, tras examinar a la persona y oír el dictamen de un facultativo por él designado, concederá o denegará la autorización y pondrá los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal, a los efectos prevenidos en el artículo 203.

Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 269, 4.º, el Juez, de Oficio, recabará información sobre la necesidad de proseguir el internamiento, cuando lo crea pertinente, y, en todo caso, cada seis meses, en forma igual a la prevista en el párrafo anterior, y acordará lo procedente sobre la continuación o no de internamiento.

⁴⁴ Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente (BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979. Referencia: BOE-A-1979-24010).

⁴⁵ DOUE núm. C 83, de 30 de marzo de 2010.

⁴⁶ BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978 Referencia: BOE-A-1978-31229.

⁴⁷ BOE núm. 299, de 15 de diciembre de 2006 Referencia: BOE-A-2006-21990.

52. Son varios los problemas que esta legislación planteó y que han sido señalados por la doctrina: así por ejemplo, NAVARRO-MICHEL señala que, en muchas ocasiones la exigencia de previa autorización judicial era soslayada mediante acuerdos entre los responsables de los Centros y los propios familiares de los ancianos⁴⁸. GUTIÉRREZ BERLINCHES, plantea como problemas fundamentales, entre otros, que:

*no estaba prevista expresamente la intervención preceptiva del Ministerio Fiscal, ni la audiencia a otras personas o familiares; tampoco se disponía nada acerca de la representación y defensa del afectado por la medida; establecía un sistema más rígido de seguimiento y alta del paciente, pues era el juez el que instaba la recepción de los informes periódicos [...]*⁴⁹.

53. Con posterioridad, la aprobación de la nueva LEC supuso una gran alteración de la figura del internamiento. El efecto principal de esta reforma, en lo que aquí nos interesa, es derogar, entre otros, el art. 211 CC, quedando a partir de entonces regulado el internamiento involuntario en el art. 763⁵⁰ de la norma procesal. En su nueva redacción, el artículo en cuestión establece que: *El internamiento por razón de trastorno psíquico de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí [...], requerirá autorización judicial [...]*.

54. Desde este punto de vista, podemos establecer en el art. 763 LEC dos tipos de internamiento involuntario:

- Internamiento ordinario: Exige autorización judicial, que debe ser previa al ingreso del sujeto en el Centro correspondiente.
- Internamiento urgente: aquél que es adoptado sin previa autorización judicial por razones de urgencia, pero que debe ser ratificado por el órgano jurisdiccional competente con posterioridad; en este caso, el responsable del Centro ha de poner en conocimiento del Juzgado competente (recordemos que según la propia norma procesal se trata del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento) esa situación. En concreto y, en todo caso, esa puesta en conocimiento ha de realizarse dentro de las veinticuatro horas siguientes al ingreso. Y todo ello para que el juzgador, en un plazo de setenta y dos horas desde que tenga conocimiento del mismo, lo ratifique o no.

55. Al tratar el internamiento involuntario urgente, surgen cuestiones importantes a las que debemos atender; por un lado, creemos importante resaltar, que, a pesar de las últimas reformas legislativas producidas en el ámbito de la discapacidad, esta materia no se ha visto alterada. En efecto la tan conocida Ley 8/2021, a pesar su importancia y amplitud no ha reformado el art. 763 LEC, por lo que la institución del internamiento involuntario sigue intacta.

56. Además, debemos atender a cuál es la finalidad última de la redacción aún vigente, o lo que es lo mismo, en qué supuestos es realmente aplicable el art. 763. Para NAVARRO-MICHEL⁵¹, *La norma está*

⁴⁸ M. NAVARRO-MICHEL, “El ingreso involuntario en residencia geriátrica y la autorización judicial. Rev. Bioética y Derecho. 2019. [Consultado el 06/06/2023]. Acceso en: http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872019000100016&lng=es&nrm=iso, pp. 231-251.

⁴⁹ A. GUTIÉRREZ BERLINCHES, “Envejecimiento, discapacidad, trastorno psíquico e internamiento no voluntario de personas mayores de edad”, en J. BANACLOCHE PALAO (Dir.), Cizur Menor, Aranzadi, 2020, p. 152.

⁵⁰ Como es de todos conocidos, la redacción de este art. 763 LEC provocó en su momento un intenso debate que coronó en la Sentencia del Tribunal Constitucional 132/2010, de 2 de diciembre, que declaró la inconstitucionalidad de gran parte del párrafo primero de este artículo. En la misma el Alto Tribunal estableció que *la decisión de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, en tanto que constitutiva de una privación de libertad [...] sólo puede regularse mediante ley orgánica*. Como sabemos, esta declaración no supuso la derogación automática de este precepto, sino que el carácter orgánico le vino dado a través del art. 2.3 de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE núm. 175, de 23 de julio de 2015. Referencia: BOE-A-2015-8222).

⁵¹ M. NAVARRO-MICHEL, “El ingreso involuntario...”, cit., p. 235. Del mismo modo GUTIÉRREZ BERLINCHES, para quien *la finalidad originaria del precepto [...] era dar respuesta a situaciones desvinculadas de la incapacitación y sus causas; es decir, se trataba de ofrecer cobertura legal a la restricción de la libertad en casos en que no está en duda la capacidad de obrar del*

concebida para someter a control judicial los internamientos involuntarios de personas que padecen una enfermedad mental y necesitan con urgencia un tratamiento médico, es decir, que se trataría de un internamiento por razón de un trastorno psíquico, que tiene un marcado carácter temporal y cuya finalidad es terapéutica. En un sentido parecido se manifiesta la jurisprudencia; así, la STS núm. 4/2016, de 26 de enero:

la autorización de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico constituye una medida acordada fundamentalmente para la protección de la persona afectada, que necesita recibir tratamiento psiquiátrico en régimen de internamiento para satisfacer su derecho a la salud y para protegerle, a ella y a las personas de su entorno, en un momento en que por los efectos del trastorno psiquiátrico no está en condiciones de decidir.

57. Del mismo modo, el Tribunal Constitucional en distintas resoluciones ha hecho referencia a este tema; así, la STC 141/2012 de 2 de junio estableció que el art. 763 LEC configura, como presupuesto objetivo del internamiento, *la existencia en la persona de un trastorno psíquico, al que viene a sumarse la circunstancia de la urgencia o necesidad inmediata de la intervención médica para su protección*; del mismo modo y como requisito necesario impone la existencia de *un informe médico que acredite el trastorno psíquico justificante del internamiento inmediato*, y ello porque, si bien es cierto que el propio responsable médico de la institución puede tomar la decisión de proceder al internamiento, *es evidente que esto se condiciona al hecho de que consten acreditadas en ese momento y tras su reconocimiento, la necesidad y la proporcionalidad de la medida, de la que ha de informarse al interesado hasta donde le sea comprensible, debiendo quedar plasmado por escrito el juicio médico para su posterior control por la autoridad judicial.*

58. De todas formas, existe una corriente que entiende que la aplicabilidad de este precepto no se circunscribe a los supuestos apuntados, sino que tiene una fuerza expansiva; en este sentido, el AAP de La Coruña núm. 104/2011, de 15 de septiembre, que en un caso relativo al control judicial de un internamiento ya realizado en un centro residencial, estableció, *no consideramos que sea, en estos casos, el dato decisivo o determinante la denominación o tipo de centro en que la persona se encuentra o va a ser ingresada, sino si se halla en un régimen cerrado, carente de su capacidad de deambulación, con sus movimientos limitados en el recinto en donde habita, así que no se cuente con su consentimiento que no esté en condiciones para prestar uno consciente y libre*, indicando con posterioridad, *que en tales supuestos se debe aplicar el régimen del art. 763 de la LEC, único que prevé nuestra legislación para los casos de ingresos de quien no “esté en condiciones de decidirlo por sí”⁵².*

sujeto afectado, aunque exista un trastorno psíquico, como pudiera suceder en casos de anorexia, un brote psicótico, una crisis aguda paranoide, o la presencia de ideaciones suicidas; en los que para proteger la vida del afectado o la de sus familiares y allegados, se precisa de un internamiento que no es consentido por el sujeto y -generalmente- con la finalidad de recibir un tratamiento terapéutico o farmacológico de carácter temporal. En este sentido, vid., GUTIÉRREZ BERLINCHES, “Envejecimiento...”, cit., pp. 153-154.

⁵² Se ratifica esta Audiencia en su argumentación en dos Autos de 2020; en concreto los números 31 y 32, ambos del 17 de marzo. Del mismo modo, la Audiencia Provincial de Toledo (Sección 2ª), en Auto núm. 142/2020 de 25 de septiembre, establece: *Considerando las circunstancias concurrentes en el presente supuesto se concluye la procedencia de que, siendo el internamiento no voluntario una clara limitación de la libertad personal, constitucionalmente consagrada, la exigencia de autorización judicial sea predicable no sólo cuando exista padecimiento o trastorno psíquico, sino también cuando se trata de una persona que, por sus limitaciones intelecto-volitivas, no puede prestar su consentimiento, sin que sea preciso que el ingreso tenga una finalidad terapéutica, curativa o de tratamiento temporal de la enfermedad, sino asistencial e indefinida en un centro de tal naturaleza, como acontece con las residencias de ancianos o de personas que, por sus discapacidades o limitaciones, necesitan la permanente y continuada atención de terceras personas para cubrir sus necesidades elementales, que no pueden ser satisfechas por sus parientes más próximos fuera del entorno residencial. Añadiendo más adelante que: El trastorno psíquico a que se refiere el art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no se limita a la enfermedad mental, sino que se extiende también a aquellas deficiencias o patologías que padecen numerosas personas, como la demencia vascular, el mal de Alzheimer, la enfermedad de Parkinson y otras alteraciones caracterizadas por el deterioro de la memoria, la reducción del control emocional o de la motivación, y la disminución de la capacidad cognoscitiva. No hay razón objetiva para no hacer extensivas a las enfermedades psíquicas de carácter crónico o degenerativo las garantías del mentado art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

59. Frente a esta opinión, encontramos resoluciones de otras Audiencias Provinciales que niegan esta posibilidad; importante nos parece el AAP de Orense núm. 54/2022, de 11 de marzo. En el mismo, y tras citar resoluciones del Constitucional y del Supremo, entiende, en el Fundamento de Derecho Tercero:

Tras la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, los argumentos en contra de la utilización, al menos de forma generalizada, del procedimiento del art. 763 de la LEC para autorizar el internamiento en centros asistenciales de personas de edad avanzada con deterioro cognitivo son, si cabe, más contundentes al suprimirse cualquier declaración judicial de modificación de capacidad. Tras la reforma no se precisa ningún previo pronunciamiento sobre la capacidad de la persona, solo la provisión de las medidas de apoyo que la persona con discapacidad precise para el ejercicio de su capacidad jurídica.

60. Argumenta seguidamente que no sólo la aplicación del principio de intervención mínima que inspira la propia ley, sino también el carácter netamente subsidiario que reconoce a las medidas de apoyo que se puedan adoptar, impiden apostar por la vía del art. 763.

61. En este punto creemos necesario analizar cuáles son las vías que se abren para poder solicitar el ingreso en situaciones en las que parece que no cabe acudir a la vía del art. 763 LEC. El propio Auto anuncia algunas de ellas; en los casos en los que exista un guardador de hecho, la propia Ley 8/2021 remite al procedimiento de jurisdicción voluntaria para que el propio guardador pueda solicitar el ingreso en una residencia geriátrica de tipo asistencial. En este sentido el art. 264 CC establece que *Cuando, excepcionalmente, se requiera la actuación representativa del guardador de hecho, este habrá de obtener la autorización para realizarla a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria, en el que se oirá a la persona con discapacidad;* añadiendo el párrafo segundo que: *En todo caso, quien ejerza la guarda de hecho deberá recabar autorización judicial conforme a lo indicado en el párrafo anterior para prestar consentimiento en los actos enumerados en el artículo 287, entre los que debemos entender incluido el internamiento en centro geriátrico.*

62. Para el supuesto en que la persona carezca de guardador de hecho, habrá que nombrar un curador, tal y como se establece en el CC. Teniendo en cuenta además que la vía a utilizar será la establecida en el art. 42 bis b) LJV⁵³.

⁵³ Artículo 42 bis b) Procedimiento. 1. A la solicitud se acompañarán los documentos que acrediten la necesidad de la adopción de medidas de apoyo, así como un dictamen pericial de los profesionales especializados de los ámbitos social y sanitario, que aconsejen las medidas de apoyo que resulten idóneas en cada caso. Asimismo, se propondrán aquellas pruebas que se considere necesario practicar en la comparecencia. 2. Admitida a trámite la solicitud por el letrado de la Administración de Justicia, este convocará a la comparecencia al Ministerio Fiscal, a la persona con discapacidad y, en su caso, a su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable y a sus descendientes, ascendientes o hermanos. Los interesados podrán proponer en el plazo de cinco días desde la recepción de la citación aquellas diligencias de prueba que consideren necesario practicar en la comparecencia. También se recabará certificación del Registro Civil y, en su caso, de otros Registros públicos que se consideren pertinentes, sobre las medidas de apoyo inscritas. La autoridad judicial antes de la comparecencia podrá recabar informe de la entidad pública que, en el respectivo territorio, tenga encomendada la función de promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad, o de una entidad del tercer sector de acción social debidamente habilitada como colaboradora de la Administración de Justicia. La entidad informará sobre las eventuales alternativas de apoyo y sobre las posibilidades de prestarlo sin requerir la adopción de medida alguna por la autoridad judicial. Asimismo, la autoridad judicial podrá ordenar antes de la comparecencia un dictamen pericial, cuando así lo considere necesario atendiendo a las circunstancias del caso. 3. En la comparecencia se procederá a celebrar una entrevista entre la autoridad judicial y la persona con discapacidad, a quien, a la vista de su situación, podrá informar acerca de las alternativas existentes para obtener el apoyo que precisa, bien sea mediante su entorno social o comunitario, o bien a través del otorgamiento de medidas de apoyo de naturaleza voluntaria. Asimismo, se practicarán aquellas pruebas que hubieren sido propuestas y resulten admitidas y, en todo caso, se oirá a las personas que hayan comparecido y manifiesten su voluntad de ser oídas.

4. Si, tras la información ofrecida por la autoridad judicial, la persona con discapacidad opta por una medida alternativa de apoyo, se pondrá fin al expediente. 5. La oposición de la persona con discapacidad a cualquier tipo de apoyo, la oposición del Ministerio Fiscal o la oposición de cualquiera de los interesados en la adopción de las medidas de apoyo solicitadas pondrá fin al expediente, sin perjuicio de que la autoridad judicial pueda adoptar provisionalmente las medidas de apoyo de aquella o de su patrimonio que considere convenientes. Dichas medidas podrán mantenerse por un plazo máximo de treinta

63. Existe otro supuesto que indica el propio Auto y que nos parece interesante destacar; se trataría del caso en que la persona con discapacidad se encuentre desasistida; para este supuesto propone la utilización, como medida cautelar, del art. 762 LEC que sí ha sido reformado por la Ley 8/2021. Según éste:

1. Cuando el Tribunal competente tenga conocimiento de la existencia de una persona en una situación de discapacidad que requiera medidas de apoyo, adoptará de oficio las que estime necesarias para la adecuada protección de aquella o de su patrimonio y pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que inicie, si lo estima procedente, un expediente de jurisdicción voluntaria.

2. El Ministerio Fiscal podrá también, en las mismas circunstancias, solicitar del Tribunal la inmediata adopción de las medidas a que se refiere el apartado anterior.

Tales medidas podrán adoptarse, de oficio o a instancia de parte, en cualquier estado del procedimiento.

3. Siempre que la urgencia de la situación no lo impida, las medidas a que se refieren los apartados anteriores se acordarán previa audiencia de las personas con discapacidad. Para ello será de aplicación lo dispuesto en los artículos 734, 735 y 736 de esta Ley.

64. Punto importante que debemos considerar, y que ha sido largamente discutido, es el de la posible *convalidación* del internamiento realizado sin cumplir las exigencias establecidas en el art. 763 LEC. En efecto, son muchas las resoluciones en las que los distintos tribunales han decidido sobre internamientos que, no son voluntarios, puesto que la persona ingresada, o bien no dio su consentimiento, o bien no podía darlo por carecer de capacidad suficiente, pero tampoco se han respetado los requisitos del supuesto de la involuntariedad, al no exigir ni la declaración judicial previa ni la comunicación posterior en tiempo y forma⁵⁴.

65. Respecto a este supuesto, nos parece primordial analizar la jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional, y que se concentra en varias sentencias de 2016. Así, la STC núm. 34/2016, de 29 de febrero, estableció:

En relación al internamiento involuntario urgente por trastorno psíquico, señalamos en la misma STC 141/2012, FJ 4, que «en este supuesto el legislador permite excepcionalmente y por “razones de urgencia que hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida”, que el responsable de un centro médico pueda ordenar el internamiento de una persona por razón de trastorno psíquico, con la obligación de comunicarlo al órgano judicial competente, a la sazón el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que radique el centro, para que provea a la ratificación o no de la medida, previa realización de las diligencias determinantes a este fin». Que, por tanto, «[s]e configura como presupuesto objetivo de la medida la existencia en la persona de un trastorno psíquico, al que viene a sumarse la circunstancia de la “urgencia” o necesidad inmediata de la intervención médica para su protección. El significado de lo que ha de entenderse por trastorno psíquico, transitorio o permanente, en línea con lo dispuesto en instrumentos internacionales, remite a los conocimientos propios de la ciencia médica; sin que en ningún caso puedan considerarse como expresión de trastorno o enfermedad mental la discrepancia del afectado con los valores sociales, culturales, políticos o religiosos imperantes en la comunidad.

66. Continúa el Alto Tribunal aclarando que el plazo de veinticuatro horas del que dispone el encargado del Centro es improrrogable, como así mismo lo es el de las setenta y dos horas que se conceden al órgano judicial para ratificarlo o no; añadiendo que:

Vencido el plazo no desaparece la facultad del Juez para ordenar el internamiento, pero si este se adopta deberá serlo estando el afectado en libertad, sin perjuicio de que tras esa ratificación deba ejecu-

días, siempre que con anterioridad no se haya presentado la correspondiente demanda de adopción de medidas de apoyo en juicio contencioso. No se considerará oposición a los efectos señalados en el párrafo anterior la relativa únicamente a la designación como curador de una persona concreta.

⁵⁴ Recordemos que, para este último supuesto, el art. 763 LEC requiere una comunicación al juez en las veinticuatro horas siguientes al internamiento y que éste debe ratificarlo, si fuera menester, dentro de las setenta y dos horas desde que se recibió la comunicación.

tarse la orden judicial con todos sus efectos. Otra interpretación llevaría a vaciar de contenido el límite previsto, confundiría lo que es una dilación procesal indebida con la lesión injustificada del derecho a la libertad e introduciría un abanico indefinido de flexibilidad, a todas luces peligroso e inconveniente. Como consecuencia, la superación del plazo de las setenta y dos horas conllevará la vulneración del derecho fundamental del art. 17.1 CE.

67. En el caso de personas con una enfermedad prolongada en el tiempo y que no tiene visos de curación, no se trataría realmente de un internamiento urgente, por lo que la vía que propone es la declaración de su discapacidad:

e imponiendo un tutor o curador para que complete su capacidad, con los consiguientes controles del órgano judicial en cuanto a los actos realizados por uno u otro, el internamiento podrá acordarse como medida cautelar (art. 762.1 LEC), o como medida ejecutiva en la sentencia (art. 760.1 LEC), en un proceso declarativo instado por los trámites del art. 756 y ss. LEC.

68. En conclusión y como establece el Alto Tribunal:

no resulta posible hablar de la «regularización» de un internamiento involuntario que se prolonga durante días, semanas o meses sin autorización del Juez, sea en un hospital, centro sociosanitario o en su caso residencia geriátrica (esta última, como hemos señalado en la STC 13/2016, de 1 de febrero, FJ 3, puede ser el «centro» al que se refiere el art. 763.1 LEC, siempre que disponga de médico psiquiatra que efectúe la valoración del estado de la persona que ingresa y motive la necesidad de su internamiento; así como los medios materiales y humanos para su tratamiento terapéutico, además de cumplir con los requisitos legales y administrativos para desarrollar su actividad). No cabe «regularizar» lo que no es mera subsanación de formalidades administrativas, sino directa vulneración de un derecho fundamental (art. 17.1 CE).

69. En otra Sentencia⁵⁵, el propio Tribunal establece que, en los casos de personas que carecen de capacidad para consentir y que ya están ingresadas sin que se haya producido la preceptiva autorización judicial, tal y como establece el artículo 762 LEC, es necesario solicitar el inicio de oficio del procedimiento para la incapacitación y, en aras a una mejor protección del presunto incapaz, debe acordarse por el juzgado el ingreso ya realizado, por el tiempo en el que se tramite el referido procedimiento de incapacitación.

III. Conclusiones

70. La Convención internacional objeto de estudio, así como la jurisprudencia recaída bajo sus principios, dibujan un nuevo panorama en la protección de personas con discapacidad a través de un auténtico tratado o norma de Derecho uniforme que es de carácter obligatorio. Sin embargo, aun teniendo tal carácter, se trata de una convención redactada en términos muy amplios y generales que ofrece una serie de guías y principios orientadores más que una regulación completa o casi completa sobre la materia, como sí se da en otros tratados o normas tanto de Derecho Internacional Privado (p. ej. el popularmente conocido como Reglamento Bruselas I bis) como de Derecho Internacional Público (p. ej. la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar).

71. En este sentido, la Convención recuerda a una Directiva de la UE, que simplemente fija una obligación de resultado y unos mínimos, pero que necesita de transposición en cada Estado, lo cual puede conducir a eventuales normativas dispares, más que a un auténtico tratado internacional obligatorio para los Estados Partes y sin que éstos puedan regular la materia comprendida por aquél o bien regulando cuestiones muy residuales y más bien propias de la esfera del Derecho nacional de producción interna. Lo anterior vendría demostrado por el hecho de que la legislación interna española se está adaptando

⁵⁵ STC núm. 132/2016, de 18 de julio de 2016.

a la Convención cuando, de tratarse de un auténtico tratado o convención internacional, lo que sería necesario hacer es derogar o inaplicar cualquier norma interna que entre en contradicción con aquél.

72. Por otro lado, no consideramos pertinente la ratificación de la Convención, pues ya existían normas relativas a los derechos de las personas con discapacidad. Partimos del art. 14 CE y de la legislación previa a la Ley 8/2021 que hemos comentado en el trabajo. Si se quería dotar de mayor o mejor protección a las personas con discapacidad, lo acertado hubiese sido realizar una revisión de las normas que les afectasen para actualizarlas y adecuarlas a sus necesidades, no ratificar una convención de contenido más bien genérico y orientativo necesitado de adaptación y desarrollo por el Derecho interno. La Convención ni es tan novedosa como parece, pues no contempla derechos distintos de los ya previstos por los sistemas jurídicos modernos, ni viene a salvar a los Derechos nacionales por carecer de protección específica para las personas con discapacidad.

73. La siguiente cuestión es la profunda reforma en materia de capacidad que se ha llevado a cabo a raíz de la ratificación de la Convención. En este sentido, la tutela ha quedado reservada a los menores y se ha establecido un sistema de apoyos a las personas con discapacidad. Sin embargo, esta regulación podría plantear problemas en supuestos de discapacidad extrema, como hemos visto, y no queda claro si se solucionarían mediante una curatela con funciones representativas que, en cualquier caso, deberá intentar recabar la aquiescencia de la persona. Por tanto, no nos encontramos ante una curatela asimilable a la tutela. Más bien ante una curatela en la que, no pudiendo obtener el consentimiento de la persona, se pueden ejercer subsidiariamente facultades representativas, con los requisitos apuntados en el trabajo. Dicha curatela con funciones representativas no termina de satisfacer el grado de protección que se podría alcanzar con una tutela como la prevista por la legislación anterior a la reforma de 2021. Además, una curatela que en la práctica funcionase como una auténtica tutela vendría a vulnerar los principios de la Convención que hemos mencionado.

74. Por otro lado, existen supuestos en los que se debe respetar la voluntad de la persona cuando, en documento público otorgado ante notario, el otorgante ha designado como tutor a una determinada persona. Nos referimos a la autocuratela, que vinculará a la autoridad judicial, salvo que existan circunstancias graves desconocidas por el otorgante o alteraciones en las circunstancias manifestadas o que tuvo en cuenta en sus disposiciones. Debemos comprobar que no presente alteraciones por factores internos –como su propia discapacidad– que le imposibilite formar una voluntad, o manipulaciones externas de la misma. Por tanto, salvo en estos casos, no será admisible otra forma de autocuratela que la consignada por el otorgante en escritura pública, constituyendo el juicio notarial de capacidad y los informes médico-forenses, de servicios sociales y de otro tipo, como elementos relevantes de comprobación de la existencia y validez de dicha voluntad.

75. De todo lo visto hasta en relación con el internamiento no voluntario ahora podemos entresacar algunas conclusiones que nos sirvan como colofón a esta parte del trabajo.

76. Es indudable que la ausencia de reforma del art. 763 LEC en consonancia con la realizada en otros artículos de la propia Ley procesal y de las demás normas sustantivas, ha dejado abierto un problema que debería haberse cerrado oportunamente. El contenido de este precepto no satisface plenamente los distintos intereses concurrentes. Recordemos que su aplicabilidad se circunscribe a los supuestos en los que existe un trastorno psíquico diagnosticado; que se produzca una situación urgente que requiera el internamiento (lo que podríamos considerar un *brote* de la enfermedad); que esa urgencia lleve a no solicitar el pertinente permiso judicial previo; que se notifique en un plazo máximo de veinticuatro horas al juzgado correspondiente; que éste ratifique o deniegue el mismo en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que tenga conocimiento del internamiento; que en este último plazo debe oír a la persona afectada, al Ministerio Fiscal, a cualquier otra persona que estime conveniente y al propio afectado, además de al facultativo que designe el propio afectado. En definitiva, nos encontramos con un procedimiento en el que los plazos establecidos constriñen en el tiempo la posible actuación del juzgador.

77. Además, se plantea el problema de los internamientos de personas mayores en centros geriátricos. Se trata de un tema controvertido tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, tal y como hemos podido ver con anterioridad. Son muchas las resoluciones de las Audiencias Provinciales que se muestran reacias a solicitar la autorización judicial para este tipo de ingreso, aunque chocan frontalmente con la interpretación que en este sentido ha realizado el Tribunal Constitucional en las sentencias que hemos tenido la oportunidad de analizar. Sería conveniente que se regulara y se aclarara cuál es la vía para poder solicitar el internamiento en centros geriátricos de personas con discapacidad que no se encuentren con medidas de apoyo.

78. Por otro lado, nos encontramos con el problema de la posible *convalidación* o *ratificación* de un internamiento que ya se ha producido y sobre el que no ha existido ninguna decisión judicial. Existen opiniones divergentes sobre la posible solución: desde quienes abogan por tal convalidación siguiendo la vía del art. 763 LEC, hasta los que como el Tribunal Constitucional entienden que sería necesario pedir la medida cautelar de internamiento vinculada a un proceso de modificación de capacidad, pero con la persona en libertad.

79. En definitiva, abogamos por una reforma en profundidad de esta institución que aclare todos los problemas que hemos planteado.

Estudio de Derecho español, inglés y comunitario sobre la extensión al tercero perjudicado del convenio arbitral y de ley aplicable del seguro marítimo de responsabilidad civil

Analysis on the Spanish, English and European law on the extension to the injured third party of the arbitration agreement and the applicable law of maritime civil liability insurance

ELISEO SIERRA NOGUERO

*Profesor Agregado de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Barcelona*

ORCID ID: 0000-0002-6023-690X

Recibido: 03.04.2023 / Aceptado: 15.05.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.8085

Resumen: Se analizan los principales casos judiciales británicos, españoles y comunitarios que han debido resolver si las habituales cláusulas de ley aplicable y convenio arbitral de los seguros de protección e indemnización son o no oponibles al tercero perjudicado por las acciones del armador asegurado. En Derecho británico, se considera oponible, al igual que en Derecho español desde la sentencia “Seabank” de 2003. No obstante, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso “Prestige” de 2022 considera que el convenio arbitral no puede ser oponible al tercero perjudicado que ejerce la acción directa contra el asegurador de responsabilidades civiles marítimas.

Palabras clave: Seguro marítimo, Club P&I, Acción directa, Ley aplicable, Convenio arbitral

Abstract: The content is the analysis of the main British, Spanish and European court cases that have had to resolve whether the usual clauses of applicable law and arbitration agreement of whether protection and indemnity insurance are enforceable or not against the injured third party by the actions of the insured shipowner. In British Law, it is considered opposable, as in Spanish Law since the “Seabank” judgment of 2003. However, the Court of Justice of the European Union in the “Prestige” case of 2022 considers that the arbitration agreement cannot be opposable to the injured third party who exercises direct action against the maritime civil liability insurer.

Keywords: Maritime insurance, P&I Club, Direct Action, Applicable law, Arbitral Agreement

Sumario: I. Introducción. II. Derecho español. 1. Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2003 (“Seabank”). 2. Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2009. 3. Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 2016 (“Prestige”). III. Derecho inglés. 1. Through Transport Mutual Insurance Association (Eurasia) Ltd v New India Insurance Co. 2. West Tankers Inc and Allianz SpA and Generali Assicurazioni Generali SpA. 3. The London Steam-Ship Owners’ Mutual Insurance Association Ltd and The Kingdom of Spain and The French State (“the Prestige”). IV. Derecho comunitario. 1. Sentencia Assens Havn v. Navigators Management (UK) Limited. 2. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 20 de junio de 2022. London Steam-Ship Owners’ Mutual Insurance Association Limited v. Kingdom of Spain. V. Conclusiones.

I. Introducción

1. El seguro P&I¹ nace como complementario del seguro de cascos y se generaliza en la actualidad al conjunto de riesgos que puede asumir el propietario del buque, el armador no propietario o el fletador en el curso de explotación de sus buques. Las coberturas ofrecidas se detallan en las reglas del club P&I a las cuales el armador (*shipowner*) se adhiere al contratar. Incluye responsabilidad civil por daños en mercancías y pasajeros a bordo, abordaje en la parte no cubierta en el seguro de cascos, desembolsos relativos a la tripulación, contaminación marítima por hidrocarburos, etc. Las reglas de seguro son de un gran detalle y extensión y se revisan en cada anualidad de seguro. Se aplican a todos los armadores cuyos buques están inscritos en ese período anual de seguro. Las coberturas de fletador (*charterer*) se rigen por unas reglas de seguro diferentes y con menores coberturas, atendiendo también a los riesgos más limitados vinculados a esta condición contractual como fletador.

2. En la actualidad, el seguro P&I con mayor capacidad financiera, amplitud de riesgos y solvencia de la aseguradora, es el ofrecido por alguno de los trece clubs P&I que integran asociación llamada Grupo Internacional de Clubs P&I (*International Group of P&I Clubs*, IGPANDI)². De los trece, ocho clubs P&I tienen su base de operaciones en el Reino Unido, dos son noruegos, uno norteamericano, uno japonés y otro sueco.

3. Cada club P&I del IGPANDI es una mutua de seguros de armadores de buques y fletadores independiente, pero tienen prácticas comunes en las condiciones de riesgos cubiertos y excluidos. Las Autoridades de Competencia europea analizaron al IGPANDI³ y su adecuación con el Derecho comunitario de defensa de la competencia europeo. Tras varias exenciones, la consideraron compatible con el Derecho comunitario. A través del IGPANDI, los clubs P&I miembros también actúan conjuntamente en ciertos aspectos, como la solidaridad entre ellos ante ciertas reclamaciones económicas de importancia, en la contratación de reaseguros de forma colectiva y en la función representativa en organismos privados y públicos, que se atribuye al IGPANDI en defensa de sus intereses. Es el caso de la Organización Marítima Internacional (OMI), en el que el IGPANDI es un Organización no Gubernamental de carácter consultivo⁴.

4. Hay un mercado alternativo al de estos clubs P&I, pero sus aseguradores no tienen tanta capacidad de cobertura y solvencia. En realidad, los buques dedicados al transporte internacional están mayoritariamente inscritos en alguno de los trece clubs del IGPANDI.

5. El objeto de la presente investigación son las cláusulas de ley aplicable y de sumisión a arbitraje, siempre incluidas en las reglas del seguro P&I de los clubs P&I del IGPANDI.

¹ La bibliografía española sobre clubs P&I cuenta con las monografías de M. C. HILL, *Los clubs de protección e indemnización en el campo del seguro marítimo*, Bosch, Barcelona, 1992, y M. C. CLAVERO, *Clubs de P&I*, Instituto Europeo de Estudios Marítimos, Madrid, 1993, con algunos artículos sobre temas específicos, como la acción directa, y el tratamiento en los manuales de derecho marítimo. En la bibliografía extranjera, la obra de referencia es S. J. HAZELWOOD y D. SEMARK, *Clubs P&I. Law and Practice*, 4ª ed., Lloyd List, Londres, 2010. Entre la doctrina española, sin ánimo exhaustivo, puede consultarse J. L. GABALDÓN, *Curso de derecho marítimo internacional. Derecho marítimo internacional público y privado y contratos marítimos internacionales*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2012, págs. 869-879; J. L. GARCÍA-PITA, *Riesgos e intereses del naviero y cobertura asegurativa. Del Código de Comercio, a la reforma del Derecho de la navegación marítima*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, págs. 249-266; J. L. RODRÍGUEZ CARRIÓN, *Derecho de la navegación. Los seguros marítimos y aéreos*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003, págs. 463-500; I. ARROYO MARTÍNEZ, *Curso de Derecho Marítimo*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 2015, págs. 843-851; I. ARROYO MARTÍNEZ, *Compendio de Derecho Marítimo*, 7ª ed., Tecnos, Madrid, pág. 392; J. L. PULIDO BEGINES, *Curso de Derecho de la navegación marítima*, Tecnos, Madrid, 2015, págs. 498-500, y; C. SALINAS ADELANTADO, *Manual de Derecho Marítimo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 789-809. También nuestra obra E. SIERRA NOGUERO, *El seguro de responsabilidad civil derivada de la navegación de buque*, Fundación Mapfre, Madrid, 2016, págs. 41-86.

² Véase <https://www.igpandi.org/>, consultada el 15 de febrero de 2023.

³ Véase E. SIERRA NOGUERO, "El grupo internacional de clubes de protección e indemnización", en M. V. PETIT LAVALL y F. MARTÍNEZ SANZ (dirs.) y PUETZ, A. (coord.), *La nueva ordenación del mercado de transporte*, Marcial Pons, Barcelona-Madrid, 2013, págs. 789-807.

⁴ Véase la web de la OMI, en <https://bit.ly/3HWkGnr>, consultada el 15 de febrero de 2023.

Por ejemplo, la regla 43 de las Reglas de seguro P&I 2022-2023 del club P&I The London Steam-Ship Owners' MUTUAL Insurance Association Limited, que opera con el nombre comercial de The London P&I Club, dispone lo siguiente (la traducción del inglés es nuestra):

“Estas Reglas y cualquier contrato de seguro celebrado por la asociación (sic el club asegurador⁵) se regirán y serán interpretadas de acuerdo con la ley inglesa”.

“Si surgiera alguna diferencia o disputa entre el asegurado (o cualquier otra persona) y la asociación por o en conexión con estas Reglas, o por cualquier contrato entre el asegurado y la asociación, o en cuanto a los derechos u obligaciones de la asociación o el asegurado en virtud del mismo, o en relación con el mismo, o con respecto a cualquier otro asunto, tal diferencia o disputa se remitirá a arbitraje en Londres de conformidad con la Ley de Arbitraje de 1996 y cualquier modificación legal o nueva promulgación de la misma salvo en la medida necesaria para dar efecto a las disposiciones de esta Regla. El arbitraje se llevará a cabo de conformidad con el Londres Asociación de Árbitros Marítimos (LMAA)”.

6. Se trata precisamente del club P&I que aseguraba la responsabilidad civil del buque “Prestige”, cuando su hundimiento provocó una catastrófica contaminación por hidrocarburos delante de la costa de Galicia en 2002, que también se analiza aquí. La cláusula del seguro P&I del club P&I The London tenía entonces un redactado ligeramente distinto, pero la misma finalidad: sumisión a arbitraje y elección del Derecho inglés para solventar los litigios entre el asegurado y el club P&I como asegurador.

7. El objeto del presente artículo es el análisis de la jurisprudencia española, inglesa y comunitaria que interpretan sus respectivos ordenamientos jurídicos para abordar una cuestión delicada y litigiosa: la extensión subjetiva del convenio arbitral del seguro P&I al tercero que ejerce la acción directa contra el club P&I para reclamarle la indemnización económica por responsabilidad civil del armador o fletador asegurado.

II. Derecho español

8. En Derecho español, el Tribunal Supremo interpreta que la acción directa “*implica un derecho propio -sustantivo y procesal- del perjudicado frente al asegurador, con el propósito, de una parte, de un resarcimiento más rápido*”⁶. Añade que “*es una acción autónoma e independiente de la acción que el tercero perjudicado tiene contra el asegurado y se configura como un derecho de origen legal que tiene como finalidad la satisfacción del daño producido al tercero perjudicado*”⁷.

9. Es necesario que una ley cree la obligación legal de indemnizar a cargo del asegurador y frente a un tercero a contrato. El contrato de seguro P&I no vincula *a priori* al tercero. Es una consecuencia, del principio de la relatividad de los contratos. Su validez y eficacia es *inter partes*. Es la regla general, según la cual todo contrato es un asunto hecho entre otros (*res inter alios acta*) y no puede desplegar ningún efecto en la esfera jurídica de los terceros: ni en su beneficio, ni en su perjuicio (*nec prodest nec nocet*)⁸.

⁵ Hay todavía reminiscencias de su pasado en el redactado de sus reglas, donde la aseguradora se califica como *association* frente al asegurado-mutualista. En los iniciales tiempos de constitución de los *Hull Clubs*, creados para evitar las primas excesivas de los seguros ordinarios y la insuficiencia de cobertura en que por efecto de la prohibición de seguro privado y el monopolio a favor de la *Royal Exchange Association* y la *London Assurance Corporation*, en virtud de la *Bubble Act* de 1720, se prohibía el ejercicio social de la actividad aseguradora. En aquel entonces, estas circunstancias imponían que los miembros se asegurasen unos a otros a través de un seguro mutuo e integrados en una *association*, para distinguirlas de las *proprietary companies*. Actualmente, esta situación ha cambiado y los Clubs adoptan generalmente la forma de sociedades de responsabilidad limitada por garantía y sin capital dividido en acciones. Al respecto, véase M. C. HILL: *Los Clubs...*, *op. cit.*, pág. 88.

⁶ SSTS 5 junio 2019 (*cit.*) y 4 marzo 2015 (*La Ley* 14135/2015)

⁷ SSTS 5 junio 2019 (*cit.*) y STS 10 septiembre 2018 (*La Ley* 109952/2018).

⁸ L. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial I Introducción. Teoría del contrato*, Civitas, Madrid, 1996, pág. 424.

10. Sin embargo, para proteger la compensación del tercero perjudicado, diversas normas legales crean el derecho de acción directa contra el asegurador de responsabilidad civil y que pueden ser aplicables también frente al club P&I: art. 465 LNM, art. 76 LCS, art. 117 CP, art. VII.6 Convenio CRC 1992, art. 7.10 Bunkers Convention y art. 4 *bis* 10 Convenio de Atenas 2002. Estas imponen al asegurador marítimo la obligación de indemnizar directamente al tercero perjudicado por la actuación del asegurado dentro de los riesgos cubiertos por el seguro. Obsérvese que es la propia ley la que, por un lado, crea la obligación del asegurador para con un tercero al contrato. Y, por otro lado, la norma otorga el derecho del tercero a reclamar la indemnización directamente al asegurador. Este derecho, en caso de vulneración, puede ejercerse a través de la denominada “acción directa”. La cuestión es, en este caso, si el asegurador puede oponer al tercero el convenio arbitral que ha estipulado su asegurado para resolver litigios internos entre ellos.

Analizamos a continuación los precedentes judiciales emitidos por el Tribunal Supremo sobre esta cuestión.

1. Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2003 (“Seabank”)

11. El buque hondureño “Seabank” transportaba una partida de atún congelado, procedente de varios pesqueros españoles, desde el puerto de Victoria (Seychelles) hasta Puebla de Caramiñal en A Coruña. Este buque no pudo culminar el transporte, pues quedó retenido con su cargamento en un puerto de Yemen en el momento de la invasión de Kuwait por Irak. Los fletadores tuvieron que contratar a su costa el buque sustituto “Praslin Reefer”, que finalmente transportó el cargamento hasta su destino en España. Sus compañías aseguradoras se subrogaron mediante la oportuna indemnización en sus derechos y presentaron demanda de reclamación de cantidad contra los armadores del buque, su propietario, otras sociedades relacionadas y el club P&I.

12. En primera instancia, el Juzgado de Ribeira condenó a las codemandadas, todas en situación de rebeldía procesal, mediante sentencia que fue confirmada por la Audiencia Provincial de A Coruña. El club P&I fue el único comparecido en autos, en la segunda instancia, que recurrió en casación. El Tribunal Supremo resolvió mediante sentencia de 3 de julio de 2003⁹, sobre dos aspectos básicos: la cláusula de ley aplicable del seguro P&I y la cláusula de sumisión a arbitraje

13. En primer lugar, sobre la cláusula de ley aplicable, el Tribunal Supremo afirma que “*el seguro marítimo pertenece al grupo de seguros por grandes riesgos y en éstos las partes pueden libremente elegir la ley aplicable (...) siendo válida la sumisión a una legislación determinada, que suele ser la inglesa (...)*”.

14. Asimismo, rechaza expresamente que sea aplicable la legislación española a la acción directa entablada contra el club P&I. Ello por aplicación de las normas de conflicto que no conducen al Derecho español, sino a uno extranjero. Destaca que por aplicación del art. 10.5 Código Civil, “*Se aplicará a las obligaciones contractuales la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate (...)*”¹⁰.

15. En este caso concreto, el Tribunal Supremo añade que, en el contrato de fletamento, hay sumisión a la ley inglesa. También consta en las reglas del seguro que afecta a la parte aseguradora, el Derecho de las Islas Turcos y Caicos, con esencial semejanza al inglés.

⁹ STS 3 de julio de 2003 (*La Ley* 2609/2003).

¹⁰ Esta interpretación es común en la jurisprudencia menor que había conocido de una acción directa frente a un Club P&I antes de la STS 3 de julio de 2003. Así, varias Audiencias Provinciales atribuyeron una naturaleza contractual a la acción directa frente al club P&I, aplicando así la norma de conflicto sobre obligaciones contractuales. Así, *vid.* SSAP Málaga 8 de julio de 2003 (*JUR* 225920), Madrid 5 de marzo de 2002 (*JUR* 40891) y Castellón 12 de enero de 2000 (*A.C.* 31). Tras la STS 3 de julio de 2003, la jurisprudencia se refiere a esta STS para resolver las acciones directa planteadas contra clubs P&I.

16. Adicionalmente, el Alto Tribunal recuerda que la sumisión a la ley inglesa y en caso de litigio, la aplicación de ésta con arbitraje en Londres fue reconocida y aceptada por su sentencia de 6 de febrero de 2003¹¹.

17. En conclusión, conforme a la doctrina “Seabank” y jurisprudencia menor posterior¹², el Derecho español es inaplicable en caso de acción directa contra el club P&I.

18. En segundo lugar, sobre el convenio arbitral, el Tribunal Supremo declara la incompetencia de la jurisdicción española para conocer de la reclamación contra el club P&I por entender que debe someterse a arbitraje, según el convenio arbitral que “*además de estar contenida en el contrato de fletamento la cláusula arbitral, lo está en el contrato de seguro marítimo*”.

19. El Tribunal Supremo recuerda sus sentencias previas de 13 de octubre de 1993¹³ y 6 de febrero de 2003¹⁴, donde la cláusula de sumisión expresa consentida por la asegurada se opuso válidamente a la aseguradora que, conforme al art. 780 del Código de Comercio se subroga en su lugar en virtud del pago. Ello porque si el asegurador que se subroga pudiera ejercer los derechos que corresponden a su asegurado, pero no viniese obligado por las cargas y obligaciones que condicionan el ejercicio de su derecho, se produciría la consecuencia injusta de poder invocar la aseguradora subrogada lo beneficioso con inmunidad en cambio frente a lo perjudicial.

20. El Tribunal Supremo, en la sentencia “Seabank” también trae a colación, sus sentencias de 23 de julio de 2001¹⁵ y de 6 de febrero de 2003¹⁶, según las cuales: “*el denominado arbitraje internacional bien puede decirse que ha conocido el éxito debido a su necesidad, en razón a que el comercio internacional exige una seguridad y rapidez en las transacciones, así como la urgente solución de los conflictos mediante simples y a la par eficaces técnicas, eludiendo la complicación y la lentitud de las jurisdicciones estatales*”. En fin, el Alto Tribunal afirma que el art. 11 de la (sic entonces vigente) Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje, impide a los órganos jurisdiccionales conocer de la cuestión sometida a arbitraje.

21. La jurisprudencia menor también aplica la doctrina del caso “Seabank”, para declarar su falta de jurisdicción para conocer de la acción directa contra el club P&I en base al convenio arbitral. Así, los tribunales han negado acción directa a pasajeros que han sufrido daños a bordo¹⁷ o, reiteradamente, a marineros a bordo que sufren un accidente de trabajo¹⁸. También ha sido utilizada para negar acción

¹¹ *Cendoj* 28079110012003102108. Sin embargo, hay que subrayar que, en este caso, no se trataba de una acción directa contra el club P&I y conforme al convenio arbitral en el seguro P&I, sino contra el fletador de un buque y en base a las cláusulas de ley aplicable y sumisión a arbitraje en un contrato de fletamento.

¹² Mencionan expresamente la calificación de los seguros marítimos como seguros de grandes riesgos, entre otras, SAP Islas Baleares, sección 5, 12 de diciembre de 2005 (*La Ley* 291368/2015); SJM Palma de Mallorca, núm. 1, 26 de noviembre de 2018 (*La Ley* 232454/2018); SJM Las Palmas, núm. 1, 17 de febrero de 2011 (*La Ley* 1694/2011); SAP A Coruña, sección 5, 30 de junio de 2014 (*La Ley* 105988/2014); SJM Vigo, núm. 3, 16 de enero de 2018 (*La Ley* 70493/2018); SSTSJ Galicia, Sala de lo Social, 16 de abril de 2021 (*Cendoj* 15030340012021101723), entre muchas otras.

¹³ STS 13 de octubre 1993 (*RAJ* 7514/1993).

¹⁴ STS 6 de febrero de 2003 (*RAJ* 850/2003).

¹⁵ *Cendoj* 28079110012001102301.

¹⁶ *Supra cit.*

¹⁷ SJM Palma de Mallorca, núm. 1, 14 julio 2016 (*La Ley* 113178/2016), de reclamación de daños en un pasajero a bordo contra la naviera y su asegurador P&I, una mutua española. Opuso la aseguradora el carácter de seguro de indemnización efectiva. El Juzgado descarta la existencia de la acción directa en el ámbito marítimo y la configuración del seguro P&I como de indemnización efectiva, de acuerdo con el caso “Seabank”, “no obstante, tales razonamientos cambian” con el art. 465 LNM, “*haciendo posible la acción directa*”

¹⁸ Así, SSTSJ Galicia, Sala de lo Social, 16 de abril de 2021 (*Cendoj* 15030340012021101723), de accidente laboral a bordo; 29 de diciembre de 2020 (*Cendoj* 15030340012020105201), de fallecimiento de marinero; 14 de junio de 2019 (*La Ley* 97174/2019), de accidente de trabajo de cocinero a bordo, desestima la acción directa contra el asegurador P&I por la configuración contractual como seguro de indemnización efectiva, remisión al derecho inglés y sin acción directa, de acuerdo con el caso “Seabank”; 31 enero 2013 (*La Ley* 16805/2013), de accidente de trabajo de marinero, desestima la acción directa por la

directa al asegurador P&I en supuestos de abordajes entre buques¹⁹ o contra el asegurador del remolcador causante del hundimiento de la pontona que remolcaba²⁰.

2. Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2009

22. Mediante sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2009²¹, el Tribunal Supremo abordó un supuesto de fallecimiento de un trabajador por naufragio de un buque de pesca, planteando sus herederos una reclamación contra la empresa armadora y su asegurador P&I, que se mantuvo ajeno al proceso en primera instancia.

23. Tanto el Juzgado como la Audiencia condenaron al asegurador P&I por considerar que “*era la recurrente la que aseguraba la responsabilidad civil de la naviera y la propietaria del buque hundido o de alguna de las dos, la consecuencia jurídica del reconocimiento a favor de los perjudicados (...) de una acción directa contra quien había asumido la de su asegurada y había quedado obligada a pagar la indemnización debida por la misma – art. 73 LCS, de aplicación supletoria al seguro marítimo, conforme al artículo 2 de la misma Ley*”. Esta sentencia del Tribunal Supremo identifica con claridad el seguro P&I como un seguro de responsabilidad civil.

24. A diferencia del caso “Seabank”, el club P&I no opuso la declinatoria de jurisdicción en favor del convenio arbitral. No es una excepción que el tribunal pueda apreciar de oficio. Puede alegarlo quien interese su aplicación mediante declinatoria ante el tribunal que esté conociendo del asunto, según el art. 11.1 Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (LA) y el art. II.3 Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958 (CNY), ratificado por España²².

3. Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 2016 (“Prestige”)

25. En condiciones de aseguramiento P&I con el club P&I The London, miembro del IGPANDI y con domicilio en el Reino Unido, en noviembre de 2002, el buque “Prestige” navegaba desde San Petersburgo hacia Gibraltar, donde seguiría viaje hacia Singapur u otro destino asiático. Llevaba a bordo unas 76.972 toneladas métricas de fueloil. Cerca del Cabo Fisterra (Galicia) sufrió daños y solicitó

configuración como seguro de indemnización efectiva y la posibilidad de elegir la ley aplicable, conforme al caso “Seabank”, añadiendo que “*al margen de las críticas de lege ferenda que esta solución pueda suponer por socavar uno de los pilares del régimen español de contrato de seguro*”; y 20 julio 2012 (*La Ley* 117628/2012), de accidente de trabajo de marinero, se desestima la acción directa de acuerdo con el caso “Seabank” y por admitir la oponibilidad de las cláusulas de ley aplicable y de arbitraje del seguro P&I; STSJ Asturias, Sala de lo Social, 5 febrero 2019 (*La Ley* 5405/2019), de fallecimiento de pescadores por hundimiento de la embarcación. Niega la condición de aseguradora P&I a la entidad española, sino sólo de intermediaria con el club realmente asegurador, que no ha sido demandado. Alude a la sentencia del caso “Seabank”, añadiendo que el contrato habitual se rige por el derecho inglés y al arbitraje inglés; STSJ Valencia, Sala de lo Social, 8 julio 2016 (*La Ley* 177056/2016), de accidente de trabajo, no acepta la acción directa por remisión al caso “Seabank”. También SAP A Coruña, sección 6, 29 junio 2007 (*La Ley* 147960/2007), de fallecimiento de pescador por mala maniobra del patrón con resultado de hundimiento de la embarcación. Acepta la configuración contractual del contrato como de indemnización efectiva y cita el caso “Seabank”.

¹⁹ SAP Tenerife, sección 4, 8 octubre 2018 (*La Ley* 233813/2008), de indemnización por los daños y perjuicios sufridos por un navío propiedad de la actora por culpa, según la demandante, de la incorrecta maniobra de un barco de la naviera demandada, dirigiéndose tanto contra esta como su club P&I. No se opone la excepción de arbitraje extranjero, pero se aceptó el archivo de actuaciones del JPI a favor del Juzgado de lo Mercantil. La AP Tenerife alude a la libre elección de ley aplicable en los seguros P&I, según el caso “Seabank”

²⁰ La SAP Guipúzcoa, sección 1, 5 abril 2005 (*La Ley* 74730/2005), de reclamación de daños a un remolcador y su asegurador P&I por hundimiento de una pontona durante el remolque, rechaza la acción directa contra el asegurador en base a los argumentos del caso “Seabank”, que reproduce.

²¹ *Cendoj* 28079110012009100264

²² *Boletín Oficial del Estado*, núm. 164, de 11 de julio de 1977,

asistencia. Los intentos de salvamento fueron infructuosos, se partió en dos y se hundió. Se produjo una contaminación catastrófica por hidrocarburos en el litoral cantábrico español y francés. El Juzgado de Concurbión de A Coruña llevó la instrucción del procedimiento penal.

26. Inmediatamente, el club P&I depositó ante el Juzgado un fondo de 22.777.986 euros, correspondientes al límite de indemnización por razón del tamaño del buque y su responsabilidad directa como asegurador del Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por hidrocarburos de 1992 (Convenio CRC 1992). El club P&I no ha discutido su responsabilidad en lo que denomina “reclamaciones CRC”. No ha admitido, en cambio, la responsabilidad civil por el exceso de dicho límite de indemnización.

27. En 2010, terminada la instrucción, se inició el proceso declarativo penal ante la Audiencia Provincial de A Coruña contra el capitán, el primer oficial del buque y el Director de la Marina Mercante. Conjuntamente se formularon las acciones civiles, presentadas por numerosos afectados del desastre medioambiental. El principal reclamante era el Estado Español, por gastos y daños propios y por subrogación en los derechos de otros afectados a quienes había pagado las indemnizaciones, así como el Estado Francés, si bien en mucha menor cuantía.

28. Las acciones civiles se fundamentaban en la responsabilidad civil prevista en el citado art. 117 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (CP) y se dirigieron contra el capitán, la tripulación, el propietario y el gestor del buque y el club P&I.

29. El club P&I fue debidamente emplazado a juicio como demandado en España, pero no se personó, aunque llevó la defensa jurídica del capitán del buque.

30. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de lo Penal, de 14 de enero de 2016, declara la responsabilidad penal y civil derivada del accidente del buque “Prestige”²³. En materia de responsabilidades civiles, casa y anula parcialmente la sentencia de la Audiencia Provincial A Coruña de 13 de noviembre de 2013²⁴, que no admitió responsabilidad civil alguna.

31. El Alto Tribunal, en cambio, admite la existencia de dicha responsabilidad civil y declara al capitán, al propietario del buque, al asegurador (club P&I) y al Fondo Internacional de Indemnización de Daños debidos a la Contaminación por Hidrocarburos de 1992 (en adelante, FIDAC), como responsables civiles, cada uno en base a diferentes fundamentos y por diversa cuantía. Además, la sentencia del Tribunal Supremo fija los criterios para que, en fase ejecutiva, la Audiencia Provincial A Coruña cuantificase la indemnización de cada perjudicado²⁵.

²³ M. ALBA Y J. L. GABALDÓN, “Affaire du Prestige: Le capitaine est condamné pour délit d'imprudence contre l'environnement et ne peut bénéficier, tout comme l'armateur et en présence d'un “soupçon de dol”, de la limitation de responsabilité», *Le Droit Maritime Français*, núm. 779, abril 2016, págs. 338-351; A. BETANCOR RODRÍGUEZ, *Responsabilidad y aseguramiento por daños ambientales. El caso Prestige*. BOE, Madrid, 2018; J. L. GARCÍA-PITA Y LASTRE, “Las sentencias “Prestige” último acto (¿una gloriosa primavera, un breve estío o el invierno de nuestro descontento?)”, *Revista de Derecho del Transporte: Terrestre, marítimo, aéreo y multimodal*, núm. 17, 2016, págs. 11-57; E. SIERRA NOGUERO, *El seguro...*, *op. cit.*, págs. 233-236.

²⁴ En *Cendoj* 15030370012013100477.

²⁵ Mediante Auto AP A Coruña 1 de marzo de 2019 (*Cendoj* 15030370012019200616) cuantificó las indemnizaciones debidas al Estado Español en 2.355 millones de euros; al Estado francés, 61 millones de euros; al Gobierno de Galicia, 1,8 millones de euros; y, luego numerosas indemnizaciones de pequeña cuantía a favor de empresas de pesca, de turismo, así como municipios y consejos provinciales franceses. Por otro lado, el FIDAC ha pagado 147,9 millones de euros, de conformidad con el citado Convenio del Fondo. El importe de los límites de indemnización conjuntos, del asegurador y del FIDAC, calculado sobre el arqueo del buque “Prestige”, es de 171,9 millones de euros. Estas cuantías son notoriamente insuficientes, el límite de indemnización de asegurador conforme al Convenio CRC 1992 pagado por el club P&I es extraordinariamente reducido para satisfacer la responsabilidad civil derivada de estos supuestos. Más ampliamente, véase E. SIERRA NOGUERO, “Proceso de ejecución de la sentencia del tribunal supremo frente al club P&I del buque «Prestige» en el Reino Unido”, en P. GIRGADO PERANDONES Y J. P. GONZÁLES BUSTOS (coords.), *Transparencia y competitividad en el mercado asegurador. Insurtech, distribución, protección del cliente, seguro marítimo y pandemia*, Comares, Granada, 2021, págs. 457-480 y E. SIERRA NOGUERO, “Va-

32. Para justificar la condena dineraria al club P&I, el Tribunal Supremo recuerda, primero, que, aunque no es aplicable al caso porque no estaba vigente el art. 467 LNM (*sic*, es 465) reconoce que el perjudicado tiene acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de su obligación y que será inválido cualquier pacto contractual que altere lo dispuesto en este artículo. No obstante, añade que, cuando ocurrió el siniestro el seguro de responsabilidad civil no estaba regulado expresamente en España, lo que “*en principio determinaría la aplicación supletoria del art. 76 LCS*”, que reconoce al tercero perjudicado la acción directa.

33. Con respecto a su precedente de 3 de julio de 2003 (“Seabank”), el Alto Tribunal afirma que, en el presente caso, “*la aseguradora, en su actitud de ausencia voluntaria en el proceso, no ha alegado ni esa ni ninguna otra causa de oposición a su obligación de indemnizar que pudiera excusar la misma, por lo que a ella incumbe soportar las consecuencias de su comportamiento procesal, máxime cuando de pronunciamientos relativos a la responsabilidad civil se trata*”.

34. El Tribunal Supremo añade que, además, su actuación al constituir el fondo de garantía previsto en el Convenio CRC 1992 en principio desborda los perfiles tradicionales de los seguros P&I, en cuanto que no se ha limitado a restituir a la asegurada el pago que ella hubiera hecho (*pay to be paid*), sino que ha efectuado el desembolso para hacer frente a las acciones directas de los perjudicados.

35. Finalmente, el Alto Tribunal indica que “*Además no podemos olvidar que nos encontramos ante una responsabilidad civil, que a su vez procede de otra penal, en relación a unos daños producidos en espacios sometidos a la jurisdicción de los Tribunales españoles, y que el artículo 117 del CP declara expresamente la responsabilidad de la aseguradora que hubiera asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación del bien o actividad cuando a consecuencia de un hecho previsto en el Código se produzca el evento que determine el riesgo. Y en este caso así ha ocurrido*”.

36. Por todo lo anterior, el Tribunal Supremo condena al club P&I como “*responsable civil subsidiario, lo que plantea como hipótesis de trabajo una doble alternativa, que la responsabilidad de la aseguradora lo sea directa solo respecto a la de aquella y, en consecuencia, subsidiaria a la del condenado como responsable penal (en este sentido STS 391/2012), o también directa respecto a la de este último*”.

37. Respecto a la cuantía de la condena, el Tribunal Supremo podía haber optado por la “*indemnización legalmente establecida*” del art 117 CP. En concreto, es la prevista en el Convenio CRC 1992, de unos 22,5 millones de euros, que el club P&I había desembolsado en forma de depósito judicial.

38. Sin embargo, el Tribunal Supremo condena al club P&I como responsable civil hasta la “*(indemnización) convencionalmente pactada*”. En concreto, el Tribunal Supremo analizó las reglas del seguro P&I y aplicó la citada cláusula de suma asegurada. En particular, la regla que limita la responsabilidad del asegurador en caso de que el armador sea responsable por contaminación por hidrocarburos a “*one billion dollars*”.

39. La Audiencia Provincial de A Coruña, en fase de ejecución, aclara que se trata de 1.000 millones de dólares. En concreto, fija la condena en 855.493.575,65 euros. Corresponde al equivalente en euros del “*one billion dollars*”: 1.000 millones de dólares, menos el fondo de garantía depositado ya por el club P&I conforme al Convenio CRC 1992 (22,7 millones de euros)²⁶.

lorisation judiciaire du montant des dommages et intérêts résultant du naufrage du Prestige”, en *Le Droit Maritime Français*, núm. 816, septiembre 2019, págs. 687-696.

²⁶ Auto APA Coruña 1 de marzo de 2019 (*cit.*).

III. Derecho inglés

40. El análisis del Derecho inglés se justifica porque muchos clubs P&I tienen su domicilio en Inglaterra y remiten en sus reglas de seguro P&I al “Derecho inglés” y también a la *Arbitration Act 1996*. Además, involucra como se verá a continuación el caso “Prestige”, través de un procedimiento arbitral paralelo en Londres.

41. Se analizan a continuación algunos de los precedentes judiciales ingleses que abordan específicamente el tema analizado: la extensión subjetiva del convenio arbitral al tercero que ejerce la acción directa contra el club P&I.

1. Through Transport Mutual Insurance Association (Eurasia) Ltd v New India Insurance Co

42. Se trata de un litigio judicial relacionado con unas mercancías perdidas en ruta. Fueron transportadas en contenedor marítimo bajo conocimiento de embarque entre Calcuta (India) y Kotka (Finlandia). A su llegada, el contenedor fue transbordado y, bajo una carta de porte terrestre, transportadas en camión entre Kotka y Moscú (Federación Rusa). Sin embargo, el contenedor desapareció por motivos discutidos.

43. New India Assurance Company Limited (“New India”) era el asegurador de mercancías contra riesgos de daños y pérdidas. Abonó la indemnización a su propietario y se subrogó en sus derechos. Ante la insolvencia de las transportistas marítima y terrestre, New India ejerció ante el Tribunal de Distrito de Kotka en Finlandia una reclamación contra el asegurador de responsabilidad civil de ambas transportistas: Through Transport Mutual Insurance Association (Eurasia) Ltd (“the Club”).

44. Tras la pérdida de las mercancías, New India indemnizó a su asegurado y se subrogó en sus derechos del asegurado. New India demandó al club P&I para reclamar la indemnización, al parecer, vista la situación de insolvencia de los transportistas asegurados.

45. La acción directa contra el club P&I se basaba en el art. 67 de la Ley finlandesa de contratos de seguro de 1994 (“ley finlandesa”). Ésta otorga el derecho legal a un tercero al contrato para reclamar directamente al asegurador de responsabilidad civil, como el club P&I, cuando el asegurado responsable es insolvente.

46. El club P&I formuló declinatoria de jurisdicción por sumisión a arbitraje, pero el Tribunal de Distrito de Kotka mantuvo su competencia para conocer de la reclamación contra el asegurador. Ello en base al art. 10 del entonces vigente Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, en adelante, Reglamento (CE) 44/2001 o *Bruselas I*, como tribunal del lugar en que se hubiere producido el hecho dañoso. Además, el Tribunal de Distrito de Kotka rechazó la declinatoria de jurisdicción presentada por el club P&I por sumisión a arbitraje en el contrato de seguro. Consideró que el convenio arbitral del seguro P&I no era vinculante para el tercero que reclama al asegurador.

47. Paralelamente, en Inglaterra, el club P&I solicitó y obtuvo de la *High Court* una orden anti-proceso (*anti-suit injunction*) por la que New India debía abandonar el proceso en Finlandia y/o iniciar arbitraje en Londres²⁷. Es una figura procesal del Derecho inglés utilizada para defender la vinculación de las partes a un convenio arbitral vinculante, frente a la voluntad de no cumplirlo y acudir a los tribunales para resolver un litigio incluido en su ámbito de aplicación.

²⁷ Through Transport Mutual Insurance Association (Eurasia) Ltd v New India Insurance Co [2003] EWHC 3158 (Comm).

48. La *High Court* justifica la orden antiproceto en base a la eficacia del convenio arbitral del seguro P&I frente al tercero que reclama la indemnización. Señala que hay dos caracterizaciones posibles de la reclamación del tercero frente al asegurador de responsabilidad civil. Por un lado, considerar que New India, como tercero, exige el cumplimiento de una obligación contractual derivada del contrato de seguro. Por otro lado, entender que ejerce un derecho independiente de reclamación conforme a la citada Ley finlandesa. La *High Court* considera que, si la reclamación es independiente del contrato de seguro y surge de la ley finlandesa del contrato de seguro, no tiene equivalente directo en Derecho inglés, en cuyo caso la cuestión habría de determinarse con arreglo al Derecho finlandés.

49. En cambio, si la reclamación pretende sustancialmente el cumplimiento contra el asegurador del contrato celebrado con el asegurado insolvente, entonces se trata de obligaciones y sería de aplicación el Derecho inglés al ser la ley del contrato. Sería erróneo permitir el proceso en Finlandia en vulneración del convenio arbitral, que es una de las cláusulas del contrato que se pretende que sea cumplido. En conclusión, la *High Court* considera que la acción directa tiene naturaleza “contractual”: el tercero está vinculado al convenio arbitral al pretender el cumplimiento del contrato de seguro y que, por tanto, es procedente emitir contra el tercero una orden para que se abstenga de seguir en el proceso finlandés, conminándolo a acudir a arbitraje en Londres.

50. En apelación, la *Court of Appeal* ratifica este punto de vista, si bien, por las razones que vemos ahora, revoca la orden antiproceto²⁸. Observa que es difícil exigir a New India que abandone un proceso judicial ante el tribunal competente con arreglo al Reglamento (CE) 44/2001. Luego, alude a las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, donde no cabe emitir esta orden antiproceto en el caso de una jurisdicción exclusiva (asunto “Gasser”²⁹) o sobre la base de que el procedimiento es vejatorio y opresivo (asunto “Turner v. Grovit”³⁰). Considera que New India no ha incumplido el contrato al plantear la reclamación en Finlandia. En fin, deja sin efecto la orden antiproceto de la *High Court* (apartados 97 y 98).

2. West Tankers Inc and Allianz SpA and Generali Assicurazioni Generali SpA

51. Se abordaba un supuesto en que un buque, propiedad de West Tankers y fletado por Erg Petroli SpA, provocó daños al colisionar en Siracusa (Italia) contra un embarcadero propiedad de Erg. El contrato de fletamento estaba sujeto al Derecho inglés y contenía una cláusula de sumisión arbitral en Londres. Erg obtuvo la indemnización de sus aseguradores, Allianz y Generali, para obtener una indemnización hasta el límite cubierto por su seguro y entabló, en Londres, un procedimiento de arbitraje contra West Tankers en cuanto al resto. West Tankers negó su responsabilidad por los daños causados por la colisión. Tras pagar a Erg, con arreglo a las pólizas de seguro, la indemnización por el perjuicio que había sufrido, Allianz y Generali interpusieron un recurso contra West Tankers ante el *Tribunale di Siracusa* (Italia) para reclamar las cantidades que habían pagado a Erg.

52. Paralelamente, West Tankers inició un procedimiento ante la *High Court* del Reino Unido), para solicitar que se considerara que el litigio entre dicha sociedad, por una parte, y Allianz y Generali, por otra, debía someterse a arbitraje en virtud de dicho convenio arbitral. West Tankers solicitó igual-

²⁸ Through Transport Mutual Insurance Association (Eurasia) Ltd v New India Insurance Co [2004] EWCA Civ 1598.

²⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de diciembre de 2003. Erich Gasser GmbH contra MISAT Srl. Petición de decisión prejudicial: Oberlandesgericht Innsbruck - Austria. Asunto C-116/02.

³⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia (Pleno) de 27 de abril de 2004. Gregory Paul Turner contra Felix Fareed Ismail Grovit, Harada Ltd y Changepoint SA. Asunto C-159/02, apartado 31, señala que el Convenio de Bruselas de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en material civil y mercantil, debe interpretarse en el sentido de que “se opone a que se dicte una orden conminatoria mediante la cual un órgano jurisdiccional de un Estado contratante prohíba a una parte en el procedimiento en curso ante él iniciar o proseguir un procedimiento judicial ante un órgano jurisdiccional de otro Estado contratante, aun cuando dicha parte actúe de mala fe con la intención de obstaculizar el procedimiento en curso”.

mente que se dictara una orden conminatoria por la que se prohibiera a Allianz y Generali instar un procedimiento que no fuera el de arbitraje y proseguir el procedimiento entablado ante el *Tribunale di Siracusa*. La *High Court* concedió la orden antiproceso y, en apelación por las aseguradoras, la *House of Lords*, decidió suspender el procedimiento y formular una cuestión prejudicial al TJUE: ¿Es compatible con el Reglamento (CE) no 44/2001 que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro adopte una resolución por la que se prohíbe a una persona iniciar o proseguir un procedimiento judicial en otro Estado miembro, basándose en que tal procedimiento infringe un convenio arbitral?

53. La Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 10 de febrero de 2009. Allianz SpA y Generali Assicurazioni Generali SpA contra West Tankers Inc³¹, admite, por un lado, que el procedimiento inglés de emisión de la citada orden antiproceso no estaba incluida en el ámbito de aplicación del Reglamento (CE) 44/2001 por la exclusión del arbitraje que realiza su art. 1.2.d.

54. Por otro lado, el TJUE estima que esta orden antiproceso es incompatible con el Reglamento (CE) 44/2001, porque podía tener consecuencias negativas para su efecto útil, es decir, impedir que se cumplieren los objetivos inherentes de las normas de conflicto de los órganos jurisdiccionales en materia civil y mercantil y de la libre circulación de las resoluciones en esta misma materia (apartado 24).

55. Sin embargo, a pesar de la sentencia del TJUE denegatoria de la validez de la orden antiproceso entre los Estados miembros de la Unión Europea, otra vía legal fue usada en Inglaterra para impedir el reconocimiento de la sentencia italiana que pudiese ser dictada conforme al Reglamento (CE) 44/2001 por el *Tribunale di Siracusa*, y proteger el arbitraje londinense: el art. 66 de la inglesa *Arbitration Act 1996*,

56. En concreto, el club P&I solicitó ante la *High Court* el reconocimiento del laudo arbitral dictado en Londres, que meramente obligaba a las partes a arbitral, y su ejecución como si fuera una sentencia, con arreglo al art. 66 *Arbitration Act 1996*. La *High Court* aceptó porque al ejecutar el laudo, el club P&I “*tenía una perspectiva real de establecer la primacía del laudo frente a cualquier sentencia contradictoria*” (apartado 30)³².

57. La *Court of Appeal*, en apelación³³, confirmó la legalidad de utilizar la ejecución de un laudo arbitral para entorpecer la posible futura ejecución de una sentencia italiana en el Reino Unido. Admitió la viabilidad de dictar dicha resolución de ejecución del laudo arbitral meramente declarativo (*declaratory*). Consideró que, aunque el laudo no fuese ejecutivo (*executory*), en el sentido habitual en que se obliga a una parte a hacer algo o dejar de hacer algo, puede ser igualmente “ejecutado” (*enforced*) por los tribunales (apartado 31). Con la ejecución judicial del laudo arbitral, la *Court of Appeal* estimó expresamente que se creaba un “escudo” si el procedimiento italiano concluía con una sentencia opuesta a la que llegaron los árbitros, esto es, una resolución judicial italiana según la cual el armador era culpable de los daños causados abordaje (apartado 12).

58. A continuación, la *Court of Appeal* citaba como base legal de ello el art. 34(3) Reglamento (CE) 44/2001, según el cual “*Las decisiones no se reconocerán: (...) 3) si la resolución fuere inconciliable con una resolución dictada entre las mismas partes en el Estado miembro requerido*”. Como puede verse, la *Court of Appeal* interpretó el art. 34(3) Reglamento (CE) 44/2001, pero no es el máximo intérprete del Derecho comunitario. Lo es el TJUE. La *Court of Appeal* no planteó una cuestión prejudicial al TJUE, como órgano competente para pronunciarse, con carácter prejudicial, sobre la interpretación de los tratados y sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión, conforme al art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo art. 234 Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea).

³¹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 10 de febrero de 2009. Allianz SpA y Generali Assicurazioni Generali SpA contra West Tankers Inc. Asunto C-185/07.

³² West Tankers Inc and Allianz SpA and Generali Assicurazione Generali SpA [2011] EWHC 829 (Comm).

³³ West Tankers Inc and Allianz SpA and Generali Assicurazioni Generali SpA [2012] EWCA Civ 27.

59. Unos años después, en 2021, a solicitud del Estado Español en el caso “Prestige”, la High Court encargado de reconocer o no la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 2016 pregunta al TJUE sobre lo que la *Court of Appeal* en el caso “West Tankers” optó por interpretar directamente: si el empleo del art. 66 *Arbitration Act 1996* puede entorpecer la libre circulación de sentencias emitidas en el marco del Reglamento (CE) 44/2001.

3. The London Steam-Ship Owners’ Mutual Insurance Association Ltd and The Kingdom of Spain and The French State (“the Prestige”)

60. Volviendo al caso “Prestige”, mientras el proceso declarativo de la responsabilidad civil y penal estaba en marcha en España desde 2010, al acabar la instrucción iniciada en 2002, el club P&I demandado y rebelde, en enero 2012, solicitó un arbitraje en Londres contra España y Francia. El objeto era solventar en arbitraje las reclamaciones de responsabilidad civil que rebasaban las previstas en el Convenio CRC 1992 y que el club P&I ya había satisfecho con el depósito de 22 millones de euros.

61. España y Francia rehusaron participar en el respectivo proceso arbitral. No obstante, el club P&I solicitó y obtuvo órdenes de un tribunal inglés, conforme a la sec. 18 *Arbitration Act 1996*, para nombrar árbitro. El tribunal aceptó y, en ambos procedimientos, nombró como árbitro a la misma persona.

62. Ambos procesos terminaron con laudos arbitrales muy similares, contra España (13 febrero de 2013) y del club P&I contra Francia (3 de julio de 2013). El árbitro acoge íntegramente los términos solicitados por el asegurador:

- 1º) Que la reclamación de España y Francia contra el club P&I debía someterse a arbitraje con arreglo al convenio arbitral del seguro P&I,
- 2º) Que el club no debe responder por encima del límite del Convenio CRC 1992 y, subsidiariamente, que su responsabilidad no fuese superior al límite de la suma asegurada en las reglas del seguro P&I para daños por contaminación por hidrocarburos: 1.000 millones de dólares,
- 3º) Que es aplicable la cláusula de pago previo (*pay to be paid*) de las reglas del seguro. Según esta cláusula, típica del seguro P&I, el asegurador sólo debe pagar la indemnización al asegurado y cuando acredite haber pagado previamente a los perjudicados. Esta cláusula fue considerada válida y oponible al tercero por la *House of Lords* en The “Fanti” and “Padre Island” [1990] 2 Lloyd’s Rep. 191³⁴.

63. Una vez dictados estos laudos, en marzo de 2013, el club P&I formuló una demanda judicial contra España y Francia ante la *High Court* con arreglo al art. 66 *Arbitration Act 1996*, para la ejecución de los laudos como si fueran sentencias. Los Estados español y francés sí se personaron ante la *High Court*, oponiéndose a la pretensión del club P&I. Sin embargo, la *High Court*³⁵ dio la razón al club P&I y reconoce los laudos como sentencias contra España y Francia con arreglo al art. 66 *Arbitration Act 1996*³⁶.

³⁴ En Derecho inglés, a la vista de la *Third parties (rights against insurers) Act 1930*, la *House of Lords*, en una decisión conjunta de los casos conocidos como “The Fanti” y “Padre Island nº 2”, de 14 de junio de 1990 (1991, A.C. 1) ratificó la legalidad de la cláusula de pago previo de los seguros P&I, al considerarla una *condition precedent* que debe cumplir el armador asegurado. Indicó que no resulta admisible negar el derecho del club P&I a excepcionar el incumplimiento de esta cláusula tampoco cuando quien reclama sea un tercero, pues la Ley de 1930 no pretende situar al tercero en una mejor situación que la que tendría el asegurado. Además, la *House of Lords* señala que la regla del pago previo es oponible y aplicable, con independencia de que el armador asegurador sea o no insolvente.

³⁵ The London Steam-Ship Owners’ Mutual Insurance Association Ltd v. The Kingdom of Spain and The French State [2013] EWHC 3188 (Comm).

³⁶ M. ALBA Y J. L. GABALDÓN, “Affaire...”, *op. cit.*, págs. 349-351.

64. La *High Court* considera que España y Francia están vinculados por el convenio arbitral del seguro P&I, pues ejercieron una reclamación contra el club P&I en virtud de dicho contrato de seguro para percibir la indemnización. Señala que la correcta caracterización de las reclamaciones de los perjudicados es la “contractual”, como se señaló en el citado *Through Transport Mutual Insurance Association (Eurasia) Ltd v New India Insurance Co.* La *High Court* recuerda que si, en el caso *Through Transport*, se trataba de la ley finlandesa de contrato de seguro, la cual reconocía la acción directa al perjudicado; ahora, en el caso “Prestige”, la acción directa está concedida por el art. 76 LCS. En sustancia, según la *High Court*, los reclamantes ejercen un derecho a hacer cumplir un contrato, más que un derecho independiente de reembolso. Cuando un tercero formula una reclamación en base a un contrato de seguro que contiene una cláusula de arbitraje, y tal reclamación es contradicha por el asegurador, el demandante deviene obligado a remitir la disputa a arbitraje de acuerdo con la cláusula compromisoria. Aunque no es la parte originaria de la cláusula compromisoria, el reclamante deviene parte por razón de la novación o la transmisión legal de los derechos y obligaciones del acuerdo. No es una parte en todos los sentidos, pero sí queda obligado por el convenio arbitral a los efectos de la ley.

65. Una diferencia respecto al caso *Through Transport* es que quienes ejercen la acción directa *ex art. 76 LCS* son Estados soberanos. Para la *High Court*, ello no es óbice para aplicar la misma vinculación al convenio arbitral como si reclamase un particular. La *High Court* recuerda que la exigencia del art. 9 *State Immunity Act 1978* de que los Estados puedan acordar “por escrito” someterse a arbitraje, se entiende cumplido en este caso por ejercer la acción directa para reclamar el cumplimiento del contrato de seguro.

66. Para reforzar esta vinculación estatal al convenio arbitral, la *High Court* acoge la referencia del club P&I a dos precedentes sobre el art. 9 *State Immunity Act 1978*. Por un lado, el caso *Ministry of Trade of the Republic of Iraq and Anor v Tsavliris Salvage (International) Ltd (“the Altair”)* [2008] 2 Lloyd’s Rep 90, donde el naviero de un buque aceptó un “Lloyds Standard Form of Salvage Agreement” (LOF), que contenía una cláusula de arbitraje en Londres. La mercancía era propiedad de la Junta de Grano de Irak del Ministerio de Comercio de Irak, que discutió el arbitraje al ser inmune frente al procedimiento arbitral. El juez consideró que la Junta estaba obligada por el LOF (incluyendo el convenio arbitral) por razón del art. 6.2 del Convenio internacional de salvamento marítimo de 1989 (que Irak no había ratificado), en cuya virtud el capitán y el propietario del buque estarán facultados para celebrar tales contratos en nombre del propietario de los bienes que se encuentren a bordo del buque el capitán. Así, aunque la Junta de Grano de Irak no era firmante del LOF por ella misma, sí que estaba obligada en base a la disposición legal.

67. Además, consideró que el art. 9 *State Immunity Act 1978* no afectaba al Derecho inglés, el cual mantiene un amplio y permisiva interpretación de lo que ha de entenderse acuerdo por escrito.

68. Por otro lado, el segundo caso es *Svenska Petroleum Exploration AB v Lithuania (No.2)* [2006] 1 Lloyd’s Rep 181 (Gloster J). El caso aludía a un acuerdo de *joint venture* con una empresa petrolera de propiedad estatal lituana que contenía una cláusula arbitral con sujeción al Derecho lituano. Aunque el gobierno lituano no había firmado el contrato, sólo su reconocimiento y ello fue suficiente para que el tribunal arbitral considerase contractualmente obligado al gobierno lituano. El tribunal arbitral condenó al gobierno lituano a pagar daños y el reclamante obtuvo permiso judicial para ejecutar el laudo como una sentencia. El gobierno lituano opuso la sección 9 *State Immunity Act 1978*, pero su solicitud fue desestimada en primera instancia y en apelación. La *Court of Appeal* consideró que la exigencia de acuerdo por escrito de la sección 9 *State Immunity Act 1978* debe ser tratado con arreglo a los requisitos de la ley aplicable al convenio arbitral.

69. España y Francia se opusieron, al considerar que sería sorprendente e insatisfactorio perder la inmunidad estatal por medio de formular una reclamación con arreglo a su propia ley. No obstante, la *High Court* opuso que es una consecuencia del análisis de *Through Transport*: “uno no puede ejercer

los beneficios de un contrato de seguro, sin aceptar sus limitaciones". Por ello, el juez consideró que los Estados perdieron su inmunidad.

70. Finalmente, la *High Court* se pronuncia afirmativamente sobre la solicitud del club P&I de reconocer los laudos contra España y Francia como sentencias con arreglo al art. 66 *Arbitration Act 1996*. Señala que es una cuestión discrecional del juez ejecutar o no el laudo, puede o no hacerlo ("may"). Considera que esta discreción amplia debe ser ejercida en interés de la justicia y en la utilidad de esta decisión judicial, como señaló la *Court of Appeal* en el caso *West Tankers Inc v Allianz SpA* [2012] 1 Lloyd's Rep 398, antes citado

71. El club P&I, en efecto, solicitó la aplicación del precedente del caso *West Tankers* y declaró que el objetivo de este procedimiento judicial para ejecutar el laudo era obtener una sentencia judicial que, de acuerdo con el art. 34(3) Reglamento (CE) 44/2001, pudiera ser preferente frente a cualquier sentencia española posterior y contradictoria.

72. La sentencia de la *High Court*, en el apartado 187 de su sentencia, acepta el argumento del club P&I y declara que hay "una perspectiva real de establecer la primacía del laudo frente a una sentencia contradictoria que pueda ser dictada en España y por tanto hay una utilidad en reconocer la ejecución"³⁷.

73. España y Francia, personadas en el procedimiento de ejecución de los laudos ante la *High Court*, con arreglo al art. 66 *Arbitration Act 1978*, alegaron en vano que la ejecución del laudo subvertiría el Reglamento (CE) 44/2001, porque la materia objeto del procedimiento judicial español se incluye en su ámbito de aplicación (art. 1) y, por tanto, una decisión con arreglo al mismo es una resolución del Reglamento (CE) 44/2001. En cambio, el procedimiento de ejecución del laudo en Inglaterra queda fuera del ámbito de aplicación del Reglamento (CE) 44/2001, según su art. 1(2)(d). Además, el tribunal español fue el primero que conoció del asunto con arreglo al art. 27(1) del Reglamento (CE) 44/2001.

74. La *High Court* no aceptó estas alegaciones de España y Francia. Consideró que la naturaleza ajena al Reglamento (CE) 44/2001 del procedimiento judicial de la sección 66 *Arbitration Act 1996* le permitía ignorar la suspensión del procedimiento impuesto por dicho Reglamento y, sin embargo, mantuvo que "ha emitido una resolución que entra dentro de su ámbito de aplicación para triunfar sobre la resolución del tribunal que primero ha conocido del asunto" (apartado 192).

75. La *High Court* concluyó señalando que "existan resoluciones potencialmente contradictorias y falta de coordinación es resultado de dejar fuera el arbitraje del Reglamento (CE) 44/2001" (apartado 193). Como en el caso "West Tankers", hay una clara utilidad de ejecutar judicialmente el laudo y el Reglamento (CE) 44/2001 no impide al club P&I obtener el máximo beneficio del laudo arbitral que le es favorable.

76. España y Francia formularon recurso de apelación contra la sentencia de la *High Court*. Sin embargo, la *Court of Appeal*³⁸ validó los argumentos del juez de instancia. Consideró que la legislación española confiere a un tercero el derecho a reclamar daños del asegurador de responsabilidad civil, pero solo en la medida en que lo permite dicho contrato, de modo que es necesario analizar el mismo para determinar la extensión de este derecho. En otras palabras, la ley concede a un tercero el derecho a solicitar el cumplimiento el contrato de seguro contra el asegurador: "Dado que dicho contrato está regido

³⁷ Con cita de precedentes donde se ha declarado, en *The Wadi Sudr* [2010] 1 Lloyd's Rep. 193 o asumido, en *West Tankers*, que un laudo con arreglo al art. 66 *Arbitration Act 1996* es una "resolución" a los efectos del art. 34(3) Reglamento (CE) 44/2001, así como sus efectos, en *African Fertilizers and Chemicals NIG Ltd (Nigeria) v BD Shipsnavo GmbH & Co Reederei KG* [2011] EWHC 2452 (Comm).

³⁸ *The London Steamship Owners' Mutual Insurance Association Ltd and The Kingdom of Spain and The French State, the "Prestige"* [2015] EWCA Civ 333.

por el Derecho inglés, es necesario aplicar éste para determinar el alcance de la responsabilidad del asegurador y los términos del contrato en que éste puede ser cumplido”.

77. La *Court of Appeal* añade que este caso difiere del precedente *Through Transport*. La razón es que pues el art. 76 LCS no se redacta en términos de cumplimiento de un contrato, pero en sustancia es lo que dispone, al igual que el art. 117 CP, que tiene el mismo efecto. Por ello, considera que el derecho de los apelantes a demandar la compensación al club P&I debe ser caracterizado como una obligación resultante de un contrato y que ello debe ser resuelto con arreglo al Derecho inglés como ley aplicable a la obligación. Como resultado de la aplicación del Derecho inglés, si los apelantes quieren reclamar al club P&I deben hacerlo en arbitraje y conforme a la cláusula del *pay to be paid*.

78. En relación al acuerdo por escrito del art. 9.1 *State Immunity Act 1978*, la *Court of Appeal* señala que, en el momento de su aprobación, estaba vigente la expresión “acuerdo por escrito de arbitraje” del art. 32 *Arbitration Act 1950* y no requería que el acuerdo se firmase, que es la posición ahora reflejada en el vigente art. 5(2) *Arbitration Act 1996*. En conclusión, considera que tanto el club como los apelantes tienen derecho a resolver las disputas en arbitraje y la *Court of Appeal* se da por satisfecha del acuerdo por escrito del art. 9(1) *State Immunity Act 1978*.

79. La sentencia de la *High Court* de 2013, confirmada por la *Court of Appeal*, de reconocimiento de los laudos arbitrales como una sentencia ha sido opuesta para negar el reconocimiento en el Reino Unido de la sentencia del Tribunal Supremo español de 14 de abril de 2016 condena del club P&I al pago de 1.000 millones de dólares.

80. En este contexto, se ubica la decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, analizada a continuación.

IV. Derecho comunitario

1. Sentencia Assens Havn contra Navigators Management (UK) Limited

81. La Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 13 de julio de 2017. Assens Havn contra Navigators Management (UK) Limited. Asunto C-368/16, resuelve una cuestión prejudicial formulada por un tribunal danés³⁹.

82. Se trataba de un buque remolcador que originó daños a las instalaciones del muelle en el puerto danés de Assens. El buque estaba asegurado de responsabilidad civil con Navigators, cuyo contrato de seguro incluía una sumisión a los órganos jurisdiccionales de Inglaterra y Gales. La autoridad portuaria, Assens Havn, ejerció una acción directa contra Navigators ante un tribunal danés con arreglo a art. 95.2 de la Ley danesa de contratos de seguro. El propietario del buque había entrado en situación concursal (apartado 22). El Tribunal danés formuló una cuestión prejudicial al TJUE para dilucidar sobre su jurisdicción para conocer de la acción directa. El TJUE, apartado 31, señaló que el sistema autónomo de reparto de competencias jurisdiccionales en materia del seguro del Reglamento (CE) 44/2001, “*facilitan la situación de la persona perjudicada por el daño asegurado permitiéndole traer al asegurador de que se trate, en particular, ante el tribunal del lugar en que se produjo el hecho dañoso, siempre que el Derecho nacional prevea tal acción directa*”. Así era, en efecto, en el art. 95 Ley danesa del contrato de seguro, aplicable en este caso concreto. Ocurre lo mismo en Derecho español. El Tribunal Supremo, al condenar como a The London P&I club, alude a su condición de asegurador y responsable civil al amparo del art. 117 CP y del art. 76 Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro.

³⁹ Disponible en Eurlex: <https://bit.ly/3KSphu1>, consultada el 3 de marzo de 2023

83. El TJUE, en el caso *Assens Havn*, apartado 35, no sólo reconoce la viabilidad de la acción directa, sino también que, con arreglo a las disposiciones en materia de contrato de seguro del Reglamento (CE) 44/2001, “no resulta que un acuerdo atributivo de competencia vincule a la persona perjudicada”. Asimismo, apartado 39 de la sentencia, añade que “la situación del tercero perjudicado se halla aún mucho más alejada aún de la relación contractual en la que hay un acuerdo atributivo de competencia de lo que está la situación del asegurado beneficiario que no ha prestado expresamente su consentimiento a dicho acuerdo”.

84. Finalmente, la sentencia del caso *Assens Havn*, apartado 41, añade que no cabe ampliar a las personas perjudicadas en efecto vinculante de las cláusulas atributivas de competencia. Aunque el art. 13 del Reglamento (CE) 44/2001 declara la preponderancia de los acuerdos atributivos de competencia, incluidos por remisión del art. 13.5 al art. 14 los incluidos en seguros marítimos de responsabilidad civil (art. 14.2.a), Ello porque “podría comprometer el objetivo de proteger a la parte económica jurídicamente más débil.

85. En conclusión, la sentencia del TJUE, apartado 42, contesta la cuestión prejudicial afirmando que el art. 13.5 del Reglamento (CE) 44/2001, en relación con su art. 14.2.a, debe interpretarse en el sentido que “la parte perjudicada que dispone de acción directa contra el asegurador del autor del daño que ha sufrido no está vinculada por el acuerdo atributivo de competencia celebrado entre el asegurador y el autor citados”.

2. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 20 de junio de 2022. *London Steam-Ship Owners' Mutual Insurance Association Limited v. Kingdom of Spain*

86. En 2019, el Estado Español solicitó el reconocimiento y ejecución forzosa de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 2016 por la que se condenaba al pago al club P&I The London como responsable civil de los daños causados por el hundimiento del buque asegurado “Prestige”. Se reclama la suma asegurada de 1.000 millones de dólares, menos los 22 millones de euros ya abonados en concepto de responsabilidad en los términos del Convenio CRC 1992. La Audiencia Provincial de A Coruña, al tasar la responsabilidad, fija el importe debido por el club P&I en 855.493.575,65 euros⁴⁰.

87. Se intenta la ejecución forzosa del Auto de la Audiencia Provincial de A Coruña en el Reino Unido, porque el club P&I The London se niega al pago y porque tiene su domicilio social en el Reino Unido. Ello conforme al procedimiento previsto en los arts. 32 y ss. Reglamento (CE) 44/2001⁴¹ (*Bruselas I*). Actualmente está derogado y sustituido por el nuevo Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (versión refundida) (*Bruselas I bis*), pero el Reglamento (CE) 44/2001 resulta aplicable por ser la norma en vigor en el momento del accidente.

88. La *High Court* resolvió sobre la solicitud de ejecución presentada por el Estado Español conforme a los arts. 33 y siguientes del Reglamento (CE) 44/2001. Emitió una orden de registro de la ejecución en Inglaterra⁴².

89. El club P&I hizo uso de la facultad del art. 43 Reglamento (CE) 44/2001 y recurrió la orden de ejecución. Alegaba que la resolución española era inconciliable, según el art. 34(3) Reglamento (CE) 44/2001, con la resolución judicial de la *High Court* de 2013 de ejecución del laudo, y confirmada por

⁴⁰ Auto APA Coruña 1 de marzo de 2019 (*cit.*).

⁴¹ *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, L 12/1, de 16 de enero de 2001.

⁴² *The London Steam-Ship Mutual Insurance Association Limited and The Kingdom of Spain, M/T ‘Prestige’* [2021] EWHC 1247 (Comm), *introducción*, párrafos 32 y 33.

la *Court of Appeal*. El club P&I también se opuso por entender que el reconocimiento de la resolución supondría una vulneración del orden público inglés, en particular de la regla de la *res judicata* y/o de los derechos humanos⁴³, de modo que no cabía el reconocimiento de la sentencia del Tribunal Supremo conforme al art. 34(1) Reglamento (CE) 44/2001.

90. Ante estas alegaciones, España solicitó ante la *High Court* la presentación de una cuestión preliminar ante el TJUE. Esto fue aceptado y la *High Court* planteó el 20 de diciembre de 2020 sobre si la resolución judicial de ejecución de un laudo arbitral podría impedir la ejecución forzosa de la resolución española en el Reino Unido.

91. Es interesante remarcar la fecha de la cuestión prejudicial: 20 de diciembre de 2021, once días antes de la consumación del Brexit. De acuerdo con el art. 86 del acuerdo de retirada del Reino Unido de la Unión Europea, del Brexit, de 19 de octubre de 2019, el TJUE mantendría transitoriamente su jurisdicción para “*asuntos planteados hasta el 1 de enero de 2021*”.

92. En 2022, el Abogado General Sr. Anthony Michael Collins presentó sus Conclusiones a la Peticion de decisión prejudicial planteada por la *High Court*. Propuso considerar que una resolución judicial dictada en los términos de un laudo arbitral con arreglo al art. 66 *Arbitration Act 1996* (Ley de Arbitraje de 1996) puede constituir una “resolución” pertinente del Estado miembro requerido, a los efectos del artículo 34.3 Reglamento (CE) 44/2001, pese a no estar comprendida en el ámbito de aplicación de dicho Reglamento conforme a su art. 1.2.d), e impedir el reconocimiento de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 2016.

93. El TJUE, sin embargo, llega a unas conclusiones diferentes a las del Abogado General.

94. En primer lugar, el TJUE recuerda que el art. 1.2.d del Reglamento (UE) 1215/2012, el art. 1.2.d del derogado Reglamento (CE) 44/2001, aplicable al caso, y el art. 1.4 del Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, excluyen el arbitraje de sus ámbitos de aplicación (apartado 43). Añade que el considerando 12 del Reglamento *Bruselas I bis* subraya ahora que este Reglamento no se aplica a ninguna acción o resolución judicial relativa al reconocimiento o ejecución de un laudo arbitral (apartado 46).

95. A pesar de esta exclusión del arbitraje del ámbito de los Reglamentos *Bruselas I*, el TJUE afirma que una sentencia dictada en los términos de un laudo arbitral puede tener la consideración de resolución a los efectos del art. 34.3 del Reglamento (CE) 44/2001. Ello es debido a la definición amplia del concepto de «resolución» que se da en el art. 32 del Reglamento (CE) 44/2001 (apartados 48 y 49). Añade que de su propia jurisprudencia se desprende que la exclusión de una materia del ámbito de aplicación del Reglamento (CE) 44/2001 no impide que una resolución relativa a tal materia pueda estar comprendida en el art. 34.3 de este Reglamento y, en consecuencia, impedir el reconocimiento de una resolución dictada en otro Estado miembro que sea inconciliable con ella (apartados 51 a 53).

96. A la vista de lo anterior, todo parece indicar que el TJUE iba a decantarse por impedir la ejecución de la sentencia del Tribunal de Supremo de 14 de enero de 2016 por inconciliable con la sentencia de la *High Court* de 2013 de ejecución del laudo como sentencia en base al art. 66 *Arbitration Act 1996*. No obstante, no es así.

97. A continuación, el TJUE recuerda los principios de libre circulación de las resoluciones en esta materia, de previsibilidad de los órganos jurisdiccionales competentes y, por consiguiente, de se-

⁴³ Posteriormente rechazada por la *Court of Appeal*, que considera que no ha habido vulneración de derechos humanos, en *The London Steam-Ship Mutual Insurance Association Limited and the Kingdom of Spain, M/T ‘PRESTIGE’* [2021] EWHC 1247 (Comm).

guridad jurídica para los justiciables, de buena administración de justicia, de reducción al máximo del riesgo de procedimientos paralelos y de confianza recíproca en la justicia (apartado 56). También trae a colación el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (apartado 58).

98. El TJUE concluye que, en el presente caso, el contenido del laudo arbitral examinado en el litigio principal no habría podido ser objeto de una resolución judicial comprendida en el ámbito de aplicación del Reglamento (CE) 44/2001 “*sin infringir dos reglas fundamentales de este Reglamento concernientes, por un lado, al efecto relativo de la cláusula compromisoria insertada en un contrato de seguro y, por otro, a la litispendencia*” (apartado 59).

99. Por un lado, en relación al efecto relativo de la cláusula compromisoria insertada en un contrato de seguro, de la jurisprudencia del TJUE se desprende que un acuerdo atributivo de competencia celebrado entre un asegurador y un tomador del seguro no puede vincular a la persona perjudicada por el daño asegurado que, allí donde el Derecho nacional lo permita, desee entablar una acción directa por responsabilidad delictual o cuasidelictual contra el asegurador ante el tribunal del lugar en que se produjo el hecho dañoso o ante el tribunal del lugar de su domicilio (apartado 60)⁴⁴.

100. El TJUE, apartado 61, añade que de ello se sigue que, so pena de vulnerar este derecho del perjudicado, un tribunal distinto de aquel que ya conoce de la acción directa no debe declararse competente sobre la base de tal cláusula compromisoria, a fin de garantizar el objetivo perseguido por el Reglamento n.º 44/2001, proteger a los perjudicados por un daño frente al asegurador de que se trate (apartado 61).

101. En fin, el TJUE concluye que admitir que semejante sentencia pueda impedir el reconocimiento de una resolución recaída en otro Estado miembro a raíz de una acción directa de responsabilidad que ha ejercitado el perjudicado privaría a este de la reparación efectiva del daño sufrido (apartado 63).

V. Conclusiones

102. Una cláusula usual de los contratos de seguro P&I es la de sumisión a arbitraje por la cual los conflictos que surjan entre los contratantes han de ser resueltos por árbitros de una institución arbitral designada. Suele ser Londres para los clubs P&I domiciliados en el Reino Unido.

103. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea niega la extensión subjetiva del convenio arbitral, usual en los seguros P&I, al tercero perjudicado que reclama directamente la indemnización al club P&I. La jurisprudencia consolidada en los asuntos *Assens Havn* (2017) y *Prestige* (2022) establece que el tercero perjudicado no está vinculado por la cláusula compromisoria del contrato de seguro marítimo entre el asegurador y el asegurado responsable civil del daño. Esta regla de no vinculación a otros tribunales distintos de los que resulten de la aplicación del derogado Reglamento (CE) 44/2001 rige tanto si se trata de tribunales judiciales (caso *Assens Havn*), como de tribunales arbitrales (caso *Prestige*). Estas mismas conclusiones han de extraerse del vigente Reglamento (UE) 1215/2012.

104. El TJUE mantiene que son preferentes, en beneficio del tercero perjudicado y frente a la cláusula arbitral del seguro, las normas de distribución de competencia judicial del sistema *Bruselas*: Convenio de Bruselas de 1968, Reglamento (CE) 44/2001 (Bruselas I) y el Reglamento (UE) 1215/2012 (*Bruselas I bis*). Ello conduce a la progresiva reducción del ámbito arbitral en beneficio de los criterios de competencia de los Reglamentos *Bruselas I* y *Bruselas I bis*⁴⁵. Es uno de los efectos de la exclusión

⁴⁴ Al efecto, cita la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 13 de julio de 2017.

⁴⁵ R. ARENAS GARCÍA, “Arbitraje y jurisdicción en el espacio judicial europeo [A propósito de la sentencia del Tribunal de

del arbitraje del ámbito de aplicación de estos Reglamentos comunitarios, según el vigente art. 1.2.d) Reglamento (UE) n° 1215/2012, que excluye de su ámbito de aplicación el arbitraje, como antes lo hacía en el mismo sentido el Convenio de Bruselas de 1968 y el Reglamento (CE) 44/2001.

105. Según el art. 11 Reglamento (UE) 1215/2012, el asegurador domiciliado en la Unión Europea puede ser demandado en su propio domicilio. El art. 12 prevé que “El asegurador podrá, además, ser demandado ante el órgano jurisdiccional del lugar en que se haya producido el hecho dañoso cuando se trate de seguros de responsabilidad civil (...)”. El art. 13.1 añade que “En materia de seguros de responsabilidad civil, el asegurador podrá ser demandado, en el marco de acciones acumuladas, igualmente ante el órgano jurisdiccional que conozca de la acción de la persona perjudicada contra el asegurado, cuando la ley de este órgano jurisdiccional lo permita (la cursiva es nuestra)”.

106. Esta posición del TJUE contrasta con el Derecho inglés, que comprende varios precedentes que ofrecen una respuesta positiva a la cuestión planteada sobre la eficacia frente a terceros del convenio arbitral del seguro P&I. Sus tribunales entienden que el tercero, al reclamar directamente al asegurador en base a una ley extranjera que se lo permite, ejercita un derecho contractual en base al seguro P&I. Todas las cláusulas del contrato le son aplicables, incluido el convenio arbitral. Los tribunales ingleses consideran que cuando se entabla acción directa para exigir el cumplimiento del contrato de seguro P&I, el tercero perjudicado está dando su consentimiento al arbitraje.

107. Asimismo, en aplicación del art. 66 *Arbitration Act 1996*, el laudo dictado en base a un proceso arbitral seguido frente a un tercero al contrato de seguro P&I puede ser ejecutado judicialmente con los mismos efectos de una sentencia en el Reino Unido. Esta resolución judicial constituye un escudo británico frente a la ejecución forzosa de sentencias extranjeras sobre el mismo litigio contra el club P&I domiciliado en el Reino Unido.

108. Es claro el conflicto que subyace entre arbitraje y jurisdicción y entre los intereses británicos y europeos, respectivamente, entre proteger su arbitraje y sus fueros de competencia judicial, respectivamente. El Reino Unido aglutina ocho de los trece mayores clubs P&I de buques mercantes dedicados al transporte internacional. Londres es el líder mundial en arbitrajes marítimos.

109. Si el Reino Unido estuviera aún en la Unión Europea, sus tribunales estarían obligados a no utilizar las dos medidas esenciales para proteger el arbitraje: la *anti-suit injunction* y la ejecución de laudos arbitrales como sentencias. El Brexit sí ha permitido la protección de los intereses británicos en el arbitraje.

110. Por lo que respecta al Derecho español y la oponibilidad o no al tercero perjudicado de las usuales cláusulas arbitrales y de ley aplicable del seguro P&I, el Tribunal Supremo las considera oponibles, cuando el club P&I interpone una declinatoria de jurisdicción ante el tribunal español que conoce del asunto.

111. El precedente judicial español es el caso “Seabank” resuelto por el Tribunal Supremo el 3 de julio de 2003. Ante una acción directa, declaró su falta de jurisdicción para conocer de la misma contra el club P&I en base a una cláusula arbitral incluida en el contrato de fletamento y en el contrato de seguro P&I. La jurisprudencia menor española cita el caso “Seabank” como precedente de forma constante para admitir la incompetencia de jurisdicción y la sumisión a arbitraje, incluso tras la entrada en vigor de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima (LNM.)

Justicia (Gran Sala) de 20 de junio de 2022. *London Steam-Ship Owners' Mutual Insurance Association*], en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 73, 2022, ap. I.

112. El fundamento de la sentencia del caso “Seabank” es la inaplicación del Derecho español a la acción directa entablada contra el club P&I por el tercero perjudicado. El Alto Tribunal aplica el fuero de las obligaciones contractuales del art. 10.5 CC para remitir a la ley del contrato (que incluye sumisión a la ley nacional inglesa) y excluir la aplicación de la legislación española. La sumisión a la ley inglesa y en caso de litigio, la aplicación de ésta con arbitraje en Londres determina tanto que los tribunales españoles no son competentes, como que tampoco es de aplicación el Derecho español.

113. La cuestión de la ley nacional aplicable y la sumisión a arbitraje en el seguro P&I explica el escaso efecto judicial del reconocimiento de la acción directa del art. 465 LNM y la nulidad de las cláusulas de arbitraje en contratos marítimos si no se han negociado individual y separadamente del art. 469 LNM. Simplemente, los tribunales españoles no consideran aplicable el Derecho español a la acción directa contra el club P&I, si éste discute la jurisdicción.

114. El fundamento legal empleado es, por un lado, la libertad de los contratantes de un seguro de grandes riesgos para decidir la ley nacional aplicable a su contrato. Esta libre elección de la ley aplicable a las obligaciones derivadas de los *contratos en general* está sancionada en el art. 10.5 Código Civil, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate. En el Derecho comunitario, el art. 3.1 Reglamento (CE) nº 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (*Roma I*) indica que el contrato se regirá por la ley elegida por las partes. Para los *contratos de seguro* en especial y, específicamente, los seguros marítimos, el art. 5.2 *Roma I* señala que todo contrato de seguro que cubra un gran riesgo con arreglo al art. 5.d Directiva 73/239/CEE, de 24 de julio de 1973, se rige por la ley elegida por las partes de acuerdo con el art. 3 *Roma I*. En España, el art. 107.2 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro, señala que en los contratos de seguro por grandes riesgos las partes tendrán libre elección de ley aplicable. La Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, derogó el anterior listado del art. 107 Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro (LCS) de grandes riesgos, que ahora se incluyen en su art. 11. Ha cambiado la ubicación, pero no la consideración como seguros de grandes riesgos los de “*responsabilidad civil de vehículos marítimos, lacustres y fluviales (comprendida la responsabilidad civil del transportista)*”. En conclusión, en los seguros marítimos de responsabilidad civil de buques, incluidos los dedicados al transporte de personas y mercancías, hay libertad de elección de la ley nacional aplicable al contrato.

115. Por otro lado, la naturaleza contractual de la acción directa, de modo que el tercero que quiere reclamar el pago de la indemnización con arreglo al seguro P&I, está sometido a la cláusula de ley aplicable. Esto supone que el Derecho español no rige la acción directa contra el club P&I cuyo contrato con su asegurado se somete a un Derecho extranjero. La acción directa, si existe y sus términos, queda sometido a este Derecho porque así lo han acordado las partes originarias y que se extiende al tercero que pretende beneficiarse del contrato y cobrar la indemnización de seguro.

116. Finalmente, en otros casos en que el club P&I no discute la jurisdicción, ni alega el convenio arbitral, el Tribunal Supremo ha declarado su competencia para resolver el asunto, como en una sentencia de 14 de abril de 2009 y en la sentencia del 14 de enero de 2016 en el caso “Prestige”. El Tribunal Supremo no cambia el precedente “Seabank”, simplemente no lo considera aplicable, pues el club P&I no se ha personado en el juicio y ha declinado la jurisdicción por sumisión a arbitraje. El juez no puede apreciar de oficio el convenio arbitral, pues puede alegarlo a quien interese su aplicación (art. 11.1 LA y art. II.3 CNY).

El nuevo juicio verbal previsto en el proyecto de ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia y los estándares europeos

The new verbal trial planned in the bill on procedural efficiency measures of the public justice service and the European standards

JULIO SIGÜENZA LÓPEZ*

*Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad de Murcia*

ORCID ID: 0000-0003-0462-2635

Recibido: 14.06.2023 / Aceptado: 07.07.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.8086

Resumen: Si el proyecto de ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia resulta finalmente aprobado tal y como fue remitido en su día a las Cortes Generales, la configuración actual del juicio verbal mudará sustancialmente, ya que dejará de tener una tramitación rápida y sencilla, pudiendo llegar a desarrollarse íntegramente por escrito, contrariamente a lo que su propia denominación sugiere.

La propuesta parece estar inspirada en la normativa que regula diversos procesos europeos. Sin embargo, se aleja de los estándares que inspiran la regulación de juicios similares en Alemania, Francia, Portugal y otros países de la “zona euro”, lo que, en nuestra opinión, debería hacer recapacitar a nuestras autoridades sobre la conveniencia y oportunidad de dicha reforma.

Palabras clave: juicio verbal, estándares europeos, vista oral, proceso escrito, eficiencia procesal.

Abstract: If the bill for procedural efficiency measurements of the public Justice service is finally approved as it was sent by the Government to the Spanish Parliament («Cortes Generales»), the current configuration of the verbal trial will change substantially, since it will no longer be processed quick and easily, and may be carried out entirely in writing, contrary to what its name suggests.

The proposal seems to be inspired by the regulations applied in various European processes. However, it is far from the standards that inspire such regulation of similar lawsuits in Germany, France, Portugal and other countries of the “euro zone”, which, in our opinion, should make our authorities reconsider the convenience and opportunity of said reform.

Keywords: verbal trial, European standards, oral hearing, written process, procedural efficiency.

Sumario: I. Configuración actual del juicio verbal. II. Características más señaladas del nuevo modelo que se propone en el proyecto de ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia III. Algunas cuestiones problemáticas que suscita el texto proyectado. IV. Los pleitos de pequeña cuantía en Europa. V. Conclusiones.

1. Como es sabido, el proyecto de ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia que se tramitaba en las Cortes Generales antes de que se convocasen elecciones generales para el próximo 23 de julio proponía importantes cambios en nuestras leyes procesales que podían modificar en gran medida nuestro sistema de justicia civil.

2. Aun cuando dicha convocatoria ha paralizado la tramitación parlamentaria de dicho texto, cabe aventurar que, sea cual sea el resultado de tan importante cita electoral, el Gobierno que se constituya tras la misma retomará -con más o menos cambios- la senda iniciada por dicho texto. Algunas de sus propuestas más relevantes, aunque no se haya destacado tanto como la referida a la necesidad de acreditar que, antes de presentar una demanda ante la jurisdicción, se ha procurado alcanzar una solución negociada con la otra parte o los cambios que se sugieren en materia de casación, son las que inciden en el juicio verbal de declaración, a las que dedicaremos nuestra atención a partir de este momento.

I. Configuración actual del juicio verbal

3. Para entender debidamente lo que acabamos de decir hemos de tener en cuenta la actual configuración de dicho proceso jurisdiccional y su justificación o razón de ser.

4. Conviene por tanto recordar que, en el año 2000, los legisladores españoles reservaron para el juicio verbal «aquellos litigios caracterizados, en primer lugar, por la singular simplicidad de lo controvertido y, en segundo término, por su pequeño interés económico» (cfr. el apartado X de la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil [LECiv en lo sucesivo]), determinando que el resto de los pleitos debían seguirse por los cauces del juicio ordinario que, como el anterior, se caracteriza por observar la forma oral y, con ella, sus rasgos esenciales, los de concentración e inmediatez.

5. En concreto, se ideó para sustanciar aquellas controversias que, en principio, ofrecían menor complejidad, bien por razón de la cuantía, bien por razón de la materia, así como para postular la tutela sumaria ante nuestros tribunales.

6. *Por razón de la cuantía* se instituyó para tramitar aquellos asuntos en los que el valor de la demanda no excediese de 6.000 euros (artículo 250.2 de la LECiv), atribuyéndose su conocimiento bien a los Juzgados de Paz (hasta 90 euros), bien a los Juzgados de Primera Instancia (más de 90 euros y hasta 6.000 euros).

7. *Por razón de la materia* se pensó para aquellas cuestiones que no debían tramitarse por los cauces del juicio ordinario y se especifican en el artículo 250.1 de la LECiv. Dichas reglas particulares, que por su propia especialidad son siempre de aplicación preferente a las que vienen determinadas por razón de la cuantía (artículo 248.3 de la LECiv: «*Las normas de determinación de la clase de juicio por razón de la cuantía sólo se aplicarán en defecto de norma por razón de la materia*»), se detallan en sus números 2º (recuperación de la plena posesión de una finca cedida en precario), 8º (solicitud de alimentos debidos), 9º (rectificación de hechos inexactos y perjudiciales), 12º (acción de cesación en defensa de intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios) y 13º (demandas en las que se pretenda la efectividad de los derechos reconocidos en el artículo 160 del Código Civil).

De igual modo, de acuerdo con lo dispuesto en los apartados 4º y 5º del artículo 249.1 de la LECiv, se deciden por este cauce las acciones de cesación en materia de publicidad. Y también, por disponerlo así el artículo 328 de la Ley Hipotecaria, las demandas contra las calificaciones negativas de registradores de la propiedad y, en su caso, las resoluciones expresas y presuntas de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia del recurso contra la calificación de los registradores.

8. *Por razón de la tutela sumaria que se persigue en determinados casos*, que implica que el contenido de la contienda se limita a un aspecto concreto del litigio, sin perjuicio de que en un proceso pleinario posterior pueda dirimirse en su totalidad el conflicto que enfrenta a las partes, el juicio verbal fue el

cauce establecido para decidir las demandas con las que se pretenda que una persona con derecho a poseer una finca recupere la posesión de la misma (artículo 250.1.1º de la LECiv), que se ponga en posesión de bienes a quien los haya adquirido por herencia si no estuviesen siendo poseídos por otro a título de dueño o usufructuario (artículo 250.1.3º de la LECiv), una rápida tutela de la tenencia o posesión de una cosa o derecho (artículo 250.1.4º de la LECiv), que se suspenda con carácter inmediato una obra nueva (artículo 250.1.5º de la LECiv), la demolición o derribo de obra, edificio, árbol, columna o cualquier objeto análogo en estado de ruina que amenace con causar daños al actor (artículo 250.1.6º de la LECiv), la efectividad de derechos reales inscritos frente a quienes se opongan a ellos o perturben su ejercicio sin título que legitime la oposición o la perturbación (artículo 250.1.7º de la LECiv), o un pronunciamiento rápido sobre las consecuencias del incumplimiento de determinadas obligaciones derivadas de los contratos de ventas a plazos de bienes muebles (artículo 250.1.10º de la LECiv) o sobre el incumplimiento de un contrato de arrendamiento financiero, de arrendamiento de bienes inmuebles o de un contrato de venta a plazos con reserva de dominio que reúnan determinadas condiciones (artículo 250.1.11º de la LECiv).

En todos estos supuestos se dispone además que en ningún caso se admitirá reconvencción (artículo 438.2 de la LECiv) y, en coherencia con el objeto limitado de estos procesos, que la sentencia que en ellos se dicte no producirá efectos de cosa juzgada material (artículo 447.2 de la LECiv)¹.

II. Características más señaladas del nuevo modelo que se propone en el proyecto de ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia

9. Este diseño cambia decisivamente en el proyecto de ley antes mencionado, que modifica varios aspectos de la Ley de Enjuiciamiento Civil con el propósito de adaptar su regulación a las necesidades actuales, agilizar algunos trámites y reforzar las garantías de los procesos que regula.

Con dicha finalidad se amplían las materias que, con independencia de su cuantía, se tramitarán por las normas del juicio verbal, que también se reforma.

Con ello se sigue la tendencia iniciada en 2015 -año en que se dispuso la contestación escrita a la demanda- de dar más protagonismo al juicio verbal que, de aprobarse la reforma proyectada tal y como está ahora mismo diseñada, pasará a ser -o mucho nos equivocaremos- el proceso más usual, en detrimento del juicio ordinario que, salvo los casos en que se prevé por razón de la materia, pasaría a tener carácter residual. Se revivirá con ello la discusión de si debería existir un único procedimiento para tramitar todas las demandas civiles que pudieran plantearse², posibilidad que nos parecería desacertada por cuanto consideramos que determinadas cuestiones precisan un debate procesal más sosegado que permita centrar debidamente las cuestiones objeto de disputa, así como discutir estas con mesura y tranquilidad, sin premuras innecesarias, en el que las partes puedan concluir e informar debidamente lo que estimen adecuado en favor de sus intereses antes de que el proceso quede visto para sentencia.

10. Las causas que se sustanciarán a partir de ahora por los trámites propios de este juicio, si finalmente se aprueba el proyecto legislativo antes citado, haciéndolo antes por las del juicio ordinario o por el que correspondiera por razón de la cuantía, son aquellas en las que se ejerciten acciones individuales

¹ En el texto proyectado se añade un nuevo párrafo al citado artículo 447.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil con el siguiente contenido: «En relación a las demandas en las que se acumulen a la pretensión de desahucio o recuperación de finca dada en arrendamiento, por impago de renta o alquiler o por expiración legal o contractual del plazo, las acciones de reclamación de rentas o cantidades análogas vencidas y no pagadas, así como las acciones ejercitadas contra el fiador o avalista solidario, los pronunciamientos de la sentencia en relación a esas acciones acumuladas a la de desahucio producirán efectos de cosa juzgada».

² En tal sentido, por ejemplo: LORCA NAVARRETE, Antonio María, «La eficacia de la reciente modificación del juicio verbal por Ley 42/2015, de 5 de octubre», en *Diario La Ley* [en línea], núm. 8679, Sección Tribuna, 12 de enero de 2016, Ref. D-12, LA LEY. LA LEY 8073/2015, quien entiende que «la referida ley de reforma ha igualado, en cuanto a trámites procesales, juicio ordinario y juicio verbal por lo que se me antoja que bien podría postularse la desaparición del juicio verbal y la consolidación de un único juicio ordinario que como ordinario lo sea tal para la resolución de todas las “contendidas judiciales” a que alude el art. 248 de la Ley de Enjuiciamiento Civil»; y PERARNAU MOYA, Joan, «El juicio verbal tras su reforma por la Ley 42/2015, de 5 de octubre. Una mirada práctica», en *Diario La Ley* [en línea], núm. 8727, Sección Doctrina, 22 de marzo de 2016, Ref. D-121, LA LEY. LA LEY 1291/2016, quien aboga de *lege ferenda* por «la existencia de un único procedimiento civil, con las particularidades que se tuviera que hacer, eso sí, por razón de la materia a tratar».

relativas a condiciones generales de la contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia, así como aquellas en las que se ejercite la acción de división de la cosa común y las que otorga a las Juntas de Propietarios y a estos la Ley de Propiedad Horizontal, siempre que versen exclusivamente sobre reclamaciones de cantidad, sea cual sea esta. De este modo se incrementará el número de asuntos que se tramitarán por un procedimiento más rápido y sencillo que el del juicio ordinario, agilizando su resolución.

11. Con la misma motivación, se eleva hasta los quince mil euros la cuantía de las demandas que podrán tramitarse por las normas del juicio verbal, incrementándose así notablemente la actual, fijada en seis mil euros.

12. Sin embargo, en ambos casos surge la duda de si las causas que justifican estos cambios son las que citamos anteriormente o son otras.

13. El móvil de que parece razonable incrementar el número de asuntos que merecen tramitarse por un cauce procesal más rápido y sencillo que el fijado hasta ahora, por sí solo, no parece suficiente. Para que lo fuera, debería explicitarse por qué procede hacerlo solo en tres casos y por qué se han escogido los antedichos y no otros. Quizá la razón se encuentre en que en estos supuestos la audiencia previa al juicio no pasa de ser un acto procesal en el que usualmente solo se propone como medio de prueba la prueba documental y, en el caso concreto del primero de ellos, en que habitualmente la discusión solo versa sobre cuestiones jurídicas, quedando a continuación el asunto visto para sentencia. Si así fuera debería decirse. Si los motivos fueran otros, también. De lo contrario la decisión parece el resultado de una determinación caprichosa, insustancial, veleidosa y, como tal, arbitraria, inspirada en un antojo, en un deseo apremiante y pasajero, habitualmente extravagante.

14. En el caso de la cuantía se desconoce además si se ha realizado algún estudio previo que avale un incremento exponencialmente tan relevante como el propuesto y, en su caso, en qué datos se ha fundado aquel, lo que permitiría contrastar y, en su caso, compartir o discutir las conclusiones alcanzadas.

15. En cualquier caso, el propósito último del Gobierno, promotor de este proyecto de ley, parece claro. Una lectura atenta de dicho texto pone de manifiesto que se busca hacer de la jurisdicción civil un último recurso, no tanto por la vía del convencimiento a la ciudadanía de que ello es razonable, como por la imposición de diferentes trabas para que se recurra a ella en demanda de la pertinente tutela. Dicha conclusión parece avalada al menos por tres datos.

En primer lugar, por la imposición de que los asuntos que versen sobre cuestiones civiles y mercantiles de carácter disponible deben tratar de solventarse a través de alguno de los medios de solución de conflictos distintos al proceso jurisdiccional que en él se refieren antes de presentar demanda ante los tribunales de justicia.

En segundo término, por la reforma que contempla del régimen actualmente existente en materia de tasación de costas, que permitirá que quien haya perdido el pleito y haya sido condenado al pago de estas pueda no obstante quedar exonerado de su abono o ver reducido su importe si justifica que, antes de que se iniciase el litigio, realizó una oferta que coincide en lo sustancial con lo acordado en la sentencia, lo que resulta ciertamente paradójico, ya que, bien mirado, supone premiar a quien formuló una propuesta coincidente en lo esencial con lo dispuesto en la decisión judicial que da la razón al actor, pese a que el demandado no se aquietó a lo postulado por su adversario, no obstante esa sustancial coincidencia que antes apuntamos.

Y finalmente, si el proceso jurisdiccional resulta inevitable por no haberse alcanzado una solución extrajudicial y querer uno de los contendientes que el Estado ampare su pretensión, porque se pretende que aquel se resuelva lo más pronto posible, aunque ello sea a costa de abreviar o renunciar a trámites que antes se antojaban necesarios.

16. Junto a esta ampliación objetiva de los temas que pueden tratarse a través de este proceso, el principal cambio que se introduce en el juicio verbal afecta a su estructura.

17. Ya la reforma de 2015 sustituyó la originaria contestación de la demanda realizada de forma oral dentro de la vista por otra de carácter escrito, con lo que se asemejó en ese punto al juicio ordinario, aunque ello fuera en detrimento de la piedra angular sobre la que se había diseñado el juicio verbal. Dicho cambio fue sin embargo bien aceptado por cuanto permitía conocer de antemano las posiciones básicas de las partes, facilitaba que el demandante pudiese defenderse en la vista de las excepciones procesales y materiales que se hubieran suscitado y favorecía un justo equilibrio entre las posiciones de los contendientes.

Así mismo se estableció que, si ninguna de las partes solicitaba la celebración de la vista y el tribunal no la consideraba necesaria, se dictaría sentencia sin más trámites (artículo 438.4, I de la LECiv).

18. En el proyecto de ley se va más allá y se acuerdan nuevos cambios que mudan sustancialmente su configuración inicial.

19. Para entender debidamente lo que acabamos de apuntar conviene recordar cómo se regula en la actualidad.

El juicio verbal principia por demanda, con el contenido y forma propios del juicio ordinario, aun cuando los juicios verbales cuya cuantía no exceda de 2.000€ pueden iniciarse mediante una demanda sucinta, en la que en su caso deberán consignarse los datos y circunstancias que permitan identificar a las partes, el domicilio o domicilios donde estas pueden ser citadas y lo que se pide, concretando los hechos fundamentales en que se basa la pretensión que se interesa.

Presentada la demanda, el letrado o letrada de la Administración de Justicia que corresponda procederá a examinarla, admitiéndola por decreto o dando cuenta al tribunal cuando considere que no procede hacerlo, para que sea este el que decida lo pertinente.

Admitida en su caso, se dará traslado de esta al demandado para que la conteste, si lo tiene a bien, en el plazo de diez días, comunicándole en la misma resolución en la que se le notifique lo anterior si es posible actuar sin abogado y procurador y, en caso afirmativo, que tiene a su disposición en el juzgado unos impresos normalizados que puede emplear para responder a la demanda.

En la contestación a esta el demandado puede limitarse a defenderse, pero también puede formular reconvencción en los casos en que sea procedente conforme lo dispuesto en el artículo 438 de la LECiv, así como oponer un crédito compensable cuya cuantía no sea superior a la que determina que se siga el juicio verbal, disponiendo el actor en ambos casos de diez días para contestar por escrito a la reconvencción o formular oposición al crédito alegado.

En su escrito de contestación, el demandado debe pronunciarse necesariamente sobre si considera pertinente la celebración de la vista, aspecto sobre el que igualmente debe pronunciarse el actor en los tres días siguientes a aquel en el que se le notifique el escrito de contestación que, en su caso, el primero haya formulado.

Si ninguno de los contendientes solicita que la vista tenga lugar se dictará sentencia sin más trámites, salvo que el tribunal considere, no obstante el parecer de las partes, que aquella resulta procedente.

En cualquier caso, basta con que una de las partes pida que la misma tenga lugar para que el letrado o letrada de la Administración de Justicia señale día y hora para su celebración, aun cuando en cualquier momento posterior, previo a su inicio, el peticionario o peticionarios que la hayan interesado podrá apartarse de su ruego inicial por considerar que la discrepancia afecta a cuestión o cuestiones jurídicas, hipótesis en la que se dará traslado a la contraparte para que en el plazo de tres días exprese su parecer, transcurridos los cuales quedarán los autos conclusos para dictar sentencia si no se hubieran formulado alegaciones o manifestado oposición y el tribunal lo considera pertinente.

La vista, que constituye un acto público capital y característico de este proceso³, solo tendrá lugar si el día y hora señalado para su celebración comparecen ambas partes o al menos el demandante.

³ «Por otro lado, en cuanto a lo procedimental, frente a la dispersión de la práctica de la prueba, se introduce una novedad capital, que es la práctica de toda la prueba en el juicio o vista, disponiéndose que las diligencias que, por razones y motivos justificados, no puedan practicarse en dichos actos públicos, con garantía plena de la presencia judicial, habrán de llevarse a cabo con anterioridad a ellos. Además, se regula la prueba anticipada y el aseguramiento de la prueba, que en la Ley de 1881 apenas merecían alguna norma aislada» (cuarto párrafo del apartado XI de la Exposición de Motivos de la LECiv).

Pues si el actor no asistiese y el demandado no alegase interés legítimo en la continuación del proceso para que se dicte sentencia sobre el fondo, se entenderá que el primero desiste de la demanda, se le impondrán las costas ocasionadas y se le condenará a indemnizar al demandado comparecido, si este lo solicita y acredita haber padecido daños y perjuicios.

Comparecidas las partes contendientes, el tribunal declarará abierto el acto y comprobará si subsiste el litigio que inicialmente enfrentaba a aquellas.

Si manifiestan haber llegado a un acuerdo o estar próximas a alcanzarlo podrán desistir del proceso o, en su caso, solicitar al tribunal que homologue lo acordado. Igualmente podrán pedir conjuntamente la suspensión de las actuaciones para procurar alcanzar por sí mismas una solución consensuada.

Si no han alcanzado ningún convenio ni se mostrasen dispuestas a alcanzarlo por sí mismas, el tribunal resolverá las circunstancias que puedan impedir la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia que se pronuncie sobre el fondo del asunto y dirima la cuestión controvertida.

Si no se hubiesen suscitado cuestiones procesales o si, formuladas, acordase el tribunal la continuación del proceso, concederá la palabra a las partes para que puedan realizar aclaraciones y fijar los hechos sobre los que discrepen. Y, si no hubiese conformidad sobre todos ellos, para que puedan proponer la prueba que estimen pertinente, practicándose seguidamente la que se haya admitido.

Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas pueden resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente.

En el caso a que se refiere el párrafo anterior, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal.

Contra las decisiones del tribunal sobre admisión o inadmisión de los medios de prueba propuestos solo podrá interponerse recurso de reposición, que se sustanciará y resolverá en el acto y, si se desestimare, podrá formularse protesta a fin de hacer valer los oportunos derechos, en su caso, en la segunda instancia.

Tras la práctica de las pruebas el tribunal podrá conceder a las partes un turno de palabra para formular oralmente sus conclusiones, tras lo cual se dará por concluida la vista y se dictará sentencia en el plazo de diez días, contra la que podrá interponerse recurso de apelación, salvo que el juicio verbal se haya fijado por razón de la cuantía y esta no supere los 3.000€, hipótesis en la que -por haberlo dispuesto así el legislador- no cabe recurso.

Este *iter* procedimental puede experimentar modificaciones en algunos puntos, en función de la pretensión que se ejercite, que no es del caso comentar ahora.

20. Como antes señalamos, el diseño actual del juicio verbal cambia sustancialmente en el proyecto de ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia, haciendo de él el proceso común que, además, será a partir de ahora el más usual si finalmente se aprueba por las Cortes Generales tal y como está diseñado en el texto proyectado.

No solo eso: introduce importantes cambios que alteran notablemente su configuración inicial, desdibujando su carácter oral, santo y seña de este proceso, instituido en el año 2000 con el propósito de que se tramitasen a través de este aquellas demandas de menor entidad cuantitativa y cualitativa.

21. En efecto.

En el texto presentado al parlamento de la nación, los actuales apartados 2, 3 y 4 del artículo 440 de la LECiv, así como el apartado 1 bis del artículo 444 de dicho texto, pasan a ser los apartados 4, 5, 6 y 7 del artículo 438 de la referida ley procesal, de suerte que las demandas a que se referían los primeros pasan a tramitarse ahora por los trámites del juicio verbal y no por los del juicio ordinario.

Los cambios más relevantes se producen sin embargo en materia procedimental, en la que se proponen variaciones cuando menos sorprendentes en los nuevos apartados 8, 9 y 10 del precepto antedicho, a la par que se echan en falta otras que, a nuestro juicio, hubiera sido conveniente sugerir.

22. Entre las primeras cabe mencionar la posibilidad de que todo el procedimiento se desarrolle por escrito y sin contacto alguno con el tribunal, lo que desnaturaliza por completo un proceso que se denomina verbal, tiene en la oralidad su principal característica y, como notas consustanciales a esta, las de concentración e intermediación. Pues, como veremos a continuación, a los escritos de demanda y contestación (novedad que, como hemos comentado, se introdujo en 2015 y que, como asimismo hemos señalado, resulta sensata y razonable), se añaden ahora otros dos: los de proposición de prueba, en los que la parte actora, además de expresar los medios de prueba con los que desea corroborar sus asertos, tiene la carga de contestar a las excepciones procesales que eventualmente haya alegado el demandado; y los que se presenten, en su caso, para formular las impugnaciones a que se refieren los artículos 280, 283, 287 y 427 de la LECiv. Lo que dará lugar, en aquellos supuestos en que no se celebre vista, a un auténtico sinsentido: que un juicio que se denomina verbal y estaba ideado para que se desarrollase fundamentalmente a través de la palabra pueda tramitarse a partir de ahora íntegramente por escrito, incluso aunque no lo deseen sus protagonistas.

23. Entre las segundas, lo extraño que resulta que no se haya aprovechado la ocasión para ampliar el plazo para contestar a la demanda o, en su caso, a la reconvencción. Pues si hoy se dispone de veinte días para poder responder a lo dicho en una u otra cuando la reclamación versa sobre alguna de las tres materias que a partir de ahora, si el proyecto de ley resulta finalmente aprobado, se tramitarán por los cauces del juicio verbal, ¿qué criterio justifica que ahora se acorte dicho plazo a la mitad? Ninguno. Al menos, ninguno se explicita. Por lo que, o era excesivo antes, o resulta escaso ahora.

De igual modo, si se incrementa el ámbito cuantitativo del juicio verbal y, en función de ello, cuestiones que por razón de la cuantía hogaño se tramitan por los cauces del juicio ordinario pasarán a gestionarse por los del juicio verbal, ¿no hubiera sido sensato incrementar el plazo para responder a la demanda, fijándolo por ejemplo en el de quince días, favoreciendo con ello que el demandado pueda articular debidamente su defensa?⁴ La respuesta parece obvia: por supuesto que sí. Pues, si finalmente se aprueba el texto proyectado tal y como el Gobierno de la nación lo remitió a las Cortes Generales en la actual legislación, en el juicio verbal no siempre se ventilarán cuestiones sencillas o de escasa cuantía, sino en ocasiones algunas ciertamente complejas y/o de notable importancia cuantitativa, más del doble de la actual⁵.

24. El proyecto de ley mantiene la regla de que no es preciso contratar los servicios de abogado y procurador si la cuantía del litigio no supera los 2.000€ y, por tanto, de que en dichos supuestos los justiciables pueden defenderse y representarse a sí mismos.

Sin embargo, el que se desee incrementar la cuantía de este juicio a 15.000€ suscita la duda de si no debería revisarse al alza dicho umbral, lo que permitiría poner fin a una paradoja existente en nuestro ordenamiento a propósito de la regulación del proceso europeo de escasa cuantía que, a nuestro entender, tiene difícil justificación.

Nos explicamos.

Una de las especialidades de dicho proceso es la de que las partes pueden actuar por sí mismas, sin necesidad de estar asistidas por abogado ni por cualquier otro profesional del derecho (art. 10 del Reglamento (CE) número 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía [en adelante, RPEEC]).

Esta circunstancia se proclama en el citado Reglamento de forma objetiva, y por tanto sin conexión alguna con lo que dispongan los ordenamientos nacionales de los países en que resulta aplicable, lo

⁴ No faltan autores que proponen que el plazo para contestar a la demanda sea el mismo en el juicio ordinario que en el juicio verbal, es decir de veinte días (cfr., por ejemplo, RIZO GÓMEZ, Belén, «La demanda y la contestación en el juicio verbal. A propósito de su regulación actual y del Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia de 22 de abril de 2022 (1)», en *Práctica de Tribunales*, núm. 161, Sección Estudios, marzo-abril 2023, LA LEY, ISBN-ISSN: 2254-948. LA LEY 3135/2023).

⁵ Así lo ha propuesto, con notable acierto a nuestro parecer, el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) en el trámite de enmiendas en el Congreso de los Diputados (vid. la enmienda número 93. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XIV Legislatura, 3 de febrero de 2023, número 97-3, pág. 74).

Por su parte, el Grupo Parlamentario Confederal de Unidas Podemos-En Común Podem-Galicia en Común propone que el plazo para contestar a la demanda se amplíe a veinte días (vid. la enmienda número 246. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XIV Legislatura, 3 de febrero de 2023, número 97-3, pág. 187), es decir, como en el juicio ordinario.

que da lugar a una situación ciertamente singular en el nuestro, en el que, como es sabido, los litigantes pueden comparecer por sí mismos cuando el proceso se tramita por razón de la cuantía y esta no excede de 2.000€, pero no en los restantes casos, en los que deben hacerlo defendidos por letrado y representados por procurador (cfr. los arts. 23 y 31 de la LECiv).

Bien entendido, ello supone que, así como en los procesos que se sigan en nuestro país con arreglo a nuestro derecho interno, es preciso contratar los servicios de dichos profesionales cuando el valor económico de los mismos sobrepasa los 2.000€, en los que sigan en nuestro territorio conforme a los cauces del proceso europeo de escasa cuantía solo es preciso hacerlo si dicho valor económico excede de 5.000€. Y, por tanto, que se establece un distinto régimen de postulación procesal en función de que el asunto sea o no transfronterizo y se siga un proceso regulado en nuestro derecho nacional o el previsto en el RPEEC.

Lo anterior plantea el interrogante de si los legisladores nacionales deberían revisar el criterio establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil, incrementando los límites económicos a partir de los cuales resulta necesario contratar los servicios de abogado y procurador, cuestión ciertamente compleja, habida cuenta los intereses en juego y el hecho cierto de que la mayor o menor dificultad de los litigios no viene determinada por la cuantía económica de estos, sino por la cuestión que se debate ante la jurisdicción⁶. Esta última consideración, unida al hecho de que el derecho de acceso a la justicia no implica que los sujetos jurídicos puedan comparecer por sí mismos ante los tribunales sino que puedan hacer oír su voz, ejercer sus derechos, hacer frente a posibles discriminaciones o pedir que rindan cuentas los encargados de adoptar decisiones, nos llevan a concluir que no es preciso hacerlo. Al menos por este exclusivo motivo y sin un estudio en profundidad de lo que ello implicaría, en el que deberían ser oídos los representantes institucionales de la Abogacía y la Procura.

Sentado lo anterior, conviene subrayar de inmediato que el hecho de que, en algunos casos, las partes no precisen actuar representadas por procurador y defendidas por letrado no significa que no puedan contratar sus servicios. En absoluto. Aunque no sea necesario, en muchos de esos supuestos será conveniente que lo hagan, habida cuenta la complejidad que puede revestir el asunto, el desconocimiento de los términos y trámites jurídicos y la dificultad que entraña la técnica litigiosa.

Cuestión distinta, pero íntimamente relacionada con la anterior, es la de si el litigante que contrate los servicios de dichos profesionales cuando se siga un proceso europeo de escasa cuantía en aquellos casos en que no resulta preceptiva su intervención, puede incluir los honorarios de estos -o parte de ellos- en las costas que ha de satisfacer la parte contraria en aquellos casos en que gane el pleito. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 16 del RPEEC, puede hacerlo si su importe es proporcional al valor de la demanda o dicha contratación no fue innecesaria⁷, lo que genera la duda de cuándo puede entenderse que aquellos son adecuados al valor del litigio o cuándo fue necesario convenir sus servicios, cuestiones que no esclarece y que, sin duda, pueden ser fuente de no pocas disputas, habida cuenta la posibilidad de que existan criterios dispares en este punto cuando se proceda a tasar las costas.

25. Un relato pormenorizado de las principales novedades que se sugieren permitirá entender mejor lo que hemos apuntado antes a propósito de los cambios que se proponen en el proyecto de ley a que nos referimos y los que, al propio tiempo, por otra parte, se echan en falta.

26. Empecemos.

En la actualidad, el demandado debe pronunciarse, necesariamente, sobre si resulta pertinente que se celebre la vista cuyo desarrollo se prevé en el artículo 443 de la LECiv, al igual que el actor debe

⁶ Con todo, repárese en que esto ya se prevé en otras leyes. Por ejemplo, en la Ley de Jurisdicción Voluntaria, cuyo artículo 62.4, a propósito de la autorización o aprobación judicial para la realización de actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a los bienes y derechos de menores y personas con capacidad modificada judicialmente, dispone: «No será preceptiva la intervención de Abogado ni Procurador siempre que el valor del acto para el que se inste el expediente no supere los 6.000 euros, siendo necesaria su actuación en otro caso».

⁷ Artículo 16 del RPEEC: «La parte perdedora soportará las costas del proceso. No obstante, *el órgano jurisdiccional no condenará a la parte perdedora a pagar a la parte ganadora costas generadas innecesariamente o que no guarden proporción con el valor de la demanda*» (el subrayado es nuestro).

manifestarse a continuación sobre dicha cuestión, dentro de los tres días siguientes a aquel en el que se le haya dado traslado del escrito de contestación. Así se dispone en el artículo 438.4 de la LECiv.

Sin embargo, en la regulación que ahora se propone no se contiene dicha prevención en relación con el demandado, ni se prevé que el actor disponga de plazo alguno para manifestar su parecer sobre tan relevante cuestión tras conocer el de su adversario. Por lo que si este último desea que tenga lugar, sea para que se practique la prueba que considere que puede justificar los alegatos que haya realizado, sea para refutar las excepciones procesales que en su caso proponga el demandado, sea para centrar la cuestión controvertida, y en consecuencia el tema objeto de debate, deberá solicitarlo en su escrito de demanda, en el que deberá justificar las razones por las que, a su parecer, resulta necesaria.

27. De igual modo, ahora basta con que alguno de los sujetos procesales que confrontan sus pareceres ante la jurisdicción solicite que se celebre la vista para que el letrado o letrada de la Administración de Justicia deba señalar día y hora para que la misma tenga lugar (*vide* lo dispuesto en el artículo 438.4 de la LECiv).

El proyecto de ley cambia por completo dicho planteamiento. Y no solo no impone que el demandado deba pronunciarse sobre la necesidad de que se desarrolle dicho acto procesal, permitiendo a continuación que el actor pueda manifestar su parecer sobre dicha cuestión. Tampoco acepta que su celebración pueda depender de la voluntad de las partes. Ni siquiera de la de todas ellas. Entiende que el parecer de estas no debe ser vinculante y atribuye la decisión al tribunal, que, eso sí, deberá justificar su determinación, al tener que adoptar esta mediante auto, contra el que solo podrá interponerse recurso de reposición, que, aunque tendrá efecto suspensivo, difícilmente determinará un cambio de criterio, pues de todos es sabido la conocida tendencia que normalmente lleva a confirmar una conclusión anterior en cualquier ámbito de decisión humana, también en el judicial. Sobre todo cuando la decisión adoptada no puede ser impugnada en apelación ante un tribunal distinto y jerárquicamente superior al que decidió, como sucede en todos aquellos supuestos en los que el juicio verbal se ha seguido por razón de la cuantía y esta no supera los 3.000€.

La decisión corresponderá por tanto en exclusiva al órgano jurisdiccional que, en caso de no considerar necesaria la elaboración de la vista, procederá a declarar los autos vistos para sentencia, sin que quepa discutir su criterio ante otro tribunal cuando el pleito se siga por razón de la cuantía y no exceda de 3.000€, según hemos apuntado.

Lo anterior no resulta en absoluto razonable, como tampoco lo es -en nuestra opinión- que no se haya reparado en que el artículo 186 de la LECiv atribuye a los jueces la dirección de los debates que tengan lugar durante el desarrollo de las vistas y, en particular, la posibilidad de agilizar estas, llamar la atención a los letrados que se separen notoriamente de las cuestiones que en ellas se discutan, instándoles a evitar divagaciones innecesarias, y retirarles el uso de la palabra si de modo insistente no atendiesen sus indicaciones sobre este particular. Sin duda se dirá que, siendo ello cierto, con dicha medida no se evita la celebración de vistas que puedan ser innecesarias, pero debe tenerse en cuenta que dicha facultad puede contribuir notablemente a agilizarlas y que aquellas cumplen importantes funciones, entre las que tienen especial relevancia la de centrar las cuestiones objeto de debate y los términos de la controversia que enfrenta a las partes, lo que debe tenerse igualmente presente.

28. Llama asimismo la atención lo dispuesto en los apartados 8⁸, 9 y 10 que se propone que se introduzcan en el artículo 438 de la LECiv.

⁸ Con buen criterio, en el proyecto de ley se ha suprimido la posibilidad de que el letrado o letrada de la Administración de Justicia pudiese convocar a las partes cuando entendiéndose que el asunto podía ser susceptible de conciliación y hubiese comprobado que no se encontraba comprendido en ninguno de los supuestos contemplados en el artículo 139.2 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria. Dicha eventualidad resultaba improcedente, no solo porque dicha decisión se atribuía a dichos letrados, cuyo conocimiento del asunto se cife, en razón de su propia competencia, a cuestiones procesales y no a cuestiones de fondo, competencia de los órganos jurisdiccionales, quienes por dicha razón estarán en mejores condiciones de evaluar si es posible o no una solución negociada, sino también porque desconocía que, si las partes habían tenido que abordar ya un intento de negociación antes de presentar la demanda, al fijarse dicha regla como requisito de procedibilidad, constreñirles ahora a que intentasen una conciliación, supondría limitar en exceso su capacidad de decisión, su derecho a decidir si prefieren una solución paccionada o una decisión judicial, al tiempo que, en la mayoría de los casos, conllevaría un retraso indebido de la actividad judicial al ser indudable que, si hubiesen considerado factible dicha opción, ya la hubiesen procurado por sí mismas.

De acuerdo con la regulación sugerida:

- a) Contestada la demanda y, en su caso, la reconvencción o el crédito compensable, o transcurridos los plazos correspondientes, el letrado o la letrada de la Administración de Justicia dictará diligencia de ordenación acordando dar traslado del escrito de contestación a la parte demandante, concediendo a todas las partes un plazo común de cinco días para que propongan toda la prueba que les pueda interesar, así como para que indiquen las personas que, por no poderlas presentar ellas mismas, han de ser citadas a la vista para que declaren en calidad de parte, testigos o peritos, a cuyo fin deberán facilitar todos los datos y circunstancias precisos para llevar a cabo la citación. En el mismo plazo de cinco días podrán las partes pedir respuestas escritas a cargo de personas jurídicas o entidades públicas, por los trámites establecidos en el artículo 381.
- b) De igual modo, en ese exiguo plazo de cinco días, la parte actora podrá realizar las alegaciones que tenga por conveniente con respecto a las excepciones procesales planteadas por el demandado en su escrito de contestación que puedan impedir la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo.
- c) En los tres días siguientes al traslado del escrito de proposición de prueba, las partes podrán, en su caso, presentar las impugnaciones a las que se refieren los artículos 280, 283, 287 y 427.
- d) Transcurrido el plazo que se acaba de indicar, el tribunal resolverá por auto lo que proceda sobre la impugnación de la cuantía que en su caso haya formulado el demandado, sobre las excepciones procesales que se hayan planteado, sobre la admisión de la prueba propuesta y sobre si procede o no celebrar vista, acordando, en caso de no considerarla necesaria, que queden los autos conclusos para dictar sentencia.

Contra este auto cabrá interponer recurso de reposición, que tendrá efecto suspensivo.

Cuando la única prueba que resulte admitida sea la de documentos, y éstos ya se hubieran aportado al proceso sin resultar impugnados, o cuando se hayan presentado informes periciales y el tribunal no haya considerado pertinente o útil la presencia de los peritos en el juicio, se procederá a dictar sentencia, sin previa celebración de la vista.

29. En relación con la primera propuesta resulta llamativo que, concluida la fase de alegaciones iniciales, las partes deban presentar un escrito en el que propongan la prueba que estimen pertinente; que hayan de hacerlo en el plazo común de cinco días; y que, en el caso de que deseen que intervenga como testigo una persona jurídica o una entidad pública, en ese mismo plazo deben expresar con precisión los extremos sobre los que debe versar su declaración o informe escrito.

Y ello por las siguientes razones:

En primer lugar, porque supone un cambio radical en la configuración del juicio verbal, en el que, hasta ahora, la proposición de prueba debe hacerse en la vista, una vez ha quedado acreditado que subsiste el litigio entre las partes y que no es posible que estas alcancen un acuerdo sobre la cuestión controvertida y han quedado solventadas las cuestiones procesales que, en su caso, se hayan suscitado.

En segundo término porque, siendo importante lo anterior, que lo es, no lo es menos que, si el texto proyectado resulta finalmente aprobado, la proposición de prueba deberá formularse por escrito antes de la vista y en un mismo plazo para todas las partes de cinco días. El cambio es significativo y paradójico al menos por tres razones. De un lado, porque la exigencia de que la proposición de prueba deba formularse por escrito antes de la vista parece estar en contradicción con la máxima concentración de actos que caracteriza la tramitación del juicio verbal (cfr. el apartado XII de la Exposición de Motivos de la LECiv), que tiene en la vista su acto esencial. De otro, porque dicha formulación parece contradecir la forma oral que caracteriza y singulariza especialmente a este proceso jurisdiccional. Y finalmente porque imponer que la proposición de prueba deba hacerse en un plazo común de cinco días impide a los demandados conocer con la necesaria antelación cuál es la prueba interesada por la parte actora y, por tanto, valorar qué medios de prueba les conviene articular para intentar desacreditar la sugerida por

aquella con el propósito de justificar sus legítimas pretensiones, lo que no parece razonable⁹, siéndolo por el contrario -por las razones antedichas- que el plazo sea sucesivo¹⁰.

Semejante planteamiento recuerda inevitablemente al trámite escrito de proposición de prueba que contemplaba la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (cfr. su artículo 553, referido al llamado juicio ordinario de mayor cuantía, en el que se fijaba un período de veinte días improrrogables para proponer, en uno o varios escritos, toda la prueba que interesare a las partes; y su artículo 693, a propósito del denominado juicio de menor cuantía, en el que se fijaba el término de seis días improrrogables a tal fin), lo que confirma el cambio de tendencia antes señalado.

Y finalmente porque la disposición de que, en el referido plazo de cinco días, las partes podrán pedir respuestas escritas a cargo de personas jurídicas o entidades públicas, por los trámites establecidos en el artículo 381 de la LECiv, obvia la posibilidad de que las demás partes puedan alegar lo que estimen pertinente en relación con esta actividad probatoria y, en concreto, sobre si desean que se adicionen otros extremos a la petición de declaración escrita o que se rectifiquen o complementen los que hubiere expresado el proponente al realizarla, ya que no se prevé trámite alguno para ello antes de que el tribunal decida sobre la pertinencia y utilidad de la prueba propuesta. A no ser, claro está, que se considere que pueden argumentar lo que consideren necesario sobre este particular en los tres días siguientes a aquel en el que se les haya dado traslado del escrito de proposición de prueba y, en consecuencia, que en dicho período de tiempo no solo pueden formular las impugnaciones a que se refieren los artículos 280, 283, 287 y 427 de la LECiv sino también estas otras consideraciones.

30. Por lo que hace a la previsión de que, en ese mismo plazo de cinco días que se concede a las partes -insistimos, a todas ellas, ya que el plazo es común para todos los litigantes-, la parte actora podrá formular cuantas consideraciones estime pertinentes en relación con las excepciones procesales planteadas por el demandado en su escrito de contestación que puedan impedir la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo, debe subrayarse y ponerse de manifiesto que se trata de un plazo muy exiguo, máxime si en dicho período de tiempo no solo deben ofrecerse argumentos y reflexiones para contrarrestar dichas defensas, sino también proponer la prueba que pueda fundamentar sus alegatos y la que, en su caso, pueda desacreditar la del contrario. Un plazo de diez días resultaría sin duda más ajustado y razonable y facilitaría la labor de los letrados de la parte demandante.

31. El texto proyectado prevé que, en los tres días siguientes al traslado del escrito de proposición de prueba, las partes podrán denunciar que la copia de un documento que se les haya entregado no se corresponde con el original (artículo 280 de la LECiv), que no debe admitirse toda o parte de la prueba propuesta por los restantes litigantes por ser impertinente, al no guardar relación con lo que constituye el objeto del pleito, o no ser útil para ayudar a esclarecer los hechos controvertidos (artículo 283 de la LECiv), que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales (artículo 287 de la LECiv) o que no se reconocen los documentos aportados de contrario, los dictámenes periciales presentados hasta ese momento o los informes elaborados por profesionales de la investigación privada legalmente reconocidos que se hubiesen presentado por los demás litigantes (artículo 427 de la LECiv).

A poco que se reflexione sobre lo que se acaba de apuntar enseguida se caerá en la cuenta de que el plazo es sumamente breve para formular objeciones de tanta transcendencia como las que se acaban de apuntar. Pues impugnar implica combatir, refutar, contradecir y, por tanto, explicar y razonar por qué concurren los vicios o defectos que se denuncian: no solo mencionarlos.

⁹ En idéntico sentido se pronunció el Consejo General de la Abogacía Española en la propuesta número 42 de las que formuló al Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia al significar que «Se considera que la parte demandada tiene derecho a proponer prueba tras conocer la propuesta por la actora, y ello por pura aplicación de las reglas de la carga de la prueba. No tiene sentido un debate procesal en otros términos» (disponible en http://www.icasv-bilbao.com/images/actualidad/Observaciones%20APL%20Eficiencia%20Procesal_Definitivo3.pdf [consultado por última vez el 30 de enero de 2023]).

¹⁰ Coincidimos pues también en este punto con el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) que solicita dicho cambio en la enmienda número 93 de las presentadas al mentado proyecto de ley en el Congreso de los Diputados (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XIV Legislatura, 3 de febrero de 2023, número 97-3, pág. 74).

Por otra parte, el proyecto de ley incurre en este punto en una grave contradicción. Ya que impone al actor la carga de impugnar que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se ha podido vulnerar un derecho fundamental en un momento procesal en el que aún no se ha aceptado prueba alguna, toda vez que, de acuerdo con la redacción que se propone para el nuevo apartado 10 del artículo 438 de la LECiv, el tribunal debe decidir sobre este tema cuando haya concluido el plazo concedido para presentar las impugnaciones anteriormente referidas, no antes. La incoherencia por tanto es manifiesta, evidente, por lo que conviene enmendarla cuanto antes.

32. El citado apartado dispone además que, transcurrido el plazo antedicho de tres días, el tribunal resolverá mediante auto lo que proceda en relación con la impugnación de la cuantía del pleito que, en su caso, haya formulado el demandado, con las excepciones procesales suscitadas y con la pertinencia o impertinencia de que a continuación se celebre una vista, acordando, si considera innecesaria esta, que queden los autos conclusos para dictar sentencia.

Ya hemos señalado que, en nuestra opinión, el plazo concedido para que el actor pueda realizar alegaciones en relación con las excepciones procesales formuladas por la contraparte resulta sumamente breve. Tanto que, añadimos ahora, podría vulnerar el principio de audiencia, principio jurídico natural que, rectamente entendido, implica que ha de concederse a los litigantes la posibilidad de alegar lo que a su derecho convenga¹¹. Pero no de cualquier manera, sino de forma que efectivamente dicha alegación pueda formularse cabalmente, ya que de lo contrario tan relevante regla solo se cumplirá formalmente, no de forma efectiva, que es lo que realmente se desea.

Por lo demás, que el órgano jurisdiccional pueda desvincularse de lo solicitado por las partes y acordar que no resulta procedente que se celebre vista ni siquiera cuando todas las partes litigantes la hayan solicitado, precisará una justificación detallada y razonada que, como es lógico, requerirá que el juzgador tenga un conocimiento del pleito y de lo que en él se discute muy superior al que, con carácter general, actualmente se tiene antes de que se inicie el mentado acto procesal.

Junto a lo anterior, que un proceso que se denomina verbal y tiene como características principales la concentración de las actuaciones procesales, la inmediación o presencia judicial en la práctica de las diligencias probatorias, la comparecencia de las partes en las vistas, y la oralidad como elemento más destacado de su configuración externa, pueda desarrollarse íntegramente por escrito resulta cuando menos chocante, cuando no, como han subrayado algunos autores, una auténtica *contradictio in terminis*¹².

En la Exposición de Motivos del proyecto de ley se justifica el criterio adoptado con el argumento de que la actual regulación, al obligar a que deba convocarse vista si lo pide al menos una de las partes, da lugar a que se celebren muchísimas vistas innecesarias para la resolución del litigio, ya que este podría decidirse con base en la prueba documental presentada por las partes, y que con el cambio que se propone se evitarán situaciones como la descrita y, por tanto, retrasos injustificados en la tramitación de los pleitos. Desconocemos si es así, si es cierto que en muchísimos casos la vista resulta innecesaria para la debida resolución del pleito. Nos inclinamos a pensar que cuando ello sucede es porque se insta solo por el demandado, que en tal caso podría solicitarla con un evidente ánimo dilatorio, aun cuando es evidente que no siempre será así y que, en la mayoría de las ocasiones, la solicitará porque entienda que ello favorece su legítimo derecho de defensa. Nos cuesta creer sin embargo que sucede lo mismo cuando se pide por el actor, del que hay que presumir que desea una pronta resolución del proceso. Y, por tanto, que cuando la requiere es porque considera que puede favorecer sus intereses, ayudar a centrar la cuestión discutida y, en consecuencia, facilitar que se le conceda la tutela jurisdiccional que interesa. Sugerimos por tanto que se modifique el proyecto de ley también en este punto y que se acuerde la celebración de vista cuando lo pida al menos alguna de las partes implicadas: en el caso de la parte

¹¹ SIGÜENZA LÓPEZ, Julio, *Sistema judicial español*, 9ª edición, Ed. Laborum, Murcia, 2022, págs. 157-161.

¹² PÉREZ VEGA, M.^a Ángeles, «Una visión crítica de la proyectada reforma del juicio verbal en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia», en *Diario La Ley* [en línea], núm. 9841, Sección Plan de Choque de la Justicia / Tribuna, 3 de mayo de 2021, Wolters Kluwer. LA LEY 7423/2021; BANACLOCHE PALAO, Julio, «La reforma de los procesos civiles prevista en el Proyecto de Ley de eficiencia procesal (disposiciones generales, juicio ordinario y juicio verbal)», en *Diario La Ley* [en línea], núm. 10140, Sección Plan de Choque de la Justicia / Tribuna, 28 de septiembre de 2022, LA LEY. LA LEY 8174/2022.

actora por las razones ya apuntadas; en el caso de la parte demandada por evidentes razones de paridad, ya que en virtud del principio de igualdad de armas procesales, cuando se concede a alguna de las partes la posibilidad de pedir que tenga lugar una determinada actuación procesal, debe permitirse igualmente a las restantes que puedan interesarla.

33. La reforma propuesta suscita en este punto un comentario adicional. El de que en ningún precepto, ni en el proyectado apartado 10 del artículo 438 de la LECiv, ni en ningún otro, se dispone cuándo y cómo puede el tribunal poner de manifiesto a las partes que las pruebas que han planteado pueden resultar insuficientes para esclarecer los hechos controvertidos, indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria, ni tampoco, en directa relación con lo anterior, cuándo y cómo podrá señalarles la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente.

Dicha omisión, absolutamente trascendente y nada irrelevante, habida cuenta su gran importancia práctica, debe remediarse sin duda alguna durante la tramitación parlamentaria del texto, si el actual Gobierno revalida la confianza parlamentaria en las próximas elecciones generales y mantiene el mismo en sus actuales términos.

34. Nada se prevé tampoco acerca de cuándo y cómo podrán las partes formular alegaciones complementarias, accesorias y aclaratorias, al amparo de lo dispuesto en el artículo 426 de la LECiv, en el supuesto de que les interese hacerlo, si no se celebra vista.

De la redacción de los nuevos apartados 8 y 9 del artículo 438 de la LECiv parece inferirse que no deberán realizarse en los escritos de proposición de prueba y de presentación de las impugnaciones a que se refieren los artículos 280, 283, 287 y 427 de la LECiv. Al menos por dos razones. En primer lugar, por los propósitos tan específicos para los que dichos escritos están pensados. Y en segundo término porque en los momentos en que han de ser presentados aún se desconoce si habrá o no vista.

Pese a ello, lo cierto es que no se prohíbe que dichas alegaciones puedan realizarse en los referidos escritos, por lo que debería aceptarse que pudieran formularse en ellos o, lo que nos parece más lógico, en otro distinto. Lo que es indiscutible es que debería existir alguna previsión al respecto.

Si se optará por la segunda posibilidad, las referidas manifestaciones deberían exponerse en un escrito al que deberían acompañarse los documentos y dictámenes que se justifiquen en razón de las mentadas alegaciones, dándose traslado a continuación a las restantes partes para que, en un plazo prudencial que no debería ser inferior a cinco días, puedan expresar lo que a su derecho convenga acerca de los dictámenes periciales presentados, aceptándolos, contradiciéndolos o proponiendo que sean ampliados en algún extremo

35. El proyecto de ley guarda asimismo silencio en relación con cuándo y cómo pueden los litigantes proponer pretensiones complementarias o accesorias. Al igual que tampoco dispone nada acerca de cómo puede ponerse de manifiesto que, después de la demanda o de la contestación a esta, ha acontecido o se ha conocido algún hecho relevante para la decisión del pleito.

Lo lógico y razonable es que todas estas manifestaciones puedan ponerse de manifiesto a través de un escrito distinto a los que se prevén expresamente en los apartados que se desea adicionar al repetido artículo 438 de la LECiv. Pero sin duda debería existir alguna previsión sobre estos aspectos que aclarase las dudas que surgen ante la ausencia de disposición alguna en relación con ellos.

36. La necesidad de que se convoque vista cuando lo solicite al menos una de las partes resulta por tanto absolutamente lógica y razonable. Su convocatoria no debe depender por tanto de la discrecionalidad del juzgador. De un lado, porque la vista no solo está pensada para que se practiquen pruebas personales, que siempre se puede estar tentado de inadmitir, sino también para que en ella se cumplan otros fines igualmente relevantes, como los de formular alegaciones complementarias, añadir pretensiones accesorias a las ya ejercitadas, rebatir las excepciones procesales alegadas de contrario, refutar los argumentos contrarios a dichas defensas, escuchar las sugerencias del tribunal acerca de la posible insuficiencia de las pruebas propuestas para el esclarecimiento de los hechos controvertidos y de las que ser conveniente practicar o centrar debidamente las cuestiones objeto de debate.

37. Se añade asimismo en esta proyectada novela que cuando la única prueba que resulte admitida sea la de documentos, y éstos ya se hubieran aportado al proceso sin resultar impugnados, o cuando se hubieren presentado informes periciales y el tribunal no considere pertinente o útil la presencia de los peritos en el juicio, se procederá a dictar sentencia, sin previa celebración de la vista.

La previsión resulta razonable cuando la única prueba propuesta sea la documental. No tanto -a nuestro juicio- cuando, además de esta, se haya presentado algún informe pericial, a no ser que el juez, además de un experto en leyes, sea también técnico en la materia sobre la que verse la pericia: si no lo es, o mejor, si no consta que lo sea, resulta razonable que los peritos puedan comparecer en la vista, ratificar su dictamen y someterse a las preguntas que les puedan formular los letrados de los contendientes con el fin de esclarecer y comprender el sentido y oportunidad de sus informes.

38. En el caso de que se acuerde la celebración de la vista, llaman la atención dos notas.

De un lado, la previsión de que, antes de que se proceda a la práctica de las pruebas propuestas y admitidas, el tribunal podrá plantear a las partes la posibilidad de que se derive el litigio a un medio adecuado de solución de controversias, siempre que considere fundadamente que es posible un acuerdo entre las partes y el letrado o la letrada de la Administración de Justicia no hubiera intentado la derivación previa. El propósito en sí mismo considerado es bienintencionado, ya que en los procesos civiles de carácter dispositivo siempre es preferible un acuerdo entre los interesados que la decisión de un tercero, por más que esté forme parte del poder judicial estatal. Sin embargo, es poco realista, pues parece olvidar que, antes de que se haya presentado la demanda, la parte actora habrá debido intentar un acuerdo consensuado con la otra parte, que deberá acreditar al ser requisito de procedibilidad para que la misma sea admitida a trámite y, en consecuencia, que dicha posibilidad habrá sido ya explorada sin éxito. Con todo, no cabe descartar que puedan existir supuestos en los que las partes hayan reconsiderado su posición inicial, por lo que en algunas hipótesis tal eventualidad puede ser útil, por más que quepa augurar que serán pocos los supuestos en los que, a estas alturas, el pleito pueda concluir con una solución negociada.

De otro, la posibilidad de que la vista pueda celebrarse mediante video conferencia cuando así lo acuerde el tribunal, contingencia que solo debe ser posible cuando quede garantizada la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa (cfr. lo dispuesto en el artículo 229.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

39. Finalmente, y esta es otra novedad relevante, en caso de que se celebre vista, una vez se hayan practicado las pruebas y, en su caso, se haya permitido a las partes hacer uso de la palabra para formular oralmente sus conclusiones, se dará por terminada la misma y, salvo que se trate de un procedimiento en que no intervenga abogado, el tribunal podrá dictar sentencia *in voce*, sin perjuicio de su redacción posterior.

Al hacerlo, expresará las pretensiones de las partes, las pruebas propuestas y practicadas y, en su caso, los hechos acreditados a resultas de estas, haciendo constar las razones y fundamentos legales del fallo, con expresión concreta de las normas jurídicas aplicables al supuesto enjuiciado, significando si la sentencia es o no firme y, en esta última hipótesis, los recursos que proceden, el órgano ante el que deben interponerse y el plazo para formularlos.

El fallo, que deberá acomodarse a lo previsto en los artículos 216 y siguientes de la LECiv, contendrá, numerados, los pronunciamientos correspondientes a las pretensiones de las partes, aunque la estimación o desestimación de todas o algunas de estas pudiera deducirse de los fundamentos jurídicos, así como el pronunciamiento sobre las costas. También determinará, en su caso, la cantidad objeto de la condena, sin que pueda reservarse su determinación para la ejecución de la sentencia, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 219 de dicha ley¹³.

¹³ Con buen criterio, se excluye la posibilidad de dictar sentencias *in voce* en los juicios verbales que se hayan determinado por razón de la cuantía, esta no exceda de 2000€ y no intervenga abogado. Posiblemente para evitar que en estos casos pueda

Como hemos dicho, la sentencia se dictará al concluir el mismo acto de la vista y, si todas las personas que fueren parte en el proceso estuvieren presentes en el acto, por sí o debidamente representadas, y expresaren su decisión de no recurrir, se declarará, en el mismo acto, la firmeza de la resolución. Fuera de este caso, el plazo para recurrir comenzará a contar desde que se notifique a la parte la resolución así dictada, mediante el traslado del soporte audiovisual que la haya registrado junto con el testimonio del texto redactado, en el que, como antes se dijo, se indicará los recursos que procedan, el órgano ante el que deben interponerse y el plazo previsto para ello.

La posibilidad de que pueda dictarse sentencia oralmente en el ámbito del juicio verbal debe considerarse positiva, aunque ciertamente será excepcional. Pues dicha eventualidad requerirá un conocimiento y estudio del asunto muy detallado antes de que tenga lugar la vista característica de dicho proceso y confrontar la idea inicial que el tribunal pueda tener con el resultado de la prueba que en ella llegue a practicarse y, en su caso, con las conclusiones realizadas por las partes. Lo contrario supondría un dislate, implicaría dictar sentencia con la idea preconcebida que se tenga del asunto antes de tan relevante acto procesal.

40. Una última novedad en relación con esta materia debe ponerse de manifiesto. Nos referimos al llamado «procedimiento testigo» que, si el proyecto de ley es aprobado por las Cortes Generales, quedará regulado en el artículo 438 ter de la LECiv.

En concreto, el texto proyectado prevé que, en los juicios verbales en que se ejerciten acciones individuales relativas a condiciones generales de la contratación en los casos previstos en la legislación sobre dicha materia, el letrado o letrada de la Administración de Justicia, si considera que la demanda incluye pretensiones que están siendo objeto de procedimientos anteriores planteados por otros litigantes, que no es preciso realizar un control de transparencia de la cláusula ni valorar la existencia de posibles vicios en el consentimiento del contratante y que las condiciones generales de la contratación cuestionadas tienen identidad sustancial, antes de admitirla a trámite, pondrá en conocimiento del tribunal dichas circunstancias.

A lo anterior añade que, siempre que concurren los citados presupuestos, tanto la parte actora como la parte demandada podrán pedir en sus escritos de demanda y contestación a esta que el procedimiento se someta a la regulación prevista en el citado precepto.

Tras el pertinente examen, el tribunal dictará la resolución que estime procedente: auto acordando la suspensión del curso de las actuaciones hasta que se dicte sentencia en el primer procedimiento incoado, si estima la sugerencia realizada por el letrado o letrada de la Administración de Justicia o la petición realizada por una o ambas partes en tal sentido; o providencia acordando que prosiga la tramitación de la causa, si considera que esta es la solución más pertinente.

Muchas son las consideraciones que merecen lo que acaba de indicarse, comenzando por la propia denominación, «procedimiento testigo», que, a nuestro juicio, no refleja debidamente lo que desea implementarse¹⁴. Analizarlas todas excedería con creces del propósito de este estudio. No obstante, no nos resistimos a dejar de referir algunas que nos parecen ciertamente significativas sobre las que, a nuestro parecer, debería reflexionarse con tranquilidad y mesura durante la tramitación parlamentaria del repetido proyecto de ley.

En primer lugar, debería meditarse acerca de si en el ámbito civil pueden existir dos o más conflictos privados iguales o no. Personalmente nos parece muy discutible: puede existir semejanza entre ellos, no lo negamos, pero que sean idénticos será sumamente excepcional.

En segundo término, debería pensarse atenta y detenidamente sobre a quién debe corresponder la decisión de determinar si estamos o no ante casos idénticos. El proyecto de ley atribuye dicha decisión a los tribunales, lo que nos parece razonable y prudente. Residenciar dicha competencia en los letrados

darse la conformidad a que la decisión devenga firme sin el debido sosiego y el consejo de un experto en leyes. Aunque en tal caso hubiera bastado con señalar que en estos supuestos, dictada la sentencia en voz alta el tribunal no podrá interpelar a las partes sobre si desean o no recurrirla. Con todo, sea esta o no la razón, parece no haberse tenido en cuenta que en estas hipótesis la sentencia devendrá siempre firme, al estar vedado por lo dispuesto en el artículo 455.1 de la LECiv que puedan impugnarse en apelación «las sentencias dictadas en los juicios verbales por razón de la cuantía cuando esta no supere los 3.000 euros».

¹⁴ Seguramente sería preferible referirse a él como «procedimiento de referencia».

o letradas de la Administración de Justicia, en nuestra opinión, supondría atribuirles una responsabilidad que excedería sobradamente sus funciones.

En tercer lugar convendría reflexionar sobre si resulta adecuado que una decisión tan trascendente como la posible suspensión de las actuaciones pueda adoptarse antes de que se admita a trámite la demanda y, se acuerde en ese instante o en un momento posterior, sin recabar el parecer de las partes.

Lo primero no resulta razonable: tendría más sentido que una decisión de tanto calado como la posible suspensión de las actuaciones se acordase, en su caso, después de que se haya admitido a trámite la demanda, pues si esta resulta inadmisibles, por ejemplo por falta de competencia, no tendría ningún sentido no declararlo cuanto antes.

Es más, si se piensa con el debido sosiego, enseguida se caerá en la cuenta de que tampoco parece adecuado decidir sobre esta cuestión en un momento tan inicial del proceso. Parece más razonable hacerlo cuando se tenga el absoluto convencimiento de que concurren los presupuestos antes mencionados.

Lo segundo tampoco. Que pueda ordenarse de oficio la suspensión de las actuaciones sin recabar al menos la opinión del actor, además de una falta de respeto y de consideración hacia este, que lo es, supone desconocer que el pleito se inicia por voluntad del demandante y que por tanto debería recabarse su parecer antes de adoptar ninguna decisión al respecto; y no solo por razones de elemental cortesía, como antes apuntamos, sino también porque tiene derecho a ofrecer razones a favor o en contra de la posible suspensión de las actuaciones y a que el juzgador pueda valorarlas antes de tomar una decisión al respecto. No basta por tanto con que pueda recurrir la resolución adoptada: debe concedérsele la oportunidad de manifestar su parecer antes de que se adopte ninguna decisión, sin perjuicio de que, si sus opiniones no son atendidas, posteriormente pueda reproducir sus argumentos y abundar en la justificación de estos si opta por impugnar aquella. Lo dicho respecto del actor es reproducible, como es lógico, en relación con la parte demandada si estuviese personada en las actuaciones cuando se plantea la posibilidad de que se acuerde la suspensión antedicha.

Asimismo, resulta imprescindible determinar cuándo dos o más procedimientos contienen pretensiones idénticas. Pues aunque inicialmente puede entenderse que para ello basta con comparar lo que se haya solicitado en ambos, una reflexión más rigurosa permite concluir que no será tan sencillo. En efecto. Conviene reparar en que la implantación del «procedimiento testigo» en el orden civil de la jurisdicción se circunscribe al ámbito de las condiciones generales de la contratación y que, en dicho campo, un mismo producto ha podido comercializarse de forma muy distinta con los consumidores que lo han adquirido y que, aunque dos o más usuarios, puedan solicitar lo mismo al interesar el amparo de la jurisdicción, cada supuesto es distinto y puede tener matices que no tienen por qué tener otros semejantes.

De igual modo, en directa relación con lo que se acaba de apuntar, convendría determinar si basta con que exista otro procedimiento en el que se estén formulando pretensiones «idénticas» para que pueda hablarse de «procedimiento testigo» o si es preciso, por el contrario, que existan varios. La expresión «procedimientos anteriores planteados por otros litigantes», empleada en el eventual futuro artículo 438 ter de la LECiv, permite concluir, ya que se emplea el plural, que será preciso que existan varios. Sin embargo, convendría aclararlo y evitar así posibles criterios discrepantes. Si se piensa con tranquilidad, si el propósito que se persigue con esta figura es el de desatascar los juzgados, parece exigible que deban existir varios, no solo dos, pareciendo adecuado fijar un número más elevado, no inferior a cinco, por ejemplo.

Por último, dos acotaciones.

Primera: no se prevé que el proceso que se toma como referencia pueda concluir con un acuerdo de las partes, hipótesis en la que la suspensión de las actuaciones seguidas en otro no habría servido para nada, dilatándose innecesariamente la tramitación de la causa y, con ella, la respuesta de la jurisdicción.

Segunda: la técnica del «procedimiento testigo» supone que dos o más procedimientos suspenden su tramitación mientras se resuelve otro, iniciado antes que los que quedan en letargo. Dicho criterio temporal, aparentemente razonable, tiene sin embargo el inconveniente de que, en alguno de los paralizados, se hayan ejercitado pretensiones adicionales a la que es «idéntica» a la que se formula en el que se toma como referencia. En tal supuesto, sin duda dicha circunstancia debería ponderarse debidamente antes de acordar alguna decisión sobre la posible suspensión del procedimiento iniciado posteriormente, ya que, en función de las circunstancias concurrentes, podría resultar más conveniente su tramitación que la antedicha paralización.

III. Algunas cuestiones problemáticas que suscita el texto proyectado

41. Cuanto acabamos de referir pone claramente de manifiesto que los cambios proyectados modifican sustancialmente el juicio verbal, tal y como hoy lo conocemos. Un análisis más detenido revela además que los citados cambios en ocasiones no encajan bien con lo dispuesto en algunos preceptos de la LECiv que resultan inalterados y que, en otras, suscitan problemas para los que no existe una solución expresamente prevista.

Así, en concreto:

- A) Nada se dispone acerca de cuándo y de qué manera han de solicitar las partes la celebración de vista en aquellos casos en que les interese que tenga lugar.
La respuesta más lógica, sin embargo, es la de que deberán hacerlo en sus escritos de proposición de prueba, una vez hayan referido los medios de prueba de que quieran valerse, argumentando por qué la consideran necesaria y qué puede aportar que se lleve a cabo. Pese a ello, no será extraño que, en más de una ocasión, se solicite en los escritos de demanda y de contestación a esta por medio de otrosí, lo que a nuestro juicio resultaría inapropiado si no se reitera luego en los mentados escritos de proposición de prueba.
- B) No se prevé cuándo y cómo podrán las partes alegar la existencia de hechos nuevos o de nueva noticia que hayan conocido después de que hayan presentado sus escritos de alegaciones iniciales.
Lo razonable es que puedan hacerlo presentando un escrito en cuanto tengan conocimiento de estos, del que deberá darse traslado a los restantes litigantes para que puedan exponer lo que a su derecho convenga en relación con ellos. Y que en dicho escrito pueda proponerse la práctica de aquella prueba que consideren pertinente en orden a su acreditación o, en su caso, a su refutación.
- C) En el supuesto de que se impugne algún documento privado o electrónico presentado por alguno de los restantes contendientes, objetando su autenticidad¹⁵, quien lo haya aportado debe tener la oportunidad de proponer prueba para acreditar su certidumbre y, por tanto, para que pueda desplegar los efectos que le son propios.
Pues bien, aunque nada se dispone expresamente en el citado proyecto de ley, a nuestro juicio lo lógico sería que, ante dicha objeción, el tribunal tuviese necesariamente que convocar vista para que pueda practicarse en ella el cotejo pericial de letras o cualquier otro medio de prueba que pueda resultar pertinente y útil para justificar su certeza (cfr. lo dispuesto en los artículos 326 y 320.3 de la LECiv).
- D) Actualmente, si se acuerda la designación judicial de peritos, por concurrir alguno de los supuestos en que puede tener lugar, cabe tachar al experto en el que concurra alguna de las circunstancias referidas en el artículo 343.1 de la LECiv, formulándose la misma en el acto de la vista, en la que cualquier parte interesada podrá dirigirse al tribunal para negar o contradecir la tacha, aportando los documentos que considere oportunos al efecto (artículo 344 de la LECiv).
Nada se dice en el proyecto de ley repetidamente mencionado sobre qué procede hacer en este caso. Pero parece evidente, en función de lo expuesto, que estamos ante un supuesto en el que la celebración de la vista resultará ineludible.
Con ello se facilitará además que el experto pueda proporcionar las aclaraciones y explicaciones que, en su caso, se consideren oportunas en orden a comprender y valorar su informe (*vide* lo dispuesto en el artículo 346 de la LECiv).
- E) Nada se dispone tampoco acerca de cómo y dónde pueden formularse alegaciones y pretensiones complementarias, en caso de entenderse necesarias.

¹⁵ Como es sabido, la impugnación de la autenticidad de un documento público tiene un régimen propio, previsto en el artículo 320 de la LECiv.

Como ya hemos apuntado, a la vista de la regulación proyectada, lo razonable es que puedan hacerlo a través de un escrito, del que deberá darse traslado a las demás partes procesales para que puedan exponer lo que estimen conveniente con todas y cada una de ellas. Y que en las referidas alegaciones pueda proponerse la práctica de aquella prueba que, en cada caso, se considere adecuada en orden a su justificación o refutación.

- F) De igual modo nada se apunta acerca de cómo pondrá poner de manifiesto el tribunal que las pruebas propuestas por las partes pueden ser insuficientes para esclarecer los hechos controvertidos, indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Hoy por hoy se hace en la vista, acto procesal en el que asimismo el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, puede señalar la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente.

Si el proyecto de ley resulta finalmente aprobado en este punto tal y como fue remitido en su día al parlamento de la nación, parece que dicha manifestación deberá tener lugar por escrito, concediendo un plazo a los litigantes para que, si lo tienen a bien, completen la proposición de prueba inicialmente realizada. Si así lo hiciese alguno de ellos, por evidentes razones de igualdad, debería concederse a las restantes partes la posibilidad de alegar -en un plazo razonable y proporcionado- lo que considerasen conveniente a su interés.

IV. Los pleitos de pequeña cuantía en Europa

42. Un análisis ponderado de la proyectada reforma de nuestro juicio verbal permite concluir que el Gobierno que la promueve ha tenido en cuenta la regulación del proceso europeo de escasa cuantía y se ha inspirado en ella en no pocos aspectos para diseñar este nuevo modelo que se quiere más simplificado y rápido que el actual. Así se deduce al menos de lo que expondremos a continuación.

Con carácter previo permítasenos sin embargo señalar tres características que ya los asimilaban.

En primer lugar, la de que tanto en uno como en otro las alegaciones iniciales de las partes se formulan por escrito: en el juicio verbal desde hace casi ocho años, desde la reforma operada en la Ley de Enjuiciamiento Civil en 2015 (véase a este respecto la Ley 42/2015, de 5 de octubre), en el proceso europeo de escasa cuantía desde que se instituyó, el 11 de julio de 2007.

En segundo término en que ambos pueden iniciarse mediante un formulario estándar de demanda: en el proceso europeo de escasa cuantía en todo caso, ya que así se facilita la tramitación de procesos transfronterizos; en el juicio verbal cuando no resulta preciso contratar los servicios profesionales de un abogado y un procurador, supuesto en el cual el interesado puede cumplimentar unos impresos normalizados que se encuentran a su disposición -o así debería ser, ya que en la práctica no es tan sencillo- en el órgano judicial correspondiente (artículo 437.2, II de la LECiv).

Finalmente, en el hecho de que ambos procesos están pensados para tramitar determinados asuntos de pequeña cuantía.

Pues bien, como acabamos de señalar, si el mentado proyecto de ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia resulta aprobado tal y como se remitió en su momento a las Cortes Generales, las similitudes entre el citado proceso europeo y el juicio verbal español se incrementarán notablemente.

De un lado, porque como hemos apuntado, el juicio verbal podrá tramitarse íntegramente por escrito si el juez no entiende necesaria la celebración de una vista, aun cuando sea pedida por todos los litigantes, hipótesis semejante a la que refiere el Reglamento (CE) 861/2007, por el que se crea un proceso europeo de escasa cuantía (RPEEC en lo sucesivo), en el que se dispone que el órgano jurisdiccional celebrará una vista oral si lo considera necesario o si alguna de las partes así lo solicita, significándose que no obstante en este último supuesto puede acordar que no se celebre vista, y por tanto desestimar dicha petición, si, a la vista de las circunstancias del caso, la considera improcedente para el correcto desarrollo del procedimiento (artículo 5.1 del RPEEC). Con dicha opción queda patente, como puso de manifiesto GASCÓN INCHAUSTI hace quince años a propósito de este último, que el legislador considera la

oralidad un claro obstáculo para que los procesos de pequeña cuantía se resuelvan a través de procesos simples, rápidos y poco costosos¹⁶.

De otro, en el hecho de que en ambos procesos la vista, de tener lugar, podrá celebrarse mediante videoconferencia si se dispone de los medios técnicos correspondientes (véanse al respecto los artículos 443 en la redacción propuesta en el proyecto de ley y el artículo 8 del RPEEC), lo cual si bien tiene sentido cuando el proceso es transfronterizo, pues reduce los costes y acerca la justicia a los ciudadanos, no parece tenerlo tanto cuando el asunto es nacional y se tramita por los cauces de un proceso en el que la ley procesal civil patria desea que prime la intermediación, la publicidad y la oralidad, hasta el punto de que señala que deben ser efectivas, en el caso de los juicios verbales, «por la trascendencia de la vista» (cfr. el Apartado XII, octavo párrafo, de la Exposición de Motivos de la LECiv).

Asimismo, en el dato de que tanto en uno como en otro proceso las partes han de proponer la prueba que deseen practicar para acreditar sus respectivos asuntos antes de que, en su caso, tenga lugar la citada vista: en la reforma propuesta del juicio verbal, después de que se haya contestado la demanda y, en su caso, la reconvencción o el crédito compensable, o hayan transcurrido los plazos correspondientes, por escrito y en un plazo común de cinco días; en el proceso europeo de escasa cuantía, en los respectivos escritos de alegaciones.

Y también porque se propone una ampliación del umbral cuantitativo máximo que cabe reclamar a través del juicio verbal (que pasará de 6.000€ a 15.000€, mucho más del doble de la suma actual), a semejanza de lo que ya ocurrió en 2015 en relación con el proceso europeo de escasa cuantía (año en que paso de 2.000€ a 5.000€), lo que pone de manifiesto que en ambos procesos se ha ampliado notablemente, en la misma proporción (2 veces y media), la cuantía económica para la que estaban inicialmente pensados.

Las anteriores consideraciones evidencian con claridad, a nuestro parecer, que, aunque no se exponga así en el repetido proyecto de ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia, en cuya Exposición de Motivos no se hace referencia alguna a este proceso europeo, sus autores se han inspirado claramente en él al formular las principales propuestas de modificación que pretenden introducir en nuestro juicio verbal, olvidando sin embargo que aquel está pensado para favorecer la cooperación judicial en materia civil en determinados asuntos con repercusión transfronteriza y, por tanto, que sus disposiciones tienen como propósito simplificar y acelerar litigios de hasta 5000€ cuando al menos una de las partes esté domiciliada o tenga su residencia en un Estado miembro de la Unión Europea distinto de aquel al que pertenezca el órgano jurisdiccional que conozca del asunto, por lo que extrapolarlas y tenerlas en cuentas para asuntos domésticos no está exento de riesgos y eventuales equivocaciones.

Por lo demás, la posibilidad de que en reclamaciones de pequeña cuantía se celebre una vista, si lo pide al menos una de las partes, es común en los procesos previstos para dichas reivindicaciones en Alemania¹⁷, Irlanda¹⁸, Croacia¹⁹, Lituania²⁰, Hungría²¹, Países Bajos²², Francia²³, Portugal²⁴ y Luxemburgo²⁵, entre otros países europeos.

Establecerla como excepción, por tanto, no parece responder a criterios sólidos de índole jurídico, sino al propósito de desincentivar la utilización del sistema judicial para discutir y dilucidar los incómodos litigios de pequeña cuantía, en feliz expresión de HERRERO PEREZAGUA²⁶.

¹⁶ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, «Un nuevo instrumento para la tutela de los consumidores y de los créditos transfronterizos: el proceso europeo de escasa cuantía», en *Ius et Praxis* [en línea]. 2008, vol.14, número1, págs. 167-197.

¹⁷ Vid. https://e-justice.europa.eu/42/ES/samll_claims?GERMANY&MEMBER=1 (fecha de consulta: 27/02/2023).

¹⁸ Vid. https://e-justice.europa.eu/42/ES/samll_claims?IRELAND&MEMBER=1 (fecha de consulta: 27/02/2023).

¹⁹ Vid. https://e-justice.europa.eu/42/ES/samll_claims?CROATIA&MEMBER=1 (fecha de consulta: 27/02/2023).

²⁰ Vid. https://e-justice.europa.eu/42/ES/samll_claims?LITHUANIA&MEMBER=1 (fecha de consulta: 27/02/2023).

²¹ Vid. https://e-justice.europa.eu/42/ES/samll_claims?HUNGARY&MEMBER=1 (fecha de consulta: 27/02/2023).

²² Vid. https://e-justice.europa.eu/42/ES/samll_claims?NETHERLAND&MEMBER=1 (fecha de consulta: 27/02/2023).

²³ Vid. https://e-justice.europa.eu/42/ES/samll_claims?FRANCE&MEMBER=1 (fecha de consulta: 27/02/2023).

²⁴ Vid. https://e-justice.europa.eu/42/ES/samll_claims?PORTUGAL&MEMBER=1 (fecha de consulta: 27/02/2023).

²⁵ Vid. https://e-justice.europa.eu/42/ES/samll_claims?LUXEMBOURG&MEMBER=1 (fecha de consulta: 27/02/2023).

²⁶ HERRERO PEREZAGUA, Juan Francisco, «Los incómodos litigios de pequeña cuantía», en *Derecho y proceso: liber Amicorum del profesor Francisco Ramos Méndez* (dirigido por Manuel Jesús Cachón Cadenas y Justo Franco Arias), Vol. 2, Ed. Atelier, Barcelona, 2018, págs. 1265-1280.

No es este el único proceso europeo en el que los autores del proyecto de ley pueden haberse inspirado. Pues un análisis del proceso monitorio europeo pone de manifiesto ciertas características coincidentes con las que en el ámbito interno español ahora se proponen, siendo las más significativas a este respecto las de que se trata de un proceso que se desarrolla íntegramente por escrito, a través de formularios, sin que exista vista oral, se practique prueba o quepa enunciar informe final alguno²⁷.

V. Conclusiones

43. A la vista de lo expuesto en los párrafos anteriores pueden alcanzarse al menos las siguientes deducciones:

Primera.- La reforma operada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, introdujo importantes modificaciones en la regulación del juicio verbal, aun cuando no se aprovechó la ocasión para dejar zanjadas algunas cuestiones clave de singular importancia, como la de si las partes podían hacer uso de la palabra al final de la vista para formular conclusiones, que se permitió, pero solo si lo autorizaba en cada caso el tribunal correspondiente. El proyecto de ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia tampoco lo hace, proponiendo destacados cambios que, en nuestra opinión, mudan la naturaleza de tan importante proceso declarativo ordinario y puede provocar una mayor dilación en su tramitación, contrariamente a lo que se pretende.

Segunda.- Dicha afirmación no es gratuita. Pues, a consecuencia de las modificaciones que se sugieren, un proceso pensado en su inicio para tramitarse principalmente de forma oral puede acabar transformándose, en no pocos casos, en un proceso que se tramite totalmente por escrito, contrariando así el espíritu con el que fue concebido y lo dispuesto en el artículo 120.3 de nuestro texto constitucional, precepto que, como es sabido, establece que los procedimientos judiciales se tramitarán preferentemente de forma oral.

Tercera.- Lo anterior, siendo grave, que lo es, no es sino consecuencia de un deseo no explícito pero sí manifiesto de reservar la jurisdicción civil solo para aquellos supuestos en los que dos o más sujetos jurídicos no son capaces, por sí mismos o con la ayuda de otros, de solucionar los problemas jurídicos que les enfrentan, sancionándose así el recurso a la jurisdicción que, como es sabido, constituye un derecho fundamental reconocido a todos los ciudadanos.

Cuarta.- El citado proyecto de ley pretende otorgar más protagonismo al juicio verbal, en detrimento del denominado juicio ordinario, al considerar que de esta manera se tramitarán de forma más rápida un importante número de asuntos sometidos al parecer de la jurisdicción. A tal fin, incrementa el número de asuntos que por razón de la materia deberán discutirse por los cauces de este proceso declarativo ordinario y la cuantía de los juicios que deberán ventilarse por sus trámites, que pasa de 6.000 a 15.000 euros.

Quinta.- Sin embargo, un análisis concienzudo de los cambios que se proponen permite concluir que la reforma proyectada cambia decisivamente la esencia del juicio verbal tal y como fue concebido en el año 2000, que dejará de ser un proceso con una tramitación sencilla y rápida, transformándose en otro que puede desarrollarse íntegramente por escrito, contrariamente a lo que su propia denominación sugiere.

Sexta.- Sin ánimo de exhaustividad, pueden señalarse los siguientes puntos sobre los que convendría reflexionar durante la tramitación parlamentaria de este proyecto de ley:

1. Resulta anómalo que el tribunal pueda acordar que no tenga lugar vista alguna, pese a ser esta el acto procesal más relevante de este proceso jurisdiccional, aun cuando pidan su

²⁷ Sobre este relevante proceso europeo hay numerosa y valiosa bibliografía española. Cfr., por todos, ANTÓN JUÁREZ, Isabel, «El proceso monitorio europeo: ¿Un proceso ágil y económico para la reclamación de créditos no impugnados transfronterizos?», en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2022), Vol. 14, núm. 2, págs. 92-165; CORREA DELCASSO, Juan Pablo, *El proceso monitorio europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2008; GÓMEZ AMIGO, Luis, *El Proceso Monitorio Europeo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008; GONZÁLEZ CANO, M.^a Isabel, *Proceso monitorio europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008; y PLANCHADEL GARGALLO, Andrea, *Reclamación de créditos en la Unión Europea: El Proceso Monitorio Europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

celebración todas las partes personadas en él. Dicha previsión resulta contraria a la razón de ser del juicio verbal y puede afectar a las legítimas estrategias procesales de las partes, mermando su derecho a una solución justa.

2. Lo anterior, siendo preocupante, que lo es, aún es más inquietante si se tiene en cuenta que, por haberlo dispuesto así el legislador, dicha decisión solo puede recurrirse en reposición en todos aquellos asuntos tramitados por razón de la cuantía en los que esta no exceda de 3.000 euros.
3. El propósito de que no se celebre vista alguna en este proceso jurisdiccional, salvo cuando no haya más remedio, se revela con claridad de las siguientes previsiones:

a) De la necesidad de que las partes deban proponer por escrito los medios de prueba de que quieran valerse para acreditar sus alegaciones una vez haya concluido la fase de alegaciones iniciales, a fin de que el órgano jurisdiccional se pronuncie sobre su procedencia en la misma resolución en la que ha de decidir si convoca o no a las partes a una vista.

Por lo demás, resulta censurable que dicha proposición de prueba deba realizarse en un plazo común de cinco días por todos los litigantes. Pues sería mucho más adecuado que se acordase que pudiera hacerse en un plazo sucesivo, a fin de que los demandados pudiesen conocer la formulada por la parte actora antes de decidir la que les conviene articular para desacreditar lo pedido por esta y justificar sus propios asertos.

Parece igualmente criticable que, en ese mismo plazo de cinco días, las partes deban remitir el cuestionario que deseen que contesten por escrito las personas jurídicas o las entidades públicas que consideren que deben responder a determinadas preguntas, sin que se prevea la posibilidad de que los demás litigantes puedan solicitar que se adicione alguna o que se modifique o rectifique en algún extremo las que se hubieren expresado. A no ser, claro está, que se considere que pueden hacerlo a través de un escrito posterior, lo que obviamente enlentecería la tramitación de la causa, contrariamente a lo que se desea.

b) De la carga impuesta a la parte actora para que, en ese mismo plazo, sumamente breve como se aprecia para formular tantas y tan relevantes cuestiones, exponga las consideraciones que tenga a bien en relación con las excepciones procesales que hayan formulado en su caso los demandados y puedan impedir la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo.

4. Resulta asimismo perturbador que no se prevea trámite expreso alguno para que:

a) El tribunal pueda poner de manifiesto a las partes que, en su opinión, las pruebas propuestas pueden resultar insuficientes para esclarecer los hechos controvertidos, indicando el hecho o hechos que, a su entender, podrían resultar afectados por la insuficiencia probatoria, o aquellas que considera que sería conveniente practicar. Ambas posibilidades, previstas en el artículo 429.1 de la LECiv a propósito del juicio ordinario, son -como es sabido- plenamente aplicables en el juicio verbal.

b) Las partes puedan formular alegaciones complementarias, accesorias y aclaratorias, en el supuesto de que les interese hacerlas; añadir pretensiones complementarias o accesorias a las ya interesadas; o poner de manifiesto que ha acontecido algún hecho relevante para fundamentar las pretensiones de las partes en el pleito o que se ha conocido un hecho anterior asimismo trascendente para dicho propósito.

Es asimismo sorprendente y descorazonador que se conceda un exiguo plazo de tres días para impugnar la prueba interesada de contrario, absolutamente insuficiente para refutar convenientemente un aspecto tan relevante para los litigantes.

5. Si, a la vista de lo anterior, no convendría repensar el modelo de juicio verbal que se desea, innovando algunas cuestiones que favorezcan que sea el proceso más empleado sin mer-

ma de garantías que resultan esenciales y hasta la fecha no habían merecido reproche que justifique un cambio tan drástico como el que se pretende, que, lejos de acercar la justicia a los ciudadanos, favorece que puedan percibirla como un poder estatal ajeno a ellos, a sus preocupaciones y a sus justificados anhelos.

Séptima.- Las anteriores consideraciones ponen de manifiesto que el Gobierno español ha tenido en cuenta la regulación del proceso europeo de escasa cuantía al proponer los cambios que sugiere el proyecto de ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia en relación con nuestro juicio verbal. Sin embargo, parece desconocer que aquel está pensado para simplificar y acelerar litigios de pequeña cuantía en determinados asuntos transfronterizos y, por tanto, para supuestos muy distintos de aquellos para los que está pensado dicho proceso declarativo ordinario, lo que puede dar lugar a importantes disfunciones, como las que hemos tratado poner de manifiesto a lo largo del presente trabajo.

Octava.- Son numerosos los países de la Unión Europea que regulan el desarrollo de una vista en los procesos civiles para que las partes puedan centrar los puntos de debate, quepa resolver las cuestiones procesales que puedan impedir que el proceso concluya con una sentencia sobre el fondo, se exploren las posibilidades de alcanzar una solución negociada y aquellas puedan proponer los medios de prueba de que quieran valerse. Dicha vista o bien se prevé como un trámite obligatorio o bien se configura como un acto procesal que necesariamente ha de tener lugar si uno de los litigantes lo pide. La vista no constituye pues un acto procesal superfluo, ni se concibe así en esos países. En ellos el poder político puede estimular el uso de otras instituciones para la paz social distintas al proceso jurisdiccional, pero no a costa de que haya menos proceso. Lo mismo hacen las autoridades europeas: estimulan -es cierto- la resolución negociada de los conflictos, pero no a costa de poner trabas a su resolución por los tribunales; dictan normas para solucionar de forma rápida y eficaz los conflictos de derecho transnacional, por cuanto es un tema que le compete y preocupa, fomentando a tal efecto las soluciones extrajudiciales o articulando cauces procesales rápidos que puedan solventarlos, pero siempre desde el sumo respeto a las normativas nacionales, que no deberían suprimir trámites que pueden favorecer los derechos de los litigantes.

La justicia como límite de la cosa juzgada

Justice as the limit of res judicata

JULIO SIGÜENZA LÓPEZ

Profesor Titular de Derecho Procesal

Universidad de Murcia

Recibido: 26.06.2023 / Aceptado: 07.07.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.8087

Resumen: Justicia y seguridad jurídica son dos caras de una misma moneda; dos anhelos que se complementan. Pese a ello, en supuestos ciertamente excepcionales es preciso optar por dar prevalencia a uno de ellos. Es decir: dar prioridad a la seguridad jurídica y en consecuencia no permitir que pueda modificarse lo decidido con fuerza de cosa juzgada, pese a tener constancia de que en dicha resolución no se ha respetado lo dispuesto en normas imperativas; o bien dar prioridad al principio de justicia y admitir que, en dichas hipótesis, la cosa juzgada no debe prevalecer. En esta difícil disyuntiva, en la que pueden esgrimirse destacados argumentos en favor de ambas posiciones, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha optado en diferentes resoluciones por dar prevalencia al derecho comunitario europeo y, por tanto, hacer prevalecer los derechos reconocidos a los particulares en dicha normativa, lo que obliga a reflexionar sobre los efectos inherentes a las sentencias judiciales y el verdadero sentido de la llamada cosa juzgada material.

Palabras clave: Derecho de la Unión Europea, cosa juzgada, revisión de sentencias firmes, justicia.

Abstract: Justice and legal certainty are two sides of the same coin; two desires that complement each other. Nevertheless, in certainly exceptional cases it is necessary to choose giving precedence to one of them. In other words: giving priority to legal certainty and consequently not allowing to modify what have been decided with the force of res judicata, despite being aware the provisions of mandatory regulations have not been respected in this resolution; or alternatively, giving priority to the principle of justice and admit that, res judicata should not prevail in such a hypothesis. In this difficult dilemma, where outstanding arguments can be put forward in favour of both positions, the Court of Justice of the European Union has opted in different resolutions to give precedence to European Community law and, therefore, to make prevail the rights recognized to the individuals in these regulations, which forces us to reflect on the inherent effects of judicial decisions and the true meaning of the so-called material res judicata.

Keywords: European Union law, res judicata, review of final judgments, justice.

Sumario: I. Derecho de la Unión Europea y autonomía procesal de los Estados que la integran. II. El proceso de revisión de sentencias firmes regulado en España no constituye el instrumento adecuado para rescindir aquellas sentencias firmes que, tras haber adquirido dicho carácter, se revelan incompatibles con el derecho comunitario europeo que nos hemos dado. Posibles soluciones. III. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el sistema de protección de los consumidores que establece la Directiva 93/13/CEE y las discutidas consecuencias que se derivan del mismo.

*juliosig@um.es

I. Derecho de la Unión Europea y autonomía procesal de los Estados que la integran.

1. En virtud de sentencia dictada el 9 de mayo de 2013, la Sala Primera de nuestro Tribunal Supremo, constituida en pleno, en un proceso en el que se había ejercitado una acción colectiva de cesación de condiciones generales de la contratación en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios contra varias entidades financieras por una asociación de usuarios, tras constatar el carácter abusivo de las cláusulas que establecían un umbral mínimo por debajo del cual no podía situarse el tipo de interés variable (comúnmente denominadas «cláusulas suelo»), declaró la nulidad de dichas disposiciones y, con fundamento en el principio de seguridad jurídica, limitó la eficacia temporal de su pronunciamiento, señalando que éste solo surtía efectos a partir de su publicación y, por tanto, que no afectaba a situaciones ya definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada, ni a los pagos efectuados antes de dicha fecha¹.

2. Poco tiempo después, por sentencia de 25 de marzo de 2015 confirmó dicha limitación, aunque no por unanimidad, ya que dos magistrados de tan destacado tribunal manifestaron su discrepancia con el parecer mayoritario².

3. Dichos antecedentes permiten reflexionar, siquiera sea brevemente, sobre dos relevantes cuestiones. De un lado, sobre si el derecho de la Unión Europea exige que los Estados que la conforman regulen mecanismos que permitan revocar aquellas sentencias firmes dictadas por sus tribunales que, después de haber adquirido dicho carácter, se revelen incompatibles con el ordenamiento comunitario europeo. De otro, sea cual sea la respuesta que se dé al anterior interrogante, si el proceso de revisión de sentencias firmes que se regula en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil (LECiv, en lo sucesivo) podría constituir un instrumento idóneo a tal fin.

4. El primero de dichos interrogantes debe responderse negativamente.

5. Básicamente, por dos motivos.

6. En primer lugar, porque ninguno de los preceptos que forman parte del conjunto de normas de la Unión Europea impone dicha exigencia.

7. Y, en segundo término, porque, además de lo anterior, ningún pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) dispone semejante regla.

Y no porque el máximo intérprete del derecho comunitario europeo no haya tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión, ya que se ha referido a ella en diversas decisiones.

La primera sentencia relevante en esta materia fue la que se dictó en el caso Kühne & Heitz NV (asunto C-453-00) el 13 de enero de 2004³, en la que se resolvió una cuestión prejudicial sobre la interpretación del derecho comunitario, y en particular sobre el principio de cooperación derivado del artículo 10 CE, planteada por el College van Beroep voor het bedrijfsleven (Países Bajos), en la que se analizó si resultaba posible revisar un acto administrativo firme (de naturaleza tributaria) si una sentencia posterior del TJUE sentaba una doctrina incompatible con la que en dicha decisión administrativa se había mantenido.

Del análisis de la citada resolución se colige que, durante el período comprendido entre diciembre de 1986 y diciembre de 1987, Kühne & Heitz exportó determinadas partidas de trozos de aves de corral a países terceros. En sus declaraciones ante las autoridades aduaneras neerlandesas, afirmó que esta mercancía estaba incluida en la subpartida arancelaria 02.02. B II e) 3 («muslos, contramuslos y sus trozos de otras aves de corral») del Arancel Aduanero Común. Sobre la base de estas declaraciones,

¹ STS 1ª de 9 de mayo de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:1916), Pte. Sr. Gimeno-Bayón Cobos.

² STS 1ª de 25 de marzo de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:1280), Pte. Sr. Baena Ruiz, que cuenta con un importante voto particular, suscrito por don Javier Orduña Moreno, al que se adhirió el también magistrado don Xavier O' Callaghan Muñoz.

³ Véase <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62000CJ0453>

la Productschap concedió las restituciones a la exportación previstas para esta subpartida y abonó los importes correspondientes.

Poco después, tras una verificación, la Productschap modificó la clasificación de dicha mercancía, incluyéndola en la subpartida 02.02 B II g) («los demás»). A raíz de esta reclasificación, exigió el reembolso de un importe de 970.950,98 NLG.

Al haberse desestimado su reclamación contra este requerimiento de devolución, Kühne & Heitz apeló la resolución denegatoria ante el College van Beroep voor het bedrijfsleven, el cual desestimó el recurso de apelación mediante sentencia de 22 de noviembre de 1991, debido a que la mercancía en cuestión no estaba comprendida en el concepto de «muslos [y] contramuslos» a efectos de la subpartida 02.02. B II e) 3.

Posteriormente, en su sentencia de 5 de octubre de 1994, Voogd Vleesimport en -export (C-151/93, Rec. p. I-4915), el Tribunal de Justicia declaró: «20. Por consiguiente, un muslo al que permanece unido un trozo de lomo debe calificarse de muslo, a efectos de las subpartidas 02.02 B II e) 3 de la antigua nomenclatura y 0207 41 51 000 de la nueva, si dicho trozo de lomo no es lo suficientemente grande como para conferir al producto su carácter esencial. Para apreciar si es éste el caso, a falta, en la época de autos, de normas comunitarias, incumbe al órgano jurisdiccional nacional tener en cuenta los usos del comercio nacional y los métodos tradicionales de corte».

Con base y fundamento en dicha sentencia, Kühne & Heitz presentó ante la Productschap una solicitud de pago de las restituciones cuyo reembolso, a su juicio, había sido reclamado indebidamente por ésta y solicitó que se le abonara la suma correspondiente al importe más elevado que habría percibido, en concepto de restitución, si los muslos de pollo, exportados desde el mes de diciembre de 1987, se hubieran clasificado conforme a dicha sentencia.

La Productschap denegó estas solicitudes y, pronunciándose sobre la reclamación que se había presentado ante ella, mantuvo su anterior decisión denegatoria mediante resolución de 21 de julio de 1997.

Ante la negativa de la Administración, Kühne & Heitz interpuso recurso ante el tribunal holandés competente, que eleva entonces una cuestión prejudicial a Luxemburgo, planteando el problema de hasta qué punto una sentencia nacional firme (como la que dictó en su día el tribunal holandés) puede ser revisada cuando, más tarde, se hace evidente que es incorrecta desde el punto de vista del Derecho de la Unión Europea.

En concreto, el College van Beroep voor het bedrijfsleven decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la cuestión prejudicial siguiente:

«¿Exige el Derecho comunitario, y en particular el principio de lealtad comunitaria contemplado en el artículo 10 CE, que, en circunstancias como las expuestas en esta resolución, un órgano administrativo reconsidere una resolución que haya adquirido firmeza, con el fin de garantizar la plena eficacia del Derecho comunitario, tal como debe ser interpretado a la luz de una sentencia prejudicial posterior?».

La respuesta del tribunal de Luxemburgo fue la de que el principio de cooperación que deriva del artículo 10 CE obliga a un órgano administrativo ante el que se presenta una solicitud en este sentido a examinar de nuevo una resolución administrativa firme para tomar en consideración la interpretación de la disposición pertinente del Derecho comunitario efectuada entre tanto por el Tribunal de Justicia siempre y cuando se cumplan determinadas condiciones. En concreto, estas cuatro:

- que el derecho nacional permita reconsiderar dicha resolución;
- que la mentada decisión hubiese adquirido firmeza a raíz de una sentencia de un órgano jurisdiccional nacional que resuelve en última instancia;
- que la referida sentencia está basada en una interpretación del Derecho comunitario que, a la vista de una jurisprudencia del Tribunal de Justicia posterior a ella, es errónea y fue adoptada sin someter la cuestión ante el Tribunal de Justicia, con carácter prejudicial;
- y que el interesado se haya dirigido al órgano administrativo inmediatamente después de haber tenido conocimiento de dicha jurisprudencia.

Dicha doctrina ha sido reiterada en posteriores resoluciones. Entre otras, en las siguientes sentencias:

- en la que se dictó en el caso Rosmarie Kapferer contra Schlank & Schick GmbH (asunto C-234/04), el 16 de marzo de 2006⁴, que resolvió una cuestión prejudicial planteada por un tribunal austriaco, en la que asimismo se recordó la vigencia de dos principios que deben ser observados por las legislaciones de los Estados miembros de la Unión: el de equivalencia, en virtud del cual la regulación nacional no puede tratar de manera menos favorable las reclamaciones que se basen en el derecho comunitario que las que se funden en el derecho interno; y el de efectividad, en atención al cual la regulación procesal no puede estar articulada de tal manera que haga imposible o excesivamente difícil en la práctica el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario;
- en la que se acordó en el caso Willy Kempter KG contra Hauptzollamt Hamburg-Jonas (asunto C-2/06), el 12 de febrero de 2008⁵, que resolvió la duda suscitada por un tribunal alemán en un asunto que, en algunos aspectos, se parece al caso Kühne & Heitz NV, antes referido;
- en la que se pronunció en el caso Vereniging Nationaal Overlegorgaan Sociale Werkvoorziening (C-383/06), Gemeente Rotterdam (C-384/06) contra Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, y Sociaal Economische Samenwerking West-Brabant (C-385/06), el 13 de marzo de 2008⁶;
- en la que decidió la cuestión prejudicial planteada por la corte suprema de casación italiana en el caso Amministrazione dell'Economia e delle Finanze y Agenzia delle Entrate contra Fallimento Olimpclub Srl (asunto C-2/08) el 3 de septiembre de 2009⁷, en la que, al hilo de los efectos que pueda tener en procesos posteriores lo juzgado en un pleito anterior, señaló que «con el fin de garantizar tanto la estabilidad del Derecho y de las relaciones jurídicas como la buena administración de Justicia, es necesario que no puedan impugnarse las resoluciones judiciales que hayan adquirido firmeza tras haberse agotado las vías de recurso disponible o tras expirar los plazos previstos para dichos recursos» y que, «por consiguiente, el Derecho comunitario no obliga a un órgano jurisdiccional nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar una vulneración del Derecho comunitario por la decisión en cuestión»;
- y en las que se dictaron en los casos Francisco Gutiérrez Naranjo y Cajasur Banco, S.A.U. (asunto C-154/15), Ana María Palacios Martínez y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (BBVA) (asunto C-307/15), Banco Popular Español, S.A., y Emilio Irlés López, Teresa Torres Andreu (asunto C-308/15), el 21 de diciembre de 2016⁸; en el caso Banco Primus, S.A., contra Jesús Gutiérrez García (asunto C-421/14), el 26 de enero de 2017⁹; así como, más recientemente, en Gran Sala, en el asunto C-234/17, el 24 de octubre de 2018¹⁰, al decidir una cuestión prejudicial planteada, conforme al artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, por el Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal austriaco), en un ámbito tan sensible como el del proceso penal, y en la que adoptó el 29 de julio de 2019 (asunto C-620/17) en el litigio que enfrentó a Hochtief Solutions AG Magyarországi Fióktelepe y el Fővárosi Törvényszék (Tribunal General de la Capital, Hungría) relativo al daño supuestamente causado a Hochtief Solutions por este último órgano jurisdiccional en el ejercicio de sus competencias jurisdiccionales¹¹.

⁴ Véase <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62004CJ0234>

⁵ El fallo de dicha decisión puede consultarse en el Diario Oficial de la Unión Europea de 29 de marzo de 2008 (C79/3).

⁶ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/PDF/?uri=ecli:ECLI%3AEU%3AC%3A2008%3A165>

⁷ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62008CJ0002>

⁸ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62015CJ0154>

⁹ <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=187170&doclang=es&mode=req&occ=first>

¹⁰ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62017CA0234>

¹¹ <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=3A1756910624FFAC6801A863391EBEBE?text=&docid=216546&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=7233058>

II. El proceso de revisión de sentencias firmes regulado en España no constituye el instrumento adecuado para rescindir aquellas sentencias firmes que, tras haber adquirido dicho carácter, se revelan incompatibles con el derecho comunitario europeo que nos hemos dado. Posibles soluciones.

8. De lo antedicho se deduce la conclusión que antes anticipábamos: que la potestad para determinar en qué supuestos procede revocar una sentencia firme corresponde, en exclusiva, a los legisladores nacionales, sin que resulte contrario al derecho de la Unión Europea que, en aras a la seguridad jurídica a la que se anuda la noción de cosa juzgada, se mantenga la eficacia de las sentencias nacionales que, después de haber adquirido firmeza, resulten incompatibles con dicho ordenamiento comunitario.

Como es lógico, para comprender debidamente lo que se acaba de apuntar resulta fundamental determinar qué se entiende por cosa juzgada. Lo primero que conviene subrayar es que es uno de los efectos más relevantes y trascendentes del proceso jurisdiccional consistente, en esencia, en la fuerza especial que el Derecho reconoce a lo decidido en una resolución procesal firme, en virtud de la cual lo dispuesto en ella deviene inmodificable. Su fundamento se encuentra en la seguridad jurídica, valor superior de nuestro ordenamiento jurídico (cfr. el artículo 1.1 de la Constitución española).

Sin embargo, consciente el legislador de que «el derecho es justicia y es seguridad, pero justicia que sólo existe como tal en cuanto está montada sobre un orden seguro, y seguridad que sólo es pensable sin contradicción en cuanto está transida íntimamente de alguna justicia»¹² -o, dicho con otras palabras, que sin justicia la seguridad se encontraría exenta del más elemental sentido ético-, autoriza que, en aquellos supuestos, ciertamente excepcionales, en los que el conocimiento de determinados hechos ajenos a los autos permiten suponer que el resultado del litigio podría haber sido distinto de haberlos podido tener en cuenta, ante la tesitura de dar prevalencia al principio de seguridad jurídica y, en consecuencia, no permitir que se pueda revocar, o, por el contrario, dar prioridad al principio de justicia y admitir que, en determinadas hipótesis, la cosa juzgada puede quedar sin efecto, se inclina por esta segunda opción¹³.

Es por ello por lo que la STC 124/1984, de 18 de diciembre, tras señalar que la revisión supone «una derogación del principio preclusivo de la cosa juzgada», añade que «su existencia se presenta esencialmente como un imperativo de justicia, configurada en el art. 1.1 de la Constitución, junto con la libertad, la igualdad y el pluralismo político, como uno de los valores superiores que propugna el Estado social y democrático de Derecho en el que España, en su virtud, se constituye».

9. La revisión de sentencias firmes se configura así entre nosotros como un imperativo de la justicia, uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico.

Ahora bien, ¿cuál es el objeto de este peculiar instituto procesal que permite a los tribunales en el ámbito de la jurisdicción ordinaria volver a conocer de cuestiones ya decididas por sentencia firme¹⁴, contrariando el principio de que lo resuelto por ésta es inmodificable y de obligado cumplimiento?

Los preceptos que la Ley de Enjuiciamiento Civil dedica a este instituto, al utilizar reiteradamente expresiones como «revisión de una sentencia firme» (cfr. arts. 509, 510, 511 y 512.1) o «rescisión de la sentencia impugnada» (vid. arts. 514.1 y 516.1), dan a entender que la revisión no es sino un peculiar expediente procesal dirigido a impugnar una sentencia firme, de donde cabría deducir que lo que se revisa es, precisamente, la resolución que normalmente pone fin a un proceso.

Sin embargo, si se analiza con el debido detenimiento, enseguida se repara en que semejante conclusión no parece acorde ni con las causas o razones de la revisión ni con los efectos que se derivan

¹² L. LEGAZ LACAMBRA, «El Derecho, la Justicia y la Seguridad». En: *Humanismo, Estado y Derecho*, Barcelona, 1960, págs. 161 y 162.

¹³ De ahí que el ATS de 18 de junio de 2004 (JUR 2004, 183126), Pte. Sr. Romero Lorenzo, afirme que la revisión de sentencias firmes constituye «una excepción al principio fundamental de seguridad jurídica»; o que el ATS de 23 de septiembre de 2005 (JUR 2005, 219329), Pte. Sr. Sierra Gil de la Cuesta, signifique que la revisión «supone una excepción al principio esencial de la irrevocabilidad de sentencias que hayan ganado firmeza».

¹⁴ No es el único instituto previsto a tal fin, pues idéntico propósito podemos encontrar en la audiencia al demandado rebelde y en la nulidad de actuaciones, aun cuando algunos autores se refieren también al estudiar esta materia a la oposición de tercero a la cosa juzgada, medio de impugnación de ésta no regulado en nuestro ordenamiento, aunque sí en el Derecho francés, donde se conoce desde antiguo una institución llamada *tierce opposition*, y en el Derecho italiano, donde recibe la denominación de *opposizione di terzo*.

de su estimación. Pues quien la solicita reconoce, con carácter general, que se ha fallado con arreglo a lo que constaba en autos, y, en caso de estimarse la acción impugnativa, se anula todo el proceso anterior, y no sólo la resolución cuestionada, como procedería si la impugnación se dirigiese realmente contra la sentencia firme.

Por ello, sin perjuicio de mayores matizaciones, entendemos que a lo sumo se podría decir, con PRIETO-CASTRO, que la demanda del proceso de revisión «tiene un objeto inmediato, la anulación total o parcial del procedimiento que ha conducido a determinada resolución; y otro objeto, el mediato, que es también la anulación total o parcial de ésta»¹⁵.

10. ¿Autoriza nuestra legislación que pueda rescindirse una sentencia firme en el supuesto que analizamos?

No, no lo hace.

Y cuando se ha pretendido dicho propósito a través del proceso de revisión de sentencias firmes previsto en nuestra LECiv, y, más en concreto, al amparo del primero de los distintos motivos que se refieren en el artículo 510.1 de dicho texto normativo, así lo ha señalado, de forma clara y concluyente, la Sala Primera de nuestro Tribunal Supremo¹⁶.

11. Lo anterior permite plantearse otras dos cuestiones directamente relacionadas con las precedentes: la de si sería conveniente modificar dicha situación y, en caso afirmativo, la de si el proceso de revisión de sentencias firmes podría ser el cauce adecuado para ello.

12. A nuestro juicio, procede responder positivamente a la primera –por razones de elemental justicia–, pero no a la segunda.

13. Antes de explicar nuestra tesis, conviene detenerse en una cuestión no menor, de extraordinaria relevancia práctica. Pues es preciso preguntarse si un cambio en la interpretación de la ley determina una duración limitada de la cosa juzgada material y, en consecuencia, que la cuestión pueda ser nuevamente juzgada.

Sin duda, se trata de un tema delicado que no conviene responder, o así nos lo parece, sin hacer antes algunas consideraciones iniciales que permitan entender mejor nuestro punto de vista.

A nuestro entender, si bien no existe ninguna dificultad teórica para aceptar dicha conclusión cuando el cambio es consecuencia de una innovación normativa, de una nueva regulación legal, de un cambio legislativo, cabe oponer, sin embargo, importantes objeciones cuando la situación jurídica definida en la sentencia firme no se ha modificado y lo que ha variado es la interpretación judicial de la norma aplicable.

Téngase en cuenta que, en el primer caso, si bien habría identidad de sujetos y de *petitum*, pues en ambos procesos –el fenecido y el que se iniciaría tras la aprobación de la nueva norma– litigarían los mismos sujetos jurídicos en la misma posición procesal y en ambos se pediría lo mismo, no habría tal identidad en la causa de pedir, en la causa o razón por la que se pide, al haber variado el elemento jurídico. Y también que, una interpretación *a sensu contrario* de lo dispuesto en el artículo 400 de la LECiv, «confirmaría la inaplicabilidad de la cosa juzgada, puesto que el fundamento jurídico de la segunda pretensión, siendo realmente nuevo, no estaría afectado por la regla de la preclusión del aptdo. 1 de dicho art. 400 y para la cosa juzgada, según el aptdo. 2, ese fundamento jurídico no podría ser considerado el mismo que el de la primera pretensión, configuradora del objeto procesal del primer proceso y del ámbito de la cosa juzgada»¹⁷.

¹⁵ L. PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, t. II, 2ª ed., Pamplona, 1985, pág. 417.

¹⁶ Vid a este propósito su sentencia de 18 de febrero de 2016 (RJ 2016, 567), Pte. Sr. Vela Torres, y el ATS 1ª (Pleno) de 4 de abril de 2017 (RJ 2017, 2121), Pte. Sr. Saraza Jimena.

¹⁷ A. DE LA OLIVA SANTOS, *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2005, pág. 253.

Sin embargo, si se reflexiona con tiento, y, por tanto, con mesura y orden, enseguida se advierte que no sucede lo mismo cuando lo que varía es la interpretación judicial de la norma que se aplicó en el primer pleito, por importante que sea la cualificación del tribunal que la haya innovado. En tal caso, lo resuelto por la sentencia de fondo que puso fin al primer pleito debe prevalecer. Y ha de hacerlo, en mi opinión, porque el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 24.1 de la CE carecería de toda efectividad si, más allá de los supuestos excepcionales que autoriza la ley, y del que hemos referido anteriormente, se permitiese volver a juzgar lo que ya se encuentra decidido por sentencia firme por haber cambiado la interpretación judicial de las normas aplicables al caso de que se trate, contrariando con ello la paz y la seguridad jurídica de quien se vio protegido por una sentencia irrecurrible, dictada en un proceso anterior, en el que ya se discutió entre los mismos protagonistas lo que ahora se pretende replantear.

14. Sentado lo anterior, y que, a nuestro juicio, razones de justicia aconsejan que puedan revocarse las sentencias dictadas por nuestros tribunales cuando, después de haber adquirido firmeza, lo declarado en una sentencia del TJUE ponga de manifiesto que lo dispuesto en aquellas es incompatible con el derecho comunitario, ya que lo contrario parecería socialmente intolerable, procede preguntarse cuál puede ser el cauce más adecuado a tal fin.

15. Como antes se señaló, se ha intentado dicho propósito a través del proceso de revisión de sentencias firmes, rechazando nuestro Tribunal Supremo que, hoy por hoy, éste sea un instrumento idóneo para ello, toda vez que ninguno de los motivos de revisión actualmente existentes permite encajar este supuesto.

16. ¿Podría modificarse la LECiv para introducir un nuevo motivo que lo hiciese viable y evitar, así, dicho inconveniente? Sí, obviamente, podría hacerse. Solo sería necesaria la voluntad decidida del legislador¹⁸. Pero, en mi opinión, no sería una solución acertada.

Y ello por varios motivos, entre los que sobresalen dos que me parecen determinantes.

En primer término, porque tradicionalmente la revisión de sentencias firmes ha obedecido siempre a razones fácticas, las descritas en el art. 510.1 de la LECiv, nunca a otro tipo de motivos.

Y en segundo lugar porque, de acuerdo con la configuración tradicional de este instituto¹⁹ y la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, en la revisión no es posible:

- «examinar o enjuiciar la actuación procesal del Juez o del Tribunal que dio lugar a la sentencia combatida»²⁰;
- «reiniciar y reiterar un debate ya finiquitado mediante una sentencia firme... (ni) resolver de nuevo la cuestión de fondo, ya debatida y definida»²¹;

¹⁸ El cual, como es sabido, modificó en 2015 el artículo 510 de la LECiv para introducir un segundo apartado que permite impugnar una resolución judicial firme cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que fue dictada quebrantado alguno de los derechos reconocidos en el Convenio de Roma de 1950 y concurran determinadas circunstancias. Una crítica a dicha decisión puede consultarse en J. SIGÜENZA LÓPEZ, «Ejecución de sentencias del TEDH: la revisión no es la mejor solución». En: *Los recursos en el proceso civil. Continuidad y reforma* (directores: Manuel Ortells Ramos y Rafael Bellido Penadés), Ed. Dykinson, Madrid, 2016, págs. 373-388.

¹⁹ Sobre este particular, véase J. SIGÜENZA LÓPEZ, *La revisión de sentencias firmes en el proceso civil*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

²⁰ Cfr. SSTS de 16 de abril de 1996 (RJ 1996, 2957), Pte. Sr. Barcalá Trillo-Figueroa; 2 de febrero de 1999 (RJ 1999, 531), Pte. Sr. Sierra Gil de la Cuesta; 11 de mayo de 1999 (RJ 1999, 3105), Pte. Sr. Barcalá Trillo-Figueroa; 30 de junio de 1999 (RJ 1999, 5896), Pte. Sr. Sierra Gil de la Cuesta; 28 de septiembre de 1999 (RJ 1999, 7086), Pte. Sr. Sierra Gil de la Cuesta; 14 de septiembre de 2000 (RJ 2000, 7627), Pte. Sr. Martínez-Pereda Rodríguez; 18 de febrero de 2002 (RJ 2002, 1353), Pte. Sr. O' Callaghan Muñoz; 21 de febrero de 2005 (RJ 2005, 1685), Pte. Sr. O' Callaghan Muñoz; 28 de febrero de 2005 (RJ 2005, 4038), Pte. Sr. O' Callaghan Muñoz; 13 de junio de 2005 (RJ 2005, 6640), Pte. Sr. O' Callaghan Muñoz; y 14 de julio de 2006 (RJ 2006, 4966), Pte. Sr. Auger Liñán. También, el ATS de 22 de enero de 2007 (JUR 2007, 44281), Pte. Sr. González Poveda.

²¹ STS de 18 de febrero de 2016 (RJ 2016, 567), Pte. Sr. Vela Torres.

- pretender «un nuevo análisis de la cuestión debatida y resuelta»²²;
- o suscitar «un nuevo examen de las cuestiones planteadas en el pleito»²³.

La revisión no es, por tanto, el cauce idóneo para rescindir sentencias firmes en el caso que nos ocupa.

A no ser, claro está, que se modifique definitivamente la razón de ser que mantuvo entre nosotros hasta 2015 -año en que se introdujo un nuevo apartado en dicho precepto (su actual apartado 2) para que pudiera interponerse «*recurso de revisión contra una resolución judicial firme cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión, sin que la misma pueda perjudicar los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas*»²⁴- y se considere que no tiene por qué fundamentarse, única y exclusivamente, en hechos distintos a los que se alegaron y discutieron en el pleito en el que se dictó la sentencia que puso fin al proceso impugnado, descubiertos con posterioridad al último momento en que fue posible alegarlos en dicho juicio. En tal caso, no cabría formular ninguna objeción. Pero debería subrayarse que, con ello, con dicho cambio normativo, se estaría cambiando definitivamente la concepción tradicional de este excepcional y singular remedio.

17. Si se comparte lo que se acaba de apuntar, y no se considera adecuado cambiar la fisonomía actual de nuestro proceso de revisión de sentencias firmes, parece forzoso convenir que es preciso buscar otras soluciones que permitan la revocación de las decisiones que se encuentren en el supuesto que analizamos.

18. Una de ellas podría ser la de permitir que, con fundamento en la sentencia del TJUE en la que se declarase que una sentencia firme dictada en nuestro país resulta incompatible con el ordenamiento comunitario, pudiese solicitarse la nulidad de las actuaciones practicadas, bien introduciendo a tal fin un nuevo motivo de nulidad en el artículo 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), bien a través del cauce previsto en el artículo 241.1 de dicha norma, que permite que los tribunales ordinarios puedan declarar la nulidad de las actuaciones, pese a que haya recaído sentencia firme, si aprecian que se ha vulnerado alguno de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 53.2 de la CE, convirtiéndose así en los primeros garantes de los derechos fundamentales en nuestro sistema jurídico.

²² Cfr. SSTS de 16 de abril de 1996 (RJ 1996, 2957), Pte. Sr. Barcalá Trillo-Figueroa; 2 de febrero de 1999 (RJ 1999, 531), Pte. Sr. Sierra Gil de la Cuesta; 30 de junio de 1999 (RJ 1999, 5896), Pte. Sr. Sierra Gil de la Cuesta; 28 de septiembre de 1999 (RJ 1999, 7086), Pte. Sr. Sierra Gil de la Cuesta; 16 de noviembre de 2000 (RJ 2000, 10427), Pte. Sr. Romero Lorenzo; 23 de julio de 2001 (RJ 2001, 8414), Pte. Sr. Martínez-Calcerrada y Gómez; 18 de febrero de 2002 (RJ 2002, 1353), Pte. Sr. O' Callaghan Muñoz; 21 de enero de 2003 (RJ 2003, 564), Pte. Sr. O' Callaghan Muñoz; 29 de marzo de 2004 (RJ 2004, 2311), Pte. Sr. O' Callaghan Muñoz; 13 de junio de 2005 (RJ 2005, 6640), Pte. Sr. O' Callaghan Muñoz; y 14 de julio de 2006 (RJ 2006, 4966), Pte. Sr. Auger Liñán.

²³ Vide la STS de 14 de julio de 1988 (RJ 1988, 5693), Pte. Sr. Albácar López.

²⁴ Si se consulta la base de datos del Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) del Consejo General del Poder Judicial enseguida se advertirá que no son muchas las sentencias de revisión en las que la Sala de lo Civil de nuestro Tribunal Supremo haya estimado la demanda de revisión interpuesta con base en dicho motivo. En ella solo se da cuenta de nueve, siendo la última la STS de 10 de diciembre de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4545), Pte. Sr. Sancho Gargallo, en la que se afirma: «Conviene advertir que el efecto de la estimación de la revisión, tal y como prevé el art. 516 LEC, es la rescisión del auto que autorizó el acogimiento, en cuanto que se deja sin efecto. Pero excede al ámbito del proceso de revisión pronunciarnos sobre las medidas que resultarían más ajustadas al interés superior de la menor, en relación con lo previsto por el TEDH en los apartados 79 y 80 de su sentencia. Eso deberá ser acordado por las autoridades públicas y, en su caso, por el tribunal competente, por el cauce correspondiente. Ahora nos limitamos a rescindir el auto de acogimiento, para hacer efectivo lo previsto en el apartado 80 de la STEDH, que “considera que la forma más apropiada de reparación por la vulneración del artículo 8 del Convenio en un asunto como este, en el que el proceso de toma de decisiones llevado a cabo por la Administración y los tribunales nacionales puede conducir a la adopción de la hija del demandante por su familia de acogida, es garantizar que el demandante se encuentre, en la medida de lo posible, en idéntica situación a la que se encontraría en caso de que dicho artículo no hubiera sido ignorado”».

19. Sin embargo, si se piensa con tiento, no parece que este sea el mecanismo adecuado en el supuesto que nos ocupa.

En primer lugar, porque, de conformidad con lo dispuesto en el citado artículo 241.1 de la LOPJ, solo procede declarar la nulidad de actuaciones con base en cualquier vulneración de alguno de los derechos fundamentales reconocidos en el precepto constitucional antes mencionado cuando dicha vulneración «no hay podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso», lo que únicamente acontecerá cuando el quebranto se haya producido en esta, sin que haya existido oportunidad de debatir sobre él con anterioridad, supuesto que difícilmente acontecerá en la hipótesis que nos ocupa.

Y, en segundo término, porque permitiría que la nulidad de actuaciones pudiese ser acordada por tribunales distintos a la Sala Primera del Tribunal Supremo, máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, toda vez que, de acuerdo con dicha norma, la nulidad de lo actuado debe ser declarada por el tribunal que haya dictado la sentencia que haya adquirido firmeza, posibilidad que no nos parece razonable, ya que dicha decisión –cuando fuese adoptada por cualquier órgano judicial distinto al Tribunal Supremo– podría contradecir lo resuelto en otros casos por tribunales jerárquicamente superiores, o incluso por el Tribunal Constitucional, lo que no parece adecuado. La conveniencia de que una decisión tan relevante sea adoptada por el principal intérprete de la jurisdicción ordinaria nos hace rechazar esta posibilidad.

20. Estos inconvenientes –fundados y, a nuestro juicio, nada irrelevantes– evidencian la necesidad de encontrar una opción más adecuada, que, tras lo dicho, muy bien podría consistir en regular un cauce específico en el que fuese el Tribunal Supremo el que decidiese, a la vista de las circunstancias concurrentes y de lo resuelto por el TJUE, si procede la revocación de la sentencia firme dictada y, en su caso, el reenvío de las actuaciones al órgano judicial que la acordó para que dictase otra más conforme con el ordenamiento comunitario europeo.

Dicho trámite, que permitiría solventar los inconvenientes antes mencionados, debería completarse, como es lógico, con las oportunas previsiones sobre legitimación para interesarlo y plazo para formularlo. La primera debería concederse tanto al favorecido por la sentencia del máximo intérprete del derecho de la Unión Europea como al Ministerio Fiscal, no solo a aquel, toda vez que éste tiene encomendadas, entre otras misiones, la de velar por la justicia en defensa de la legalidad (artículo 124.1 de la Constitución española) y, en consecuencia, la tarea de ser garante de los derechos fundamentales que ésta reconoce. El segundo debería preverse por un tiempo no demasiado largo, a contar en todo caso desde que se hubiere notificado la sentencia del TJUE a la parte interesada y al Estado en que se hubiese dictado la decisión atacada.

III. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el sistema de protección de los consumidores que establece la Directiva 93/13/CEE y las discutidas consecuencias que se derivan del mismo.

21. Sentado lo anterior debe apuntarse de inmediato que la regla de que el que el derecho de la Unión Europea no exige a los Estados que la conforman que regulen mecanismos que permitan revocar las sentencias firmes dictadas por sus tribunales que, después de haber adquirido dicho carácter, se revelen incompatibles con el ordenamiento comunitario europeo, no es absoluta y es susceptible por tanto de importantes matizaciones.

22. Así, en la *sentencia de 18 de julio de 2007 (ECLI:EU:C:2007:434)*, dictada en el asunto C-119/05, que resolvió la cuestión prejudicial planteada por el Consejo de Estado italiano en el caso que enfrentó al Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato y Lucchini SpA, anteriormente Lucchini Siderurgica SpA, la corte de Luxemburgo declaró que «El Derecho comunitario se opone a la aplicación de una disposición de Derecho nacional que pretende consagrar el principio de autoridad de la cosa juzgada, como el artículo 2909 del Código Civil italiano (código civile), cuando su aplicación constituye un obstáculo para la recuperación de una ayuda de Estado concedida contraviniendo el Derecho comunitario, y cuya incompatibilidad con el mercado común ha sido declarada por una Decisión firme de la Comisión de las Comunidades Europeas».

Para entender debidamente tan importante pronunciamiento conviene conocer los antecedentes del caso. En el marco de un recurso interpuesto por la sociedad Lucchini SpA, constituida con arreglo a la legislación italiana, contra la decisión del Ministerio de Industria, Comercio y Artesanado que ordenó a dicha mercantil que devolviese el importe de unas ayudas que se le habían concedido y que previamente había sido declaradas incompatibles con el mercado común europeo, la sociedad recurrente alegó que una sentencia civil que había adquirido fuerza de cosa juzgada había declarado que debía concedérsele la ayuda cuya devolución se exigía. Constatado lo anterior, el Consejo de Estado italiano decidió plantear al TJUE las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) En virtud del principio de primacía del Derecho comunitario directamente aplicable, constituido en el caso de autos por [el Tercer Código], la Decisión [90/555], y el [escrito] nº 5259 [...], por el que se exige al Gobierno italiano la recuperación de la ayuda, actos conforme a los cuales se adoptó la Decisión de recuperación impugnada en el presente procedimiento (es decir, el Decreto nº 20357 [...]), ¿es jurídicamente posible y fundado que una Administración nacional recupere una ayuda frente a un beneficiario particular, pese a que una sentencia civil por la que se declara la obligación incondicionada de pago de la ayuda en cuestión ha adquirido fuerza de cosa juzgada?»

2) O, por el contrario, habida cuenta del principio indiscutido según el cual la Decisión sobre la recuperación de la ayuda está regulada por el Derecho comunitario pero su ejecución y el correspondiente procedimiento de recuperación, a falta de disposiciones comunitarias en la materia, se rige por el Derecho nacional (sentencia de 21 de septiembre de 1983, Deutsche Milchkontor [y otros], 205/82 a 215/82, Rec. p. 2633), ¿resulta jurídicamente imposible el procedimiento de recuperación debido a una resolución judicial efectiva, que ha adquirido fuerza de cosa juzgada (artículo 2909 del Código Civil [italiano]), que produce sus efectos entre un particular y la Administración y a la que la Administración está obligada a conformarse?».

23. A su vez, en la *sentencia de 10 de julio de 2014 (ECLI:EU:C:2014:2067)*, dictada en el asunto C-213/13, que resolvió la cuestión prejudicial planteada por el Consejo de Estado italiano en el caso que enfrentó a *Impresa Pizzarotti&C.SpA* y *Comune di Bari*, *Gianta comunale di Bari* y *Consiglio comunale di Bari*, el tribunal de Luxemburgo decretó que «En la medida en que las normas procesales nacionales lo autoricen, un tribunal nacional como el remitente, que se haya pronunciado en última instancia sin que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea haya conocido previamente del asunto con carácter prejudicial, con arreglo al 267 del TFUE, debe o bien completar la cosa juzgada mediante su resolución anterior que dio lugar a una situación opuesta a la normativa de la Unión sobre contratos públicos de obras, o bien reconsiderar esa resolución, con objeto de tener en cuenta la interpretación de esa normativa efectuada posteriormente por dicho Tribunal de Justicia».

La cuestión principal que planteó el Consejo de Estado italiano en este caso fue la de si podía declarar ineficaz la sentencia dictada entre las partes antes citadas «en la medida en que permitió la existencia de una situación jurídica opuesta a la normativa [de la Unión] en la medida de adjudicación de contratos públicos de obras» y, por tanto, si es o no posible «ejecutar una sentencia con fuerza de cosa juzgada contraria al Derecho de la Unión [...]».

24. Por su parte, en la *sentencia de 18 de febrero de 2016 (ECLI:EU:C:2016:98)*, dictada en el asunto C-49/14, que resolvió una petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Cartagena (Murcia) en el caso que enfrentó a *Finanmadrid E.F.C., S.A.*, y *Jesús Vicente Albán Zambrano*, *María Josefa García Zapata*, *Jorge Luis Albán Zambrano* y *Miriam Elisabeth Caicedo Merino*, el Tribunal de Justicia manifestó que «si bien el sistema de aplicación del principio de fuerza de cosa juzgada se rige por el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros, en virtud del principio de autonomía procesal de éstos, este sistema debe en cualquier caso respetar los principios de equivalencia y efectividad», «que la normativa española controvertida en el litigio principal, relativa al sistema de aplicación del principio de cosa juzgada en el marco del proceso monitorio, no resulta conforme con el principio de efectividad, en la medida que hace imposible o excesivamente difícil, en los litigios iniciados a instancia de los profesionales y en los que los consumidores son parte demandada,

aplicar la protección que la Directiva 93/13 pretende conferir a estos últimos» y que, por todo ello, procede declarar «que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que no permite al juez que conoce de la ejecución de un requerimiento de pago apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando la autoridad que conoció de la petición de juicio monitorio carece de competencia para realizar tal apreciación».

En el caso que nos ocupa el tribunal de Luxemburgo afirmó por tanto que el control de una petición de juicio monitorio, que en España se atribuye a los letrados de la Administración de Justicia (anteriormente llamados secretarios judiciales), se limita a la comprobación de las formalidades exigidas con tal petición, concretamente a la exactitud, a la luz de los documentos adjuntos a la solicitud, del importe del crédito reclamado; que por tanto los citados letrados carecen de competencia para apreciar el carácter eventualmente abusivo de una cláusula contenida en un crédito que sirve de fundamento al crédito; que la resolución de los mentados funcionarios por la que se pone fin al proceso monitorio adquiere fuerza de cosa juzgada, lo cual hace imposible el control de las cláusulas abusivas en fase de ejecución de un requerimiento de pago y que ello resulta contrario al derecho de la Unión.

25. En concreto, en la *sentencia de 21 de diciembre de 2016 (ECLI:EU:C:2016:980)*, dictada como antes se dijo en los asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, tras señalar que el TJUE ha reconocido en algunas resoluciones anteriores que la protección del consumidor no es absoluta y que el Derecho de la Unión no obliga a un tribunal nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar una infracción de una disposición, cualquiera que sea su naturaleza, mantuvo que es preciso distinguir la aplicación de una regla procesal de la limitación en el tiempo de los efectos de la interpretación de una norma del Derecho de la Unión, señalando a continuación que, habida cuenta de la exigencia fundamental de una aplicación uniforme y general del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia es el único que puede decidir acerca de las limitaciones en el tiempo que hayan de aplicarse a la interpretación que él mismo haya hecho de una norma del Derecho de la Unión²⁵.

Sentada dicha premisa, determinó que la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, que el Tribunal Supremo había acordado en virtud de sentencia dictada el 9 de mayo de 2013, implica privar con carácter general a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de ese tipo del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que abonó indebidamente a la entidad bancaria sobre la base de la cláusula suelo con anterioridad a la fecha antes señalada y que tal limitación resulta incompatible con el Derecho de la Unión.

De las consideraciones anteriores concluyó que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión.

26. A su vez, en la *sentencia de 26 de enero de 2017 (ECLI:EU:C:2017:60)*, al contestar a la cuestión prejudicial que había planteado el titular del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Santander referida a si la Directiva 93/13 se opone a una norma nacional, como la contenida en el artículo 207 de la LECiv, que le impide examinar de oficio determinadas cláusulas de un contrato que ya ha sido

²⁵ Un interesante análisis de los mecanismos que existen en nuestro ordenamiento nacional para rescindir las sentencias civiles firmes y de si pueden o no constituir un remedio adecuado para subsanar la incorrecta interpretación por parte de los órganos jurisdiccionales de las normas de orden público comunitario puede encontrarse en V. PÉREZ DAUDÍ, «La eficacia de las sentencias del TJUE en las sentencias firmes dictadas por los tribunales españoles». En: *Actualidad Civil*, 2017, número 3, págs. 46-53.

objeto de un examen judicial que culminó con una resolución que ha adquirido fuerza de cosa juzgada, recordó que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el sistema de protección que establece la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, tanto en lo relativo a la capacidad de negociación como al nivel de información.

Añadió que el artículo 6, apartado 1, de la citada Directiva, que prevé que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor, constituye una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y las obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas; que, según reiterada jurisprudencia, esta disposición debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público; y que, en este contexto, ha declarado en varias ocasiones que el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello.

Sentado lo anterior, se plantea si, habiéndose examinado ya por un juez nacional el contrato sobre el que versa el litigio a la luz de la Directiva 93/13, y habiéndose declarado mediante una resolución que pasó en autoridad de cosa juzgada, que una de las cláusulas del mismo era abusiva, la necesidad de reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y las obligaciones del profesional y del consumidor por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstos impone al órgano jurisdiccional remitente la obligación de proceder de oficio a un nuevo control judicial de ese contrato, en contra de las normas procesales nacionales que aplican el principio de cosa juzgada.

A partir de los anteriores antecedentes, el TJUE dedujo que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una disposición nacional, como la que resulta del artículo 207 de la LE-Civ, que impide al juez nacional realizar de oficio un nuevo examen del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato celebrado con un profesional cuando ya existe un pronunciamiento sobre la legalidad del conjunto de las cláusulas del contrato a la luz de la citada Directiva mediante una resolución con fuerza de cosa juzgada, extremo éste que incumbe verificar al órgano jurisdiccional remitente.

Hecha esta precisión, añadió que el citado precepto prohíbe al juez nacional no solamente volver a examinar la legalidad, a la luz de la Directiva 93/13, de las cláusulas de un contrato sobre la que ya ha habido un pronunciamiento mediante resolución firme, sino también apreciar el eventual carácter abusivo de otras cláusulas de ese mismo contrato; que los diferentes derechos nacionales no pueden menoscabar el contenido sustancial del derecho de los consumidores a no quedar vinculados por una cláusula considerada abusiva; y que, en el supuesto de que, en un anterior examen de un contrato controvertido que haya concluido con la adopción de una resolución con fuerza de cosa juzgada, el juez nacional se haya limitado a examinar de oficio, a la luz de la Directiva 93/13, una sola o varias de las cláusulas de ese contrato, dicha Directiva impone al juez nacional ante el que se haya formulado un incidente de oposición la obligación de apreciar, a instancia de las partes o de oficio, cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, el eventual carácter abusivo de las demás cláusulas de dicho contrato, ya que, si no fuera así, la protección del consumidor resultaría incompleta e insuficiente y no constituiría un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de ese tipo de cláusulas, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13.

27. De igual modo, en la *sentencia de 13 de septiembre de 2018 (ECLI:EU:C:2018:711)*, dictada en el asunto C-176/17, que decidió una petición de decisión prejudicial formulada por un tribunal polaco en el caso que enfrentó a Profi Credit Polska SA w Bielsku Bialej y Mariusz Wawrzosek, concluyó asimismo que «que el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal, que permite expedir un requerimiento de pago basado en un pagaré formalmente correcto, que garantiza un crédito nacido de un contrato de crédito al consumo, cuando el juez que conoce de una demanda de procedimiento monitorio no tiene la facultad de examinar el eventual carácter abusivo de las cláusulas de ese contrato, ya que los requisitos para ejercer el derecho a formular oposición a dicho requerimiento no permiten garantizar el respeto de los derechos del consumidor derivados de la citada Directiva».

28. Más recientemente, en diferentes sentencias dictadas ahora hace un año, en concreto el 17 de mayo de 2022, el Tribunal de Luxemburgo, en formación de Gran Sala, se pronunció sobre varias peticiones de decisión prejudicial que inciden en la materia que nos ocupa, fijando una controvertida doctrina que no cabe desconocer.

29. Así, en la *sentencia de 17 de mayo de 2022 (ECLI:EU:C:2022:395)*, dictada en los asuntos acumulados C-693/19 y C-831/19, en la que se dio respuesta a la petición de decisión prejudicial formulada por el Tribunal de Milán-Italia en el caso que enfrentó a SPV Project 1503 Srl, Dobank SpA e YB (C693/19) de un lado, y a Banco di Desio e della Brianza SpA, Banca di Credito Cooperativo di Carugate e Inzago sc, Intesa Sanpaolo SpA, Banca Popolare di Sondrio s.c.p.a., Cerved Credit Management SpA e YX, ZW (C831/19), de otro, declaró que «Los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que establece que, cuando un requerimiento de pago expedido por un juez a instancia de un acreedor no ha sido objeto de oposición por parte del deudor, el juez que conoce de la ejecución no puede controlar posteriormente el eventual carácter abusivo de las cláusulas del contrato en las que se fundamenta dicho requerimiento en las que se fundamenta dicho requerimiento, por el motivo de que la fuerza de la cosa juzgada de que goza dicho requerimiento se extiende implícitamente a la validez de estas cláusulas y excluye cualquier control de la validez de estas. La circunstancia de que, en la fecha en que el requerimiento judicial adquirió firmeza, el deudor ignorara que podía ser calificado de consumidor en el sentido de dicha Directiva, carece de pertinencia a este respecto».

Para comprender debidamente el citado pronunciamiento conviene tener en cuenta que, en el procedimiento de ejecución de requerimientos de pago no impugnados regulado en Italia, el juez que conoce de la ejecución no puede controlar ni el fondo del requerimiento de pago ni el posible carácter abusivo de las cláusulas contractuales sobre las que se fundamenta el mismo, debido a la fuerza de cosa juzgada implícita adquirida por este último.

Sentado lo anterior, la corte de Luxemburgo fundamenta su decisión en distintas consideraciones. Entre otras, en primer lugar en que, en relación con el principio de efectividad ha declarado que en aquellos supuestos en que se plantee la cuestión de si una disposición procesal nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho de la Unión debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa la citada disposición dentro del conjunto del procedimiento, su desarrollo y sus peculiaridades, así como, en su caso, los principios en los que se basa el sistema jurisdiccional nacional, como la protección del derecho de defensa, el principio de seguridad jurídica y el buen desarrollo del procedimiento. En segundo término, en que el referido respeto del principio de efectividad no puede llegar al extremo de suplir íntegramente la total pasividad del consumidor afectado²⁶. Seguidamente en que la obligación de los Estados miembros de garantizar la efectividad de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables implica, en particular, una exigencia de tutela judicial efectiva. Y, por último, en que asimismo ha declarado que, en ausencia de control eficaz del carácter potencialmente abusivo de las cláusulas del contrato de que se trate, no puede garantizarse el respeto de los derechos conferidos por la Directiva 93/13.

30. A su vez, en la *sentencia de 17 de mayo de 2022 (ECLI:EU:C:2022:397)*, dictada en el asunto C-869, en la que se vino a dar respuesta a una petición de decisión prejudicial suscitada por la Sala Primera del Tribunal Supremo, con arreglo al artículo 267 Tratado de Funcionamiento de la Unión

²⁶ En teoría, el concepto de consumidor es un concepto restrictivo, aplicable a aquellos sujetos jurídicos que realizan un contrato con el único propósito de satisfacer sus propias necesidades de consumo privado. Sin embargo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea lo ha extendido a supuestos en los que el vínculo del contrato con la actividad profesional del interesado resulta tan tenue que puede considerarse marginal. A este propósito resulta sumamente significativa la STJUE de 25 de enero de 2018 (ECLI:EU:2018:37), dictada en el asunto C-498/16, que resolvió la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo Civil y Penal de Austria en el caso que enfrentó a Maximilian Scherems y Facebook Ireland Limited. Una atinada reflexión sobre todo ello puede leerse en A. L. CALVO CARAVACA, «Los contratos de consumo en la jurisprudencia del TJUE. Últimas tendencias». En: *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo de 2020, volumen 12, número 1, págs. 86-96.

Europea -TFUE en lo sucesivo-, en la que esta planteó: «El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE, ¿se opone a la aplicación de los principios procesales de justicia rogada, congruencia y prohibición de *reformatio in peius*, que impiden al tribunal que conoce del recurso interpuesto por el banco contra una sentencia que limitó en el tiempo la restitución de las cantidades indebidamente pagadas por el consumidor a consecuencia de una “cláusula suelo” declarada nula, acordar la restitución íntegra de dichas cantidades y empeorar con ello la posición del recurrente, porque dicha limitación no ha sido recurrida por el consumidor?».

El TJUE concluyó que, aunque el consumidor no había recurrido en apelación ni impugnado la sentencia de primera instancia que imponía una limitación en el tiempo de los efectos restitutorios en relación con las cantidades percibidas en virtud de la cláusula abusiva, ello podía imputarse a que cuando dicho tribunal dictó sentencia en el caso Francisco Gutiérrez Naranjo y Cajasur Banco, S.A.U. (asunto C-154/15), Ana María Palacios Martínez y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (BBVA) (asunto C-307/15), Banco Popular Español, S.A., y Emilio Irlés López, Teresa Torres Andreu (asunto C-308/15), el 21 de diciembre de 2016, ya había transcurrido el plazo en el que se podía interponer recurso de apelación o impugnar la sentencia en virtud del Derecho nacional; que, en estas circunstancias, no se podía considerar que el consumidor hubiese permanecido absolutamente pasivo; y que una legislación nacional que, en virtud de sus principios procesales, impida a los consumidores hacer uso de los medios procesales que les permitan hacer valer sus derechos, puede hacer imposible o excesivamente difícil proteger estos, vulnerando así el principio de efectividad..

Dicho de otra forma, la doctrina fijada en esta relevante sentencia implica que, a falta de regulación en el Derecho de la Unión, corresponde a cada Estado miembro, en virtud del principio de autonomía procesal, establecer en su ordenamiento jurídico interno los procedimientos destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que ese Derecho confiere a los justiciables. Pero, sentado lo anterior, mantiene que dichos procedimientos no deben ser menos favorables que los aplicables a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia), ni estar concebidos de modo que, en la práctica, hagan imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confiere el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad), ya que, si así fuera, se vulneraría el derecho comunitario.

Los antecedentes del caso son los siguientes:

La cuestión prejudicial trae causa de un procedimiento de ejecución hipotecaria en el que se dictó sentencia en primera instancia que declaró nula por abusiva una cláusula suelo y dispuso que, en virtud de lo dispuesto por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de mayo de 2013, la restitución de los importes que debían reintegrarse solo tenía efectos a partir de dicha fecha, condenando en costas a la entidad bancaria.

Esta apeló ante la Audiencia Provincial de Valladolid el pronunciamiento relativo en las costas, argumentando que, al haberse estimado solo parcialmente la pretensión de la contraparte, debido a la limitación en el tiempo de los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula de que se trata, no se la debió haber condenado a pagar la totalidad de las costas ocasionadas, recurso que fue estimado por dicho tribunal colegiado.

Posteriormente, L planteó recurso de casación contra la sentencia dictada en apelación, alegando que, al no haber aplicado la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 en el caso Gutiérrez Naranjo y otros (C154/15, C307/15 y C308/15, EU:C:2016:980), y no acordar de oficio la restitución íntegra de las cantidades pagadas en virtud de la «cláusula suelo», la citada Audiencia Provincial había infringido, entre otros preceptos, el artículo 1303 del Código Civil, que regula los efectos restitutorios vinculados a la nulidad de las obligaciones y contratos, en relación con el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, que establece la no vinculación de los consumidores a las cláusulas abusivas.

31. En el mismo sentido, en la *sentencia dictada el 17 de mayo de 2022 (ECLI:EU:C:2022:394)*, en el caso Ibercaja Banco contra MA y PO (asunto C-600/19), en la que se vino a dar respuesta a una petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Zaragoza con arreglo al artículo 267 TFUE, declaró que «los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una legislación nacional que, debido al efecto de cosa juzgada y a la preclusión, no permite al juez examinar de oficio el carácter abusivo de cláusulas contrac-

tuales en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria ni al consumidor, transcurrido el plazo para formular oposición, invocar el carácter abusivo de tales cláusulas en ese procedimiento o en un procedimiento declarativo posterior cuando el juez, al inicio del procedimiento de ejecución hipotecaria, ya ha examinado de oficio el eventual carácter abusivo de dichas cláusulas pero la resolución judicial en que se despacha ejecución hipotecaria no contiene ningún motivo, siquiera sucinto, que acredite la existencia de tal examen ni indica que la apreciación efectuada por dicho juez al término de ese examen no podrá ya cuestionarse si no se formula oposición dentro del referido plazo».

32. En el ámbito interno, nuestro Tribunal Constitucional también ha formulado importantes consideraciones sobre este tema.

33. Así, en su *sentencia 232/2015, de 5 de noviembre (ECLI:ES:TC:2015:232)*, Pte. Sr. *Enriquez Sancho*, afirmó que le corresponde «velar por el respeto del principio de primacía del Derecho de la Unión cuando, como aquí ocurre según hemos avanzado ya, exista una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En estos casos, el desconocimiento y preterición de esa norma de Derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, puede suponer una “selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso”, lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 145/2012, de 2 de julio, FFJJ 5 y 6)».

Asimismo añadió que «ya ha declarado que “el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha desarrollado hasta la fecha una consolidada jurisprudencia que abunda en la obligación que tienen los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de garantizar que dichas Sentencias se lleven a efecto (Sentencia de 14 de diciembre de 1982, asunto *Waterkeyn*, 314-316/81 y 83/82, Rec. 1982 p. 4337)... el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado reiteradamente que ‘los órganos jurisdiccionales de [los Estados miembros] están obligados, con arreglo al art. 234 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea [art. 267 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea], a deducir las consecuencias de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, bien entendido sin embargo que los derechos que corresponden a los particulares no derivan de esta sentencia sino de las disposiciones mismas del Derecho comunitario que tienen efecto directo en el ordenamiento jurídico interno’ (Sentencias de 14 de diciembre de 1982, asunto *Waterkeyn*, antes citada, apartado 16, y de 5 de marzo de 1996, asuntos *Brasserie du pêcheur* y *Factortame*, C-46/93 y C-48/93, Rec. p. I-1029, apartado 95)... [C]omo consecuencia de todo lo anterior, los Jueces y Tribunales ordinarios de los Estados miembros, al enfrentarse con una norma nacional incompatible con el Derecho de la Unión, tienen la obligación de inaplicar la disposición nacional, ya sea posterior o anterior a la norma de Derecho de la Unión (véanse, entre otras, las Sentencias de 9 de marzo de 1978, asunto *Simmmenthal*, 106/77, Rec. p. 629, apartado 24; de 22 de junio de 2010, asunto *Melki* y *Abdeli*, C-188/10 y C-189/10, Rec. p. I-5667, apartado 43; y de 5 de octubre de 2010, asunto *Elchinov*, C-173/09, apartado 31). Esta obligación, cuya existencia es inherente al principio de primacía antes enunciado, recae sobre los Jueces y Tribunales de los Estados miembros con independencia del rango de la norma nacional, permitiendo así un control desconcentrado, en sede judicial ordinaria, de la conformidad del Derecho interno con el Derecho de la Unión Europea [véanse las Sentencias de 17 de diciembre de 1970, asunto *Internationale Handelsgesellschaft*, 11/70, Rec. p. 1125, apartado 3; y de 16 de diciembre de 2008, asunto *Michaniki* (C-213/07, Rec. p. I-9999, apartados 5 y 51)]” (STC 145/2012, de 2 de julio, FJ 5)».

34. Dicho criterio se reitera, entre otras, en su *sentencia 31/2019, de 28 de febrero (ECLI:ES:TC:2019:31)*, Pte. Sra. *Roca Trías*, en la que se expone que «los principios de preclusión procesal y de cosa juzgada (arts. 136 y 207 LEC) no son incompatibles con el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea ni con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en adelante Directiva 93/13), y así lo recogen las SSTJUE de 21 de diciembre de 2016 y de 26 de enero de 2017, esta última en sus apartados 46, 47 y 48».

En dicha resolución se hacen asimismo las siguientes consideraciones, de extraordinario interés en el tema analizado:

«Este Tribunal considera que de la segunda declaración efectuada en la STJUE de 26 de enero de 2017, transcrita en el fundamento jurídico anterior, se desprende que las cláusulas cuyo eventual carácter abusivo no haya sido aún examinado en un anterior control judicial del contrato controvertido concluido con la adopción de una resolución con fuerza de cosa juzgada, deben ser conocidas por el juez nacional, bien a instancia de parte o de oficio. Como apunta el fiscal, lo determinante es si el juez estaba obligado al examen de oficio y cuál es el momento en que este examen le era exigible. Así que, declarada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea la obligación del órgano judicial de conocer, bien de oficio o a instancia de parte, del posible carácter abusivo de una cláusula contractual, poco importa el momento y cómo llegaron a él los elementos de hecho y de Derecho necesarios para verse compelido a hacerlo. Por ello, el órgano judicial ante el cual el consumidor ha formulado un incidente de oposición —expresión utilizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea—, en este caso a través de un incidente de nulidad, se encuentra obligado a apreciar el eventual carácter abusivo de la cláusula que se denuncia, con la única excepción de que hubiera sido examinada en un anterior control judicial que hubiera concluido con la adopción de una resolución con fuerza de cosa juzgada.

Es importante destacar, en este sentido, que el Tribunal de Justicia ha declarado que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, que prevé que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor, es (i) “una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y las obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas (véanse, en particular, las sentencias de 17 de julio de 2014, Sánchez Morcillo y Abril García, C 169/14, EU:C:2014:2099, apartado 23, y de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C 154/15, C 307/15 y C 308/15, EU:C:2016:980, apartados 53 y 55)” (STJUE de 26 de enero de 2017, apartado 41) y (ii) “debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público (véanse las sentencias de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C 40/08, EU:C:2009:615, apartados 51 y 52, y de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C 154/15, C 307/15 y C 308/15, EU:C:2016:980, apartado 54)” (STJUE de 26 de enero de 2017, apartado 42). Precisamente ha sido en este contexto en el que el Tribunal de Justicia ha declarado que “el juez nacional deberá apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 [...] tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello (sentencias de 14 de marzo de 2013, Aziz, C 415/11, EU:C:2013:164, apartado 46 y jurisprudencia citada, y de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C 154/15, C 307/15 y C 308/15, EU:C:2016:980, apartado 58)” (STJUE de 26 de enero de 2017, apartado 43).

De ahí que no quepa considerar, como así hace el órgano judicial, que el plazo para denunciar la existencia de cláusulas abusivas había precluido, por no haber formulado oposición a la ejecución en el plazo legal establecido de diez días. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea obliga al juez nacional a apreciar el eventual carácter abusivo de una cláusula, incluso tras el dictado de una resolución con fuerza de cosa juzgada, cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, siempre que la cláusula denunciada no hubiera sido examinada previamente. Y, por supuesto, permite que el consumidor pueda formular un incidente de oposición cumpliendo con lo que disponga la norma, lo que no exime de la obligación de control de oficio por el órgano judicial. En este caso, la sentencia Banco Primus aportaba los elementos de hecho y de Derecho que permitían, en el caso de que así procediera, declarar abusiva la cláusula de vencimiento anticipado. Pero, es más, la recurrente denunció su abusividad “cumpliendo con lo exigido en la norma”, a excepción del plazo de diez días previsto legalmente para la oposición (art. 556.1 LEC) que, tras el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el órgano debió interpretar a la luz de lo dispuesto en la sentencia del Tribunal de Justicia, que motivó el planteamiento del incidente, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 4 bis LOPJ.

Tampoco es conforme con lo declarado por la jurisprudencia europea, entender que en los casos en los que el carácter abusivo de una determinada cláusula ha sido confirmado por el Tribunal de Justicia con posterioridad al plazo para poder formular oposición, el incidente de nulidad no sea el cauce para ello o sea extemporánea su formulación. Se ha de tener en cuenta que una vez finalizado dicho plazo, si el órgano judicial no controló de oficio la posible abusividad de la cláusula, al recurrente no le queda más cauce procesal que su denuncia.

Igualmente hay que rechazar el argumento esgrimido por el órgano judicial de que de las SSTJUE de 21 de diciembre de 2016 y de 26 de enero de 2017, solo se desprenda que los principios de preclusión procesal y de cosa juzgada no son incompatibles con el principio de primacía del Derecho europeo, con alusión a lo dicho en los apartados 46, 47 y 48 de la segunda de las resoluciones citadas, sin añadir, a

continuación, lo que se erigía en lo verdaderamente novedoso y relevante de su contenido: el necesario control de las cláusulas abusivas, de oficio o a instancia de parte, siempre que no hubiera existido control previo apreciado por resolución con fuerza de cosa juzgada, expresado en sus apartados 51 y 52. De ahí que tampoco pueda entenderse justificado afirmar, como así hace el juzgado, que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no tiene eficacia retroactiva.

En definitiva, no cabe advertir, por tanto, defectos procesales como los señalados por el Juzgado para rechazar el incidente de nulidad en el que se invocaba la posible abusividad de una cláusula contenida en el contrato de préstamo hipotecario. Máxime cuando ya en la Sentencia de 21 de noviembre de 2002, asunto Cofidis y Jean-Louis Fredout, C-473/00, el Tribunal de Justicia declaró que “[l]a Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, se opone a una normativa interna que, en el marco de una acción ejercitada por un profesional contra un consumidor y fundada en un contrato celebrado entre ellos, prohíbe al juez nacional, al expirar un plazo de preclusión, declarar, de oficio o a raíz de una excepción propuesta por el consumidor, el carácter abusivo de una cláusula inserta en dicho contrato”; doctrina aplicada en el asunto Banco Primus».

Con base en lo anterior concluyó que «el Juzgado de Primera Instancia núm. 32 de Madrid, al no atenerse a la interpretación de la Directiva 93/13 que había sido realizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 26 de enero de 2017, no haber entrado a analizar la posible nulidad de la cláusula contractual de vencimiento anticipado objeto del incidente de nulidad, ni haber planteado cuestión prejudicial de haberse encontrado en alguno de los supuestos ya descritos en el fundamento jurídico séptimo de esta sentencia: (i) infringió el citado principio de primacía del Derecho de la Unión al prescindir por su propia, autónoma y exclusiva decisión, de la interpretación impuesta y señalada por el órgano competente para hacerlo con carácter vinculante; (ii) incurrió, por ello, en una interpretación irrazonable y arbitraria de una norma aplicada al proceso; y (iii) consiguientemente, vulneró, de este modo, el derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente (art. 24.1 CE). Por ello es procedente el otorgamiento del amparo, con declaración de la nulidad de la resolución que lo ha vulnerado y retroacción de las actuaciones al momento procesal oportuno a fin de que el órgano judicial, con plenitud de jurisdicción, dicte una nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental reconocido».

35. De igual modo, en su *sentencia 140/2020, de 6 de octubre (ECLI:ES:TC:2020:140)*, Pte. Sr. González-Trevijano Sánchez, incidió en la tesis de que los órganos jurisdiccionales tienen la obligación de recabar la obligación de llevar a cabo un efectivo control sobre la abusividad de las cláusulas contractuales de los contratos celebrados con consumidores. En concreto declaró que la providencia impugnada en sede constitucional, que había inadmitido a trámite el incidente de nulidad de actuaciones planteado por los recurrentes con el propósito de que se revisase y se declarase el carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado del título de ejecución al amparo de la interpretación señalada e impuesta por el TJUE por considerar que la solicitud era extemporánea, contraviene la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

36. A juicio de destacados autores, la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que acabamos de referir contribuye a la quiebra del proceso civil como instrumento neutral de resolución de conflictos intersubjetivos y conlleva «el riesgo de terminar por sumir al consumidor genérico (de suyo cumplidor), en una situación peor que la que disfrutaba antes de los esfuerzos del TJUE, sin olvidar las consecuencias sociales evidentes que pueden afectar más directamente a los jóvenes que comprobarán el endurecimiento en la obtención del préstamo hipotecario»²⁷.

²⁷ A. J. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, «La cosa juzgada ha muerto (y los principios procesales vilipendiados)». En: *Actualidad Civil*, 2022, número 7, *passim*.

De diferente opinión es J. M. ARIAS RODRÍGUEZ, «Reflexiones sucintas sobre la cosa juzgada en la jurisprudencia del TJUE». En: *Diario La Ley*, número 10208, Sección Doctrina, 16 de enero de 2023, LA LEY, LA LEY 41/2023, quien entiende que «la evolución que ha experimentado la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo en orden a la cosa juzgada cobra pleno sentido, si tenemos en cuenta que persigue es conceder preeminencia al principio de efectividad y, por ende, al ordenamiento jurídico de la Unión, lo que no es más que mera cristalización del principio de primacía del mismo y condición indispensable para para que prevalezcan los derechos conferidos a los particulares por la normativa de la Unión. Otro entendimiento aparejaría la quiebra

37. La cosa juzgada es una creación del derecho positivo. Cuando se dice que una resolución judicial pasa en autoridad de cosa juzgada no se expresa más que ciertas normas jurídicas atribuyen a las decisiones procesales -singularmente a las sentencias- determinados efectos. No otra cosa. Como afirmó GÓMEZ ORBANEJA citando a NEUER, la cosa juzgada no es por tanto una propiedad necesaria de toda sentencia, ni tiene que ser en todas partes lo mismo, ni se deduce de principios naturales²⁸

¿Por qué surge entonces la cosa juzgada, singularmente la llamada cosa juzgada material? Lo más conforme a la justicia sería poder examinar indefinidamente las controversias²⁹. Sin embargo, legalmente no se permite. ¿Por qué? ¿Cuáles son las razones que justifican la cosa juzgada?

Se ha afirmado que subviene a la seguridad y a la paz jurídica, ya que a dichas necesidades sirve una vinculación que impide que una determinada discusión jurídica pueda prolongarse indefinidamente, volver a entablarse después de que la jurisdicción le haya puesto fin de forma firme y que puedan llegar a dictarse sentencias contradictorias³⁰.

De igual forma, desde otro punto de vista, se ha señalado que su fundamento es doble, ya que reside, de una parte, en el derecho a la tutela judicial efectiva, que conlleva el derecho a la ejecución de las sentencias en sus propios términos; de otra, en la seguridad, certeza y paz jurídicas³¹.

Asimismo se ha apuntado que, en realidad, esa limitación a la indagación judicial tiene como principal propósito el de evitar fallos contradictorios y, accidentalmente, el de excluir un nuevo proceso³².

38. Afirmar que la cosa juzgada es una creación del derecho positivo implica asumir que podría ignorarse. Pero también que, si no se rechaza, es preciso determinar el camino que lleva a las consecuencias que conlleva.

39. La corte de Luxemburgo ha fijado importantes pautas a este respecto a propósito de la labor interpretativa que ha realizado de lo dispuesto en la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

En relación con dicha labor, de la que se ha dejado constancia en las páginas precedentes, procede recordar:

a) Que las directivas obligan a los Estados miembros de la Unión que sean destinatarios de dichas decisiones jurídicas a conseguir el resultado que se establece en ellas, dejando a las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios para conseguirlo (artículo 288 del TFUE).

b) Que la Directiva 93/13/CEE tiene como principal propósito la protección eficaz de quienes tengan la consideración legal de consumidor, fijando al efecto que los Estados de la Unión deben adoptar las medidas necesarias para evitar que se estipulen cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores por un profesional y que, si a pesar de ello figuraran tales cláusulas, éstas no obligarán al consumidor y el contrato seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que las cláusulas abusivas no afecten a su existencia.

c) Que el TJUE tiene como misión garantizar que la legislación de la Unión Europea se interprete y aplique de la misma manera en cada uno de los países miembros; y, al tiempo, que los países miembros y las instituciones europeas cumplan dicha normativa.

d) judiciales, a través de las cuales los tribunales de los Estados afectados por aquellas pueden pedir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea que se pronuncie sobre ellas si consideran necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo, sentándose además la regla de que su interposición es obligatoria cuando dicha necesidad se plantee en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional

inevitable de los principios preindicados, lo que no supone desconocer que la cosa juzgada, que es un principio procesal nuclear en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y que forma parte del Derecho de la Unión como principio general, incardinable en el radio de acción del artículo 6.3 del Tratado de la Unión Europea debe de conjugarse en su aplicación en la medida de lo posible con el principio de equivalencia en su caso».

²⁸ E. GÓMEZ ORBANEJA, *Las teorías de la cosa juzgada. Su valor sistemático*, Imprenta Castellana, Valladolid, 1932, pág. 41.

²⁹ G. CHIOVENDA, «Sulla cosa giudicata». En: *Saggi di Diritto processuale civile*. Reimpresión de la edición de Roma, 1931, vol. II, Giuffrè Editore, Milano, 1993, págs. 399 y siguientes.

³⁰ A. DE LA OLIVA SANTOS, *Sobre la cosa juzgada*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, SA., Madrid, 2001, pág. 23.

³¹ S. CALAZA LÓPEZ, *La cosa juzgada*, Ed. La Ley, Madrid, 2009, pág. 48.

³² E. GÓMEZ ORBANEJA, *ob. cit.*, pág. 42.

nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de recurso conforme al derecho nacional interno (cfr. el artículo 267 del TFUE).

Visto así, la cuestión prejudicial permite que el tribunal de Luxemburgo fije una interpretación uniforme del derecho de la Unión, que no puede ser ignorada por los tribunales nacionales y que les obliga, por el contrario, a estar y pasar por lo señalado por dicho tribunal supranacional. No solo eso: no debe ser tampoco ignorada por los legisladores de los distintos países integrantes de dicha comunidad política, jurídica y económica, que, de ser necesario, deberían modificar su legislación interna para acomodarla a dicha exégesis.

40. Lo anterior debe completarse, a nuestro entender, al menos con las siguientes reflexiones.

Primera: los jueces son los garantes de las promesas que los legisladores establecen en las normas que nos obligan a todos.

Segunda: el proceso civil, a través del cual se encauza la resolución de las controversias de los particulares cuando estos acuden a la jurisdicción, «constituye en su estructura y forma la institucionalización del juicio prudencial»³³ que, para que concluya en una sentencia que sea consecuencia del mismo, requiere un proceso contradictorio, que asegure a cada parte que tendrá la oportunidad de ser oído, ya que sin dicha garantía no puede haber un juicio justo ni, por ende, una decisión prudente.

Tercera: el proceso civil se desarrolla así como un diálogo estructurado entre las partes que, al menos en potencia, debe ser cierto, real, posible, ya que, de lo contrario, podría verse afectado el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva ante los tribunales de justicia en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

Cuarta: la adecuada resolución judicial de las discrepancias pasa por el adecuado respeto a las normas que nos hemos dado, tanto en el ámbito interno como en el supranacional, y por desarrollar procesos que, mediante la determinación y prueba de los hechos, permitan conocer la verdad de lo sucedido. Ya que, como se ha señalado con acierto, la decisión del juez nunca será justa si está basada en una determinación errónea e inaceptable de los hechos³⁴.

Quinta: los jueces tienen el deber y la responsabilidad de ajustar la ley a los casos concretos cuya resolución tienen encomendada en busca de la solución más recta al conflicto suscitado. Todo ello con un solo propósito: el de dar a cada uno aquello a lo que tiene derecho.

Sexta: partiendo de dichos parámetros y de las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que hemos comentado parece necesario seguir reflexionando sobre las consecuencias inherentes a las decisiones de los tribunales, garantes como antes apuntamos de las decisiones que nos hemos dado.

Dichas resoluciones, dictadas al contestar a diferentes cuestiones prejudiciales planteadas por tribunales nacionales de diversos países de la Unión a propósito del posible carácter abusivo de algunas cláusulas contractuales incluidas en contratos celebrados con consumidores y su eventual incompatibilidad con la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993, ponen de manifiesto que la protección de estos es una competencia compartida entre la Unión Europea y los Estados que la integran; que la referida norma se fundamenta en la idea de que, en los contratos celebrados entre profesionales o empresarios y consumidores, estos últimos se encuentran en una situación de inferioridad respecto de los primeros, tanto en lo que hace a la capacidad de negociación como a nivel de información; y que ello determina que los tribunales deben procurar la protección efectiva de quienes adquieren productos de consumo o utilizan ciertos servicios mediante una intervención proactiva que les permita declarar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual aunque no se les haya pedido y ello pueda entrar en contradicción con los principios procesales que inspiran una legislación nacional, declaración que debe desplegar todas sus consecuencias, también en el futuro.

De acuerdo con este criterio, por tanto, la regla preclusiva prevista en nuestro caso en el artículo 400 de la LECiv y los efectos excluyentes de la cosa juzgada material no deben afectar a los litigantes

³³ I. SANCHO GARGALLO, *El paradigma del buen juez*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2022, págs. 122 y 123.

³⁴ I. SANCHO GARGALLO, *ob. cit.*, pág. 125.

que ostenten la condición legal de consumidor, merecedores como son de la máxima protección procesal, la cual debe permitir que puedan hacerse efectivos los derechos que les reconoce el derecho de la Unión.

La justicia, entendida en este caso como principio que conduce a actuar conforme al derecho y la razón, se abre paso así, una vez más, como límite a la cosa juzgada. Queda por determinar, claro está, si el camino escogido para hacerla efectiva es el adecuado o si debe buscarse otro que concilie debidamente el resultado que se pretende y las reglas procesales que imperan en los diferentes países de la Unión, lo cual requiere -como casi siempre en cuestiones de importancia- análisis de la situación, reflexión serena y ponderada y propósito de reformar la legislación nacional desde el respeto a los valores propios y a la normativa europea que nos hemos dado. De lo contrario, el desencuentro está garantizado.

VARIA

A propósito de los foros de protección. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de octubre de 2022, asunto C-604/20, Roi Land Investments Ltd

About protective rules on jurisdiction. Commentary on the judgment of the Court of Justice of 20 October 2022, case C-604/20, Roi Land Investments Ltd

CARLOS AINCIBURU SERNA

*Alumno interno del departamento de Derecho Internacional Privado
Universidad de Navarra*

Recibido: 15.06.2023 / Aceptado: 17.07.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.8089

Resumen: En este artículo se analizan las implicaciones que puede tener la STJUE de 20 de octubre de 2022, C-604/20, asunto Roi Land. Son tres los asuntos que el Tribunal resuelve en la sentencia. En primer lugar, establece los indicios y los elementos relevantes a la hora de considerar si una relación jurídica en la que no hay un contrato de trabajo formal entre las partes es o no es laboral. En segundo lugar, resuelve la cuestión relativa al ámbito de aplicación del Reglamento 1215/2012 cuando la parte demandada es o puede ser empleadora y no se encuentra domiciliada en algún país de la Unión Europea. En el artículo se explica cuándo es aplicable la legislación nacional y bajo qué supuestos dicha legislación es desplazada por los preceptos del Reglamento. Finalmente, la sentencia aborda, en relación con el foro de contratos de consumo, el requisito de «uso ajeno a la actividad profesional».

Palabras clave: Competencia judicial internacional, Reglamento de Bruselas I bis, contrato de trabajo, acuerdo de garantía, grupo de sociedades, contratos de consumo, actividad profesional.

Abstract: This article analyzes the implications that the Judgment of the ECJ of 20 October 2022, C-604/20, Roi Land case may have. There are three issues that the Court resolves in the judgment. In the first place, it establishes the indications and relevant elements when considering whether a legal relationship in which there is no formal employment contract between the parties is or is not labor. Secondly, it resolves the issue relating to the scope of application of Regulation 1215/2012 when the defendant is or may be an employer and is not domiciled in any country of the European Union. The article explains when national legislation is applicable and under what assumptions such legislation is superseded by the provisions of the Regulation. Finally, the meaning and scope of the consumer protection forum is analyzed, particularly in connection with the concept of professional activities.

Keywords: International jurisdiction, Brussels Regulation I bis, contract of employment, letter of comfort, corporate group, consumer contracts, professional activities, trade of profession.

Sumario: I. Resumen de hechos. II. Concepto y caracteres del contrato de trabajo individual.

1. Acerca del concepto de contrato de trabajo individual en el Reglamento 1215/2012. 2. Un antecedente: el caso Pugliese. 3. Aplicación de la doctrina del caso Pugliese al caso Roi Land. 4. Apunte sobre el derecho internacional privado autónomo y sobre la STS 389/2022. III. Acerca de la exclusividad de la Sección V del Capítulo II del RBI bis. IV. Motivos por los que el foro de consumo no resulta aplicable al caso. V. Conclusiones.

I. Resumen de hechos

1. Roi Land es una sociedad canadiense que se dedica a la actividad inmobiliaria. FD es un alemán que trabajó para la sociedad canadiense hasta noviembre de 2015, fecha en la que rescindieron de mutuo acuerdo el contrato de trabajo. En enero de 2016 se constituye la sociedad R Swiss —una filial de Roi Land mediante la que desea desarrollar su actividad económica en Europa— con arreglo al derecho suizo. En febrero de ese mismo año R Swiss firma con FD un contrato de trabajo. Además, ese mismo día, FD firma con la canadiense un contrato —*Patron Agreement*— en virtud del cual la sociedad queda directamente obligada frente a FD por las obligaciones derivadas del contrato de trabajo celebrado con su filial, R Swiss. FD realizó su trabajo tanto con Roi Land como con R Swiss en Stuttgart. En julio de 2016 R Swiss despide a FD.

2. Mediante sentencia de 2 de noviembre de 2016, el Tribunal de lo Laboral de Stuttgart, que conoció de la acción ejercitada por FD, constató de manera definitiva la nulidad de dicho despido. R Swiss no abona las cantidades establecidas en la sentencia a FD debido a su inquietante situación económica. De hecho, a principios de marzo de 2017 se abrió un procedimiento concursal relativo a R Swiss al amparo del Derecho suizo. En mayo de 2017 este procedimiento fue archivado por falta de masa.

3. En fin, FD decide demandar a Roi Land con base en el acuerdo de garantía y tras las diferentes instancias en la jurisdicción alemana, el Tribunal Supremo de lo Laboral de Alemania plantea una cuestión prejudicial sobre los extremos que a continuación se exponen y que constituyen el objeto de este artículo:

- a) Si el art. 6.1 del Reglamento 1215/2012 ha de ser interpretado en el sentido de que un trabajador puede demandar a una persona jurídica que no es su empresario y que no está domiciliada en el sentido del art. 63.1 RBI bis en la UE, pero que es directamente responsable frente al trabajador, en virtud de un acuerdo de garantía, ante el órgano jurisdiccional del lugar en el que el trabajador haya desempeñado habitualmente su trabajo en la relación laboral con el tercero.
- b) Si la expresión «sin perjuicio de» del art. 6.1 excluye la aplicación de las normas previstas en la legislación nacional en virtud de las cuales se puede demandar al «causahabiente» del empresario en el lugar de trabajo habitual.
- c) Sobre el concepto de «actividad profesional» en el art. 17.1 del RBI bis y en el art. 6.1 del Reglamento de Roma I: acerca de la posibilidad de que un contrato de garantía pueda constituir un contrato para un uso que no es ajeno a la actividad profesional del empleado.

II. Concepto y caracteres del contrato de trabajo individual

1. Acerca del concepto de contrato de trabajo individual en el Reglamento 1215/2012

4. En primer lugar, el TJUE despacha la cuestión relativa a la interpretación y aplicación del art. 21.2 del Reglamento 1215/2012. Lo que se plantea al Tribunal es si el acuerdo de garantía pactado entre Roi Land y FD puede ser subsumido, a los efectos del RBI bis, en la materia de contrato individual de trabajo.

5. En primer lugar, a propósito de la interpretación, el TJUE recuerda que los conceptos del Reglamento son conceptos autónomos. «[Cada concepto] debe determinarse sobre la base de criterios uniformes que corresponde definir al Tribunal de Justicia fundándose en el sistema y en los objetivos del propio Convenio. En efecto, el Tribunal de Justicia ha destacado que sólo esta interpretación autónoma puede garantizar la aplicación uniforme del Convenio, cuyo objetivo consiste, en particular, en unificar las reglas de competencia jurisdiccional de los Estados contratantes, evitando, en la medida de lo posi-

ble, la multiplicidad de los criterios de competencia judicial respecto a una misma relación jurídica»¹. Si «las reglas de competencia judicial deben presentar un alto grado de previsibilidad»², es necesario que la interpretación de los preceptos del Reglamento 1215/2012 sea autónoma. Tal como expone Oró Martínez «el TJUE también ha sostenido reiteradamente que para la interpretación de estas disposiciones, en particular cuando el significado de los términos que utilizan no puede establecerse exclusivamente sobre la base de una interpretación literal, es necesario tener en cuenta la finalidad de estas disposiciones, a saber la preocupación por garantizar la debida protección al trabajador como el más débil de los contratantes»³. «La característica de la relación laboral radica en la circunstancia de que una persona realice, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales perciba una retribución»⁴. Es decir, los elementos esenciales de una relación laboral son la realización de prestaciones y la existencia de un nexo de subordinación entre el trabajador y el empleador. La dependencia es una de las notas características de todo contrato de trabajo. Para que en una relación contractual exista dependencia, debe haber —en este caso— un trabajador. Si la dependencia es una de las notas características de un contrato laboral, una de las partes de ese contrato debe depender de la otra. *Solo se puede ser empleado en la medida en que existe un acuerdo laboral. Esto ha provocado que los conceptos de «contrato de trabajo» y de «trabajador» hayan sido interpretados de forma paralela*⁵. «La característica de la relación laboral radica en la circunstancia de que una persona realiza, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de esta, ciertas prestaciones, a cambio de las cuales percibe una remuneración (...) De ello se sigue que una relación laboral presupone la existencia de un nexo de subordinación entre el trabajador y su empleador y que la existencia de tal nexo debe apreciarse en cada caso concreto, en función del conjunto de hechos y circunstancias que caractericen a las relaciones existentes entre las partes»⁶. Estas últimas líneas contienen los tres elementos que —tal como recoge también Oró Martínez— el TJUE tiene en cuenta a la hora de abordar la cuestión sobre la existencia o inexistencia de una relación laboral: i) que exista una relación de subordinación; ii) que la parte subordinada preste servicios a la otra por duración determinada de tal forma que se establezca un vínculo duradero; y iii) que los servicios mencionados se presten a cambio de una remuneración.

6. En segundo lugar, el Tribunal establece que si se colman los requisitos señalados hay una relación laboral con independencia de que haya un contrato laboral escrito o un contrato de diferente índole, como el de garantía. Junto con esta idea el TJUE expone en este caso la irrelevancia del *nomen iuris*: los contratos son lo que son y no lo que las partes dicen que son. «La inexistencia de un contrato formal, en el sentido del Derecho material, entre los demandados en el procedimiento principal y una determinada sociedad Arcadia no excluye que de los hechos deba inferirse la existencia de un “contrato” a efectos de las disposiciones de la sección 5. A la inversa, los contratos concluidos entre los interesados y otras sociedades del grupo no se considerarán necesariamente “contratos individuales de trabajo” en el sentido de dicha sección»⁷.

7. La cuestión de la calificación es uno de los problemas que «suscitan los contratos individuales de trabajo de carácter interno se reproducen cuando se pretende calificar un contrato de trabajo de carácter internacional (...) en un intento de sistematización se podrían resumir en tres (...) la coexistencia, junto al contrato de trabajo, de otros contratos afines y de perfiles igualmente difusos que generan zonas de cali-

¹ STJUE 14 septiembre 2017, C-168/16, *Nogueira y otros*, ECLI:EU:C:2017:688, apartado 47.

² D. CARRIZO AGUADO, “Las relaciones internacionales de trabajo tras el asunto *Roi Land/Investments*: la importancia del nexo de subordinación entre el empleado y la empresa”, *La Ley Unión Europea*, N.º 109, Editorial La Ley, p. 5.

³ C. ORÓ MARTÍNEZ, “Article 20”, en REQUEJO ISIDRO, M., *Brussels I Bis. A Commentary on Regulation (EU) No 1215/2012*, p. 287.

⁴ D. GLUHAIA, “Cuestiones de competencia judicial internacional en los litigios derivados de accidente de trabajo”, en J.L. GOÑI SEIN, et. al., *Prevención de Riesgos Laborales y Protección Social de Trabajadores Expatriados*, 1ª edición, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pp. 244-245.

⁵ C. ORÓ MARTÍNEZ, *Op. Cit.*, p. 295.

⁶ STJUE 11 abril 2019, C-603/17, *Bosworth y Hurley*, ECLI:EU:C:2019:310, apartado 26.

⁷ Conclusiones del Abogado General C-603/17, *Bosworth y Hurley*, ECLI:EU:C:2019:65, apartado 36.

ficación grises o dudosas»⁸. El acuerdo de garantía entre FD y Roi Land es, sin duda alguna, uno de esos contratos cuya calificación supone una ardua tarea. La cuestión es si ese acuerdo constituye un contrato de trabajo o si es posible argumentar que el acuerdo de garantía es una fianza que, debido a la accesoriedad de esta figura, puede ser calificada como laboral en tanto que lo que se afianza es una obligación laboral.

2. Un antecedente: el caso Pugliese

8. No es el primer caso de este tipo al que tiene que hacer frente el TJUE pues en 2003 —entonces TJCE— enjuicio un caso similar: el caso Pugliese, C-437/00⁹. Los hechos del caso Pugliese son similares a los de la sentencia aquí analizada. En enero de 1990 la señora Pugliese y Aeritalia Aerospaziale Italiana SpA suscribieron un contrato de trabajo por el que *la primera quedaba contratada a partir del 17 de enero siguiente como empleada de la segunda destinada a su establecimiento de Turín. la Sra. Pugliese solicitó a Aeritalia que le concediera el «régimen de excedencia» como consecuencia de su traslado a un puesto en la sociedad alemana Eurofighter Jagdflugzeug GmbH, empresa domiciliada en Múnich y participada en un 21% por Aeritalia. El 18 de enero de 1990 Aeritalia se comprometió a asumir el pago de las cotizaciones de la trabajadora, a reconocerle la antigüedad que acumulara durante su etapa laboral en Alemania así como a reembolsar diferentes gastos de viaje y alojamiento en Alemania. Más tarde, Aeritalia fue adquirida por Finmeccanica y en 1995 notificó a la señora Pugliese que su excedencia terminaría en febrero de 1996. Sin embargo, la trabajadora terminó pactando con la adquirente la prolongación de su situación hasta 1998 si bien los gastos de viaje y alojamiento corrieron desde 1996 por cuenta de Pugliese. Puesto que la Sra. Pugliese no se atuvo a la petición de Finmeccanica de que se presentara el 1 de julio de 1998 en su establecimiento de Turín para reanudar en él su actividad, se adoptaron contra ella medidas disciplinarias¹⁰.*

9. El *Landesarbeitsgericht* —Tribunal Regional del Trabajo— planteó las siguientes cuestiones prejudiciales:

- a) Si «es Múnich el lugar en el que el trabajador desempeña habitualmente su trabajo, en el sentido del artículo 5, número 1, segunda semifrasedel Convenio de Bruselas, cuando, a petición del trabajador, el contrato de trabajo queda suspendido temporalmente “por excedencia” desde su inicio y, durante dicho período, el trabajador ocupa un empleo en una empresa alemana en su domicilio de Múnich, con autorización del empresario italiano, pero en virtud de un contrato de trabajo autónomo, comprometiéndose el empresario italiano a poner a disposición del trabajador una vivienda en Múnich o a hacerse cargo del coste de dicha vivienda, así como de los gastos correspondientes a dos viajes anuales desde Múnich al país de origen, mientras durase el segundo contrato de trabajo»¹¹.
- b) Si la respuesta a la cuestión primera es negativa: si es posible que la trabajadora pueda invocar, «en el marco de un litigio con su empresario italiano basado en su contrato de trabajo y dirigido a obtener el pago de los gastos de alquiler y de los correspondientes a los dos viajes anuales a su país de origen, la competencia de los órganos jurisdiccionales del lugar de cumplimiento de la obligación con arreglo al artículo 5, número 1, primera semifrasedel Convenio de Bruselas»¹².

10. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea sentenció que el artículo 5 número 1, del Convenio de Bruselas ha de interpretarse *en el sentido de que, en un litigio entre un trabajador por*

⁸ M. CASADO ABARQUERO, *La autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo internacional*, 1ª edición, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2008, pp. 32-33.

⁹ El apartado 50 de las conclusiones del abogado general del caso *Roi Land* remite a la sentencia *Pugliese*.

¹⁰ Cfr. STJUE 10 abril 2003, C-437/00, ECLI:EU:C:2003:219, *Pugliese*, apartados 4 y ss.

¹¹ STJUE 10 abril 2003, C-437/00, ECLI:EU:C:2003:219, *Pugliese*, apartado 12.1

¹² STJUE 10 abril 2003, C-437/00, ECLI:EU:C:2003:219, *Pugliese*, apartado 12.2

*cuenta ajena y un primer empresario, el lugar en el que el trabajador cumple sus obligaciones respecto a un segundo empresario puede ser considerado como el lugar en el que desempeña habitualmente su trabajo, siempre y cuando el primer empresario, respecto al cual están suspendidas las obligaciones del trabajador, tenga, por su parte, en el momento de la celebración del segundo contrato, un interés en la ejecución de la prestación que ha de efectuar el trabajador para el segundo empresario en un lugar determinado por este último*¹³. Y la respuesta a la segunda cuestión es que el citado artículo debe interpretarse en el sentido de que, en materia de contratos de trabajo, el lugar en el que el trabajador desempeña su trabajo es el único lugar de cumplimiento de una obligación que puede tomarse en consideración para determinar el tribunal competente¹⁴.

11. La clave del caso se encontró en el interés que el primer empresario ostenta en el trabajo que el empleado realizará para el segundo empleador. La existencia del interés en la prestación realizada por el trabajador ha de ser apreciado de forma global. El TJCE en la sentencia del caso Pugliese propone una enumeración no exhaustiva, ejemplificativa e iluminadora de los factores relevantes para apreciar el interés de la primera empresa. Tales factores pueden ser los siguientes: «el hecho de que la celebración del segundo contrato estuviera prevista cuando se firmó el primero; el hecho de que el primer contrato se modificara habida cuenta de la celebración del segundo; el hecho de que exista un vínculo orgánico o económico entre ambos empresarios; el hecho de que exista un acuerdo entre los dos empresarios por el que se establece un marco para la coexistencia de los dos contratos; el hecho de que el primer empresario conserve una facultad de dirección sobre el trabajador, y el hecho de que el primer empresario pueda decidir respecto a la duración de la actividad del trabajador para el segundo empresario»¹⁵.

3. Aplicación de la doctrina del caso Pugliese al caso Roi Land

12. Tomando en consideración lo expuesto en los párrafos anteriores, la sentencia del caso Roi Land concluye que FD puede demandar en Stuttgart a Roi Land *ex art. 21.2 RBI bis*¹⁶. Antes de la firma del contrato con R Swiss, FD y Roi Land ya estuvieron vinculados por otro acuerdo laboral al tenor del cual desarrolló la misma labor profesional que ha venido ejerciendo para la compañía suiza. Además, el contrato de trabajo entre FD y R Swiss no hubiera existido si Roi Land no hubiese aceptado el acuerdo de garantía. También es pertinente considerar que Roi Land decide por motivos de política comercial desarrollar su actividad en Europa mediante una sociedad de nueva creación, es decir, mediante R Swiss. En consecuencia, existe un interés de Roi Land en la ejecución de las prestaciones de FD y existe un nexo de subordinación entre FD y Roi Land. Por tanto, Roi Land es «directamente responsable frente a dicho trabajador del cumplimiento de las obligaciones de [R Swiss]»¹⁷. Como se aprecia, el Tribunal otorga una gran importancia a la prueba indiciaria pues es mediante diferentes indicios como establece la relación entre FD y Roi Land de laboral.

¹³ Cfr. STJUE 10 abril 2003, C-437/00, ECLI:EU:C:2003:219, *Pugliese*, apartado 1º del fallo.

¹⁴ Cfr. STJUE 10 abril 2003, C-437/00, ECLI:EU:C:2003:219, *Pugliese*, apartado 2º del fallo.

¹⁵ v. STJCE 10 abril 2003, C-437/00, ECLI:EU:C:2003:219, *Pugliese*, apartado 24.

¹⁶ Resulta interesante la lectura de las siguientes líneas de la STSJ de Castilla la Mancha 1018/2005: «esta Sala entiende que, el lugar en el que “el trabajador desempeñare habitualmente su trabajo”, en relación con la competencia judicial para conocer del asunto, deber entenderse que es España; en primer lugar, porque concurre un interés manifiesto del Albacete Balompié SAD y la AS Roma SPA en la cesión del trabajador de uno a otro; en segundo lugar, porque existe una “conexión especialmente estrecha entre la controversia y el órgano jurisdiccional que debe conocer de ella”, a que se refiere la jurisprudencia antes citada, en cuanto dicha cesión es la causa de la extinción del contrato de trabajo con el cedente (Albacete Balompié SAD), y a su vez, es la causa del nacimiento del derecho reclamado por el jugador, en virtud de la legislación española reguladora de dicho contrato; y en tercer lugar, porque constituye la interpretación más adecuada para “garantizar una protección adecuada al trabajador, como parte contratante más débil desde una perspectiva social”». FJ 9º.

¹⁷ STJUE 20 octubre 2022, C-604/20, *Roi Land Investments*, ECLI:EU:C:2022:807, apartado 36. En adelante, sentencia Roi Land.

4. Apunte sobre el derecho internacional privado autónomo y sobre la STS 389/2022

13. Este asunto es tratado de forma diferente por el Derecho Internacional Privado interno español, por la LOPJ. A este respecto es muy interesante la STS 389/2022, de 22 de marzo, en el que se aborda la cuestión de la CJI al hilo de un caso de despido de un trabajador español por una empresa estadounidense que formaba parte del grupo societario de Abengoa. El objeto del recurso *consiste en la determinación de la competencia de los tribunales españoles para el enjuiciamiento del litigio objeto de demanda que es la extinción de la relación laboral del actor —parte trabajadora— que previamente fue empleado de una empresa española, y luego suscribió un contrato de trabajo en EEUU con una empresa de idéntica nacionalidad, prestando servicios en el citado país.*

14. El trabajador es contratado en 2008 por Abengoa Bioenergía, SA en Madrid. En 2010 se celebra otro contrato con la citada mercantil en Sevilla y pasa a percibir su nómina en USA ya que es el país donde es destinado para trabajar. En diciembre de 2014 finaliza su condición de expatriado y en enero de 2015 firma en Sevilla un acuerdo por el que se aumenta su salario, pasa a formar parte de Abengoa Bioenergy Outsourcing y causa baja de la compañía española. En 2016 le comunican la extinción del contrato puesto que la compañía quebró¹⁸. La norma sobre CJI de este supuesto se encuentra en el art. 25.1 LOPJ que reza así: *«En el orden social, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes: 1.º En materia de derechos y obligaciones derivados de contrato de trabajo, cuando los servicios se hayan prestado en España o el contrato se haya celebrado en territorio español; cuando el demandado tenga su domicilio en territorio español o una agencia, sucursal, delegación o cualquier otra representación en España; cuando el trabajador y el empresario tengan nacionalidad española, cualquiera que sea el lugar de prestación de los servicios o de celebración del contrato...».*

15. En todo el procedimiento se ha considerado relevante la «conexión laboral del actor de carácter ininterrumpido sucesiva y continuada con distintas empresas del grupo, con reconocimiento de derechos y asunción de éstos y de las pertinentes obligaciones recíprocas entre las mercantiles que conforman Abengoa»¹⁹. Una primera semejanza entre el caso enjuiciado por el TS y el caso Roi Land es la continuidad del trabajador en el grupo societario, la concatenación de contratos entre las empresas del grupo: FD trabaja en primer lugar para Roi Land y de forma instantánea —por motivos empresariales— se constituye una filial de Roi Land, R Swiss, a la que pasa FD a prestar sus servicios con un contrato laboral con condiciones similares a las que pactó con Roi Land y con otro acuerdo con la compañía canadiense de garantía en el pago del salario. Estos elementos facticos son considerados por el TS como esenciales.

16. La manera en la que el TS resuelve el recurso es la siguiente: *«dadas las afirmaciones recogidas en la recurrida acerca de la suscripción y firma en España de los documentos contractuales relativos a la prestación de servicios por el actor, de su condición de expatriado, del abono de complementos, e igualmente del pase a formar parte de Abengoa Bioenergy Outsourcing (ABO) radicada en USA, también firmado en Sevilla, no cabe sino alcanzar análoga solución competencial en función de este punto de conexión expresamente regulado en aquella norma, y que determina en concreto la declaración de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles para conocer del presente pleito sobre despido».* Es decir, en este caso no se fija el TS en la dependencia del trabajador respecto de la matriz ni en el interés que ella tiene en el trabajo realizado por el empleado. El elemento importante es el lugar de firma del contrato de trabajo ya que esta es un aspecto contemplado en la LOPJ junto con otros, como por ejemplo, el lugar de trabajo habitual o el domicilio del demandado. Por tanto y en términos hipotéticos: si FD fuese español, trabajara para un grupo de sociedades encabezado por una sociedad española, hubiese trabajado para una filial extracomunitaria fuera de la UE, el contrato entre FD y la filial se hubiese celebrado en España y el resto de circunstancias fuesen similares a las del caso del TS; entonces sería irrelevante la dependencia entre FD y la matriz. Sin embargo, en el ámbito de la Unión

¹⁸ Cfr. STS 389/2022 FJ 3.3 párr. 1º.

¹⁹ V. STS 389/2022 FJ 3.3 párr. 2º.

el marco normativo y la fundamentación jurídica para motivar la CJI de los tribunales alemanes —en el caso real de *Roi Land*— es diferente a lo dispuesto en las normas de CJI españolas.

III. Acerca de la exclusividad de la Sección V del Capítulo II del RBI bis

17. En segundo lugar, el Tribunal comunitario aborda la cuestión concerniente a la remisión del art. 6.1 RBI bis a los derechos nacionales y sus excepciones. El Tribunal Supremo de lo Laboral Alemán pregunta si «debe interpretarse el artículo 6, apartado 1, del Reglamento 1215/2012 en el sentido de que, cuando dice “sin perjuicio de lo dispuesto en [...] el artículo 21, apartado 2”, del Reglamento N.º 1215/2012”, está excluyendo la aplicación de una regla de competencia prevista en la legislación nacional»²⁰. La norma reglamentaria general es que si el domicilio de la parte demandada se encuentra en un Estado no miembro de la Unión, la competencia judicial internacional de los Estados miembros vendrá atribuida con arreglo a las normas de competencia de cada Estado miembro. A esto, el art. 6.1 RBI bis añade la siguiente expresión: «sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 18, apartado 1, el artículo 21, apartado 2, y los artículos 24 y 25». La interpretación del TJUE acerca de este artículo es que si existe un foro de competencia del RBI bis aplicable, entonces el juez nacional no debe recurrir al derecho interno aunque el demandando no esté domiciliado en la Unión Europea. Mariottini considera que «el artículo 6.1 pretende delimitar la aplicación de las normas sobre competencia del Reglamento en lo que se refiere a los demandados domiciliados en un Estado no perteneciente a la UE al establecer que, en tal caso, se aplicarán, en principio y salvo las excepciones enumeradas en la misma disposición, las normas nacionales sobre competencia (...) Como se aclara en el artículo 6.1 y el considerando 14, se aplican algunas excepciones a esta regla general. En particular, las reglas de jurisdicción de conformidad con el Reglamento deben seguir aplicándose, independientemente del domicilio del demandado en un Estado no perteneciente a la UE, para garantizar la protección de los consumidores y trabajadores, para salvaguardar la jurisdicción de los tribunales de los Estados miembros en situaciones en las que se les garantice competencia exclusiva en virtud del Reglamento, y para respetar la autonomía de las partes»²¹.

18. Parte de la doctrina, apunta Garcimartín, considera que «la aplicación del Reglamento no excluye el juego de las reglas del Derecho interno frente a domiciliados en terceros Estados si éstas amplían los foros de protección previstos por aquél. Puede así decirse que la extensión del Reglamento de estos foros frente a domiciliados en terceros Estados es “de mínimos”»²². Otros autores, por su parte, expresan que «la mayoría de la doctrina considera [a propósito de los arts. 6.1 y 21.2 RBI bis] que la normativa nacional seguirá siendo de aplicación, estableciendo foros adicionales y alternativos a los previstos en el Reglamento 1215»²³. Además, el RBI bis procura establecer, según Carrascosa, un «régimen de acceso mínimo a la justicia de los tribunales de los Estados miembros (= el derecho de la UE garantiza que tales demandantes tienen la posibilidad de demandar ante tribunales de los Estados miembros en ciertos “casos claves”)»²⁴. Y añade Carrascosa que «en los casos en los que es demandante el trabajador y demandado el empresario, y el Reglamento no concede competencia judicial internacional a los tribunales de los Estados miembros, son aplicables los foros de competencia judicial internacional de las normas nacionales de cada Estado miembro, que bien pueden atribuir competencia a tales tribunales»²⁵.

²⁰ STJUE 20 octubre 2022, C-604/20, *Roi Land Investments*, ECLI:EU:C:2022:807, apartado 23.2.

²¹ C.M. MARIOTTINI, “Article 6”, en M. REQUEJO ISIDRO, *Brussels I Bis. A Commentary on Regulation (EU) No 1215/2012*, pp. 81-82.

²² F.J. GARCIMARTÍN, *Derecho Internacional Privado*, 6ª edición, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2021, p. 132

²³ F. RUIZ LINAZA; P. OLÁBARRI CANDELA, “Artículo 21”, en P. BLANCO-MORALES LIMONES, *et al.*, *Comentario al Reglamento (UE) N.º 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, 1ª edición, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, p. 493.

²⁴ A.L. CALVO CARAVACA; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, 2ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 2540.

²⁵ *Ibid.*

19. Estas consideraciones doctrinales han sido concretadas por el TJUE: «cuando la competencia de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro se deriva efectivamente de una disposición específica como las señaladas, prima la aplicación de esta sobre las normas nacionales de determinación de la competencia, aun cuando estas sean más favorables para los trabajadores»²⁶. Esta reflexión del Tribunal contiene la siguiente implicación: en Alemania, el Tribunal de Stuttgart solo acudirá al RBI bis pues es un instrumento que contiene un foro que le otorga la competencia. Lo que el TJUE sostiene es que si hay algún foro que otorgue la competencia judicial internacional a un Estado miembro —o lugar de un Estado miembro, en este concreto caso, el RBI bis también contiene la norma de competencia territorial—, entonces el Tribunal de dicho Estado no debe acudir al derecho nacional aunque contenga disposiciones más favorables para la parte débil. Por tanto, en materia de competencia judicial internacional uno de los principios que se debe observar —tal como el Reglamento lo establece en los considerandos— es el de previsibilidad. De esta forma, si el un precepto del Reglamento apunta a un lugar determinado, entonces el órgano jurisdiccional de tal lugar solo debe aplicar el Reglamento de Bruselas. En otras palabras, solo es aplicable la normativa nacional si los preceptos del Reglamento no apuntan al lugar donde se encuentra el órgano que está conociendo del asunto²⁷. Es importante advertir sucintamente que debido a la naturaleza de la cuestión prejudicial ésta «se plantea como cuestión de compatibilidad entre dos normas, una europea y otra nacional»²⁸.

20. Supongamos el siguiente caso hipotético: i) que FD reside en un municipio francés sito a escasos kilómetros de la frontera con Alemania, y ii) que desarrolla su labor profesional habitualmente en Alemania, en Stuttgart: el art. 14 del Código Civil francés establece que «aunque no residan en Francia, podrá citarse a extranjeros ante los tribunales franceses en relación con el cumplimiento de las obligaciones contraídas por ellos en Francia con un francés; asimismo, podrá emplazárselos a comparecer ante los tribunales franceses en relación con las obligaciones contraídas por ellos en un país extranjero ante franceses»²⁹. Si FD plantea la demanda en Francia, el tribunal acudiría en primer lugar al RBI bis puesto que es la norma a la que hay que acudir en primer término para cuestiones civiles-mercantiles patrimoniales no excluidas con elemento extranjero. Roi Land es una sociedad domiciliada en Canadá y el foro del art. 21.2 no es aplicable en Francia. En este caso, el art. 6.1 RBI bis permite al Tribunal francés acudir a su derecho interno y en virtud del art. 14 del Código Civil francés FD puede accionar en Francia frente a Roi Land por su litigio laboral. Es decir, FD contaría a su favor con lo que comúnmente se deno-

²⁶ La sentencia remite a la STJUE 25 febrero 2021, C-804/19, ECLI:EU:C:2021:134, *Markt24*, apartado 34 en donde el Tribunal expone que: «no cabe aplicar, en el marco de una acción judicial comprendida en el ámbito de aplicación de las disposiciones que figuran en la sección 5 del capítulo II de dicho Reglamento, normas nacionales para determinar la competencia en materia de contratos individuales de trabajo que difieran de las previstas en esas disposiciones, con independencia de si las citadas normas nacionales son o no más ventajosas para el trabajador».

²⁷ Estas líneas de la sentencia contienen la doctrina del TJUE sobre la relación entre el artículo 6 y las legislaciones nacionales: «Por lo que respecta a la articulación del Derecho nacional y de las normas de competencia establecidas en el Reglamento n.º 1215/2012, tal como se desprende de su artículo 6, apartado 1, es preciso puntualizar que esta disposición dispone, en principio, la aplicación de las normas de competencia nacionales cuando el demandado no esté domiciliado en un Estado miembro. No obstante, el uso de la expresión «sin perjuicio de» excluye de la aplicación del Derecho nacional los supuestos comprendidos en las disposiciones especificadas (...) cuando el demandado no esté domiciliado en un Estado miembro, está sometido a las normas nacionales sobre competencia judicial aplicables en el territorio del Estado miembro del órgano jurisdiccional que conozca del asunto (...) para garantizar la protección de los consumidores y los trabajadores, salvaguardar la competencia de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en situaciones en las que gozan de competencia exclusiva y respetar la autonomía de las partes, determinadas normas sobre competencia judicial contempladas en el referido Reglamento deben aplicarse con independencia del domicilio del demandado. Tal es el caso, por lo que respecta a las normas cuyo objeto es garantizar la protección de los trabajadores (...) el artículo 6, apartado 1, del Reglamento n.º 1215/2012 debe interpretarse en el sentido de que la reserva relativa a la aplicación del artículo 21, apartado 2, de ese Reglamento excluye que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro pueda basarse en las normas de ese Estado en materia de competencia judicial cuando se cumplen los requisitos de aplicación de ese artículo 21, apartado 2, aun cuando dicha normativa sea más favorable para el trabajador. En cambio, cuando no se cumplen los requisitos de aplicación ni del referido artículo 21, apartado 2, ni de ninguna otra de las disposiciones que se enumeran en el artículo 6, apartado 1, del citado Reglamento, ese órgano jurisdiccional puede, con arreglo a esta última disposición, aplicar las normas mencionadas para determinar la competencia judicial».

²⁸ D. SARMIENTO, *El Derecho de la Unión Europea*, 2ª edición, Madrid, Marcial Pons, 2018, p. 416.

²⁹ Traducción propia.

mina *Forum shopping*. No obstante, esto no supone problema alguno puesto que: es la parte débil quien cuenta con las alternativas y dichas alternativas concurren cuando la otra parte no está domiciliada en la UE³⁰. Regresando al ejemplo, si FD fuese nacional francés, residiera en Francia y trabajara en su lugar de residencia —un municipio cualquiera de Francia—, FD también podría demandar a su empleador no europeo en su lugar de trabajo y residencia, si bien el tribunal debería declarar su competencia con arreglo al art. 21.2 RBI bis ya que, como se ha señalado, si algún precepto del Reglamento apunta al lugar de trabajo, por ejemplo, entonces el art. 14 del CC francés no puede ser aplicable.

También se da la situación de *Forum Shopping* en el ámbito interno. El art. 21.2 RBI bis remite al art. 21.1 b) y ahí se establecen dos requisitos que deben concurrir simultáneamente puesto que no solo se atribuye la competencia judicial internacional, sino que también se atribuye la competencia territorial. Es decir, el art. 21.1 b) no solo apunta al Estado miembro en el que se desarrolla habitualmente el trabajo, también establece que conocerá el órgano jurisdiccional del lugar donde se haya trabajado habitualmente. Garcimartín, entre otros, sostiene que la sección 5ª RBI bis permite al trabajador demandar, entre otras opciones, «ante los tribunales del lugar donde desempeña habitualmente su trabajo (CJI + territorial)³¹». Oró Martínez —con base en las consideraciones hechas por François Rigaux y Marc Fallon en *Droit international privé*— también defiende que «el artículo 21.1 b) otorga no solo jurisdicción internacional, sino también jurisdicción territorial³². En términos hipotéticos, si FD —habiendo trabajado en Stuttgart— plantea la demanda en los tribunales de Múnich, el juez de esta última ciudad aplicará en primer término el RBI bis. El foro de protección del contrato de trabajo individual no le otorga competencia —no es territorialmente competente— y como Roi Land es canadiense decide aplicar el derecho alemán *ex art.* 6.1 RBI bis. Pues bien, si el derecho alemán permite en este caso demandar en un lugar diferente de donde se haya desarrollado la actividad profesional —Múnich, por ejemplo—, entonces el tribunal se declarará competente con arreglo a esa hipotética norma alemana.

IV. Motivos por los que el foro de consumo no resulta aplicable al caso

21. En tercer y último lugar, el TJUE trata el foro del consumidor a propósito del contrato de garantía. La cuestión prejudicial elevada por el Tribunal Supremo de lo Laboral incluye la pregunta —en caso de que la respuesta a la primera cuestión sea negativa y afirmativa a la segunda— relativa al art. 17 RBI bis: «¿Debe interpretarse el artículo 17, apartado 1, del Reglamento N.º 1215/2012 en el sentido de que el concepto de “actividad profesional” comprende también el trabajo por cuenta ajena en una relación laboral?»³³. Es decir, la cuestión es si se considera que un contrato por el que se garantiza el cobro de un salario tiene un objeto profesional o ajeno a la actividad profesional. El Tribunal descarta la idea de que el contrato de garantía sea un contrato de consumo ya que dicho acuerdo tiene una finalidad profesional: «Teniendo en cuenta el vínculo indisociable que une el acuerdo de garantía con el contrato de trabajo en cuestión, no puede considerarse, (...) que este se celebrara fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional»³⁴. Es decir, un acuerdo por el que se garantiza el cobro de un salario es un acuerdo vinculado con el elemento profesional.

22. La jurisprudencia del TJCE ya desarrolló el concepto de «actuación ajena a la actividad profesional» y estableció que «las disposiciones protectoras del consumidor como parte considerada econó-

³⁰ Es importante advertir que las normas de DIPr europeas pretenden otorgar seguridad y previsibilidad a todos los sujetos, con independencia de su domicilio, si bien un objetivo adicional del DIPr europeo es la protección a los domiciliados en la Unión en tanto que sólo pueden ser demandados en un número limitado de lugares en virtud de los foros establecidos en el RBI bis. En consecuencia, esta pretensión de protección no se vería frustrada en este hipotético caso pues Roi Land es una sociedad canadiense. Cfr. Considerando 14 párr. 1º del Reglamento (UE) 1215/2012, *a contrario sensu*.

³¹ F.J. GARCIMARTÍN, *op.cit.*, pp. 132-133.

³² C. ORÓ MARTÍNEZ, “Article 21”, en M. REQUEJO ISIDRO, *Brussels I Bis. A Commentary on Regulation (EU) No 1215/2012*, p. 307.

³³ STJUE 20 octubre 2022, C-604/20, *Roi Land Investments*, ECLI:EU:C:2022:807, apartado 23.3 a).

³⁴ STJUE 20 octubre 2022, C-604/20, *Roi Land Investments*, ECLI:EU:C:2022:807, apartado 57.

micamente más débil sólo engloban los contratos celebrados para satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo (...) el régimen particular de protección que éstas [las disposiciones relativas al foro del consumidor] introducen sólo se refiere a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, actual o futura»³⁵. La actividad profesional se conforma de todo aquello que de alguna manera depende de la actividad laboral o profesional de la parte adquirente y, por tanto, la adquisición no puede ser categorizada como consumo privado. Es decir, solo aquello independiente y desconectado material y teleológicamente de la labor profesional puede ser tipificado como ajeno a la actividad profesional. Si lo que es ajeno a la actividad profesional es aquello que está totalmente desconectado de lo profesional, entonces el concepto de actividad profesional va más allá de la adquisición de herramientas o medios materiales para desarrollar dichas labores profesionales.

23. El TJUE en una reciente sentencia ha considerado otro elemento que ha de ser tenido en cuenta a la hora de calificar un contrato como contrato de consumo o de otra índole, a saber: la apariencia que el hipotético consumidor, mediante su comportamiento, causó a su cocontratante. Para estudiar el comportamiento con respecto al cocontratante, el Tribunal de Justicia considera que hay que enfocarse en las manifestaciones objetivas de dicho comportamiento. «[El] órgano jurisdiccional también podrá comprobar si, por su propio comportamiento respecto de su cocontratante, el supuesto consumidor dio la impresión a este último de que, en realidad, actuaba con fines profesionales, de modo que el cocontratante podía ignorar legítimamente la finalidad privada de la operación en cuestión (...) En tal supuesto, las reglas específicas de competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores, establecidas en los artículos 17 y 18 del Reglamento n.o 1215/2012, no serían aplicables aun cuando el contrato no persiguiera por sí mismo un fin en gran medida profesional, puesto que debe considerarse que el particular renunció a la protección prevista por dichos artículos, habida cuenta de la impresión que dio a su cocontratante de buena fe»³⁶. «La comprensión está inevitablemente atrapada por el contexto en el que el sujeto adquiere su esquema de interpretación»³⁷. El Código Civil español dispone —Cfr. Arts. 433 párr. 1º y 1950— que la buena fe implica tanto la ignorancia de que la realidad no es como se manifiesta como la creencia verdadera de que las cosas son como parecen ser que son. En consecuencia, si en un contrato de compra y venta, el comprador, con el comportamiento propio, causa en el vendedor la razonable impresión de que no es consumidor —por ejemplo, porque acepta ser tratado en el contrato como empresario o como parte que actúa en el ámbito de su labor profesional—, no se debe obligar al vendedor a soportar los deberes que conlleva contratar con consumidores: si el vendedor es vendedor de buena fe y el comprador causa la impresión de no ser consumidor, entonces —y a los efectos de la sección V del Reglamento 1215/2012— el contrato no puede ser calificado como un contrato de consumo. Que el foro de consumo tenga carácter tuitivo no debe implicar la consideración como parte débil a aquella parte que nunca se manifestó como tal. Si se pudiese extender la protección del foro de consumo en estos casos ¿qué impedimento existiría para que el vendedor pueda alegar un vicio en el consentimiento? Estas consideraciones expuestas responden al principio de seguridad jurídica³⁸: el Reglamento 1215/2012 ha de ser un texto legal que permita a los sujetos saber dónde pueden ser demandados.

24. En el caso *Roi Land*, FD no puede ser considerado como consumidor puesto que, por una parte, el acuerdo de garantía salarial no ha sido «celebrado fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional». Por otra parte, FD en ningún momento causa la impresión de ser consumidor ya que actúa ante las empresas del grupo societario de la misma forma en que es conocido en tales empresas: como un trabajador. Por tanto, el acuerdo de garantía salarial no es un contrato de consumo.

³⁵ STJCE 3 julio 1997, C-269/95, *Benincasa*, ECLI:EU:C:1997:337, apartados 17 y 18.

³⁶ STJUE 9 marzo 2023, C-177/22, *Wurth*, ECLI:EU:C:2023:185.

³⁷ Cfr. J. HABERMAS, *La pretensión de universalidad de la hermenéutica*, p. 279.

³⁸ El considerando 16 del RBI bis es muy iluminador a estos efectos: El foro del domicilio del demandado debe completarse con otros foros alternativos a causa de la estrecha conexión existente entre el órgano jurisdiccional y el litigio o para facilitar una buena administración de justicia. La existencia de una estrecha conexión debe garantizar la seguridad jurídica y evitar la posibilidad de que una persona sea demandada ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que no hubiera podido prever razonablemente.

25. Finalmente, existen otras razones que impiden considerar el acuerdo de garantía salarial como un contrato de consumo. El art. 17.1 apartados a), b) y c) establece que el contrato ha de versar sobre: a) una venta de mercadería a plazos; b) préstamo a plazos o de otra operación de crédito vinculada a la financiación de la venta de tales bienes; c) en todos los demás casos, cuando la otra parte contratante ejerza actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o, por cualquier medio, dirija tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último, y el contrato esté comprendido en el marco de dichas actividades. Es evidente que este no es el caso de los apartados a) y b). En cuanto al apartado c) es preciso señalar que, aunque Roi Land ejerciera y dirigiese sus actividades profesionales en los Estados de la UE, estas consisten en transacciones inmobiliarias, no en garantizar las obligaciones de los empleadores para con sus trabajadores.

V. Conclusiones

26. En primer lugar, la sentencia del caso Roi Land establece que la prueba indiciaria puede ser apta para acreditar la existencia de un vínculo laboral. La jurisprudencia citada del TJUE ya había desarrollado el concepto de contrato individual de trabajo. Lo que en este caso se presentaba como problemático no era la noción de contrato laboral, sino cuáles son los elementos o indicios a tener en cuenta para establecer si existe o no existe una relación laboral. Por tanto, el TJUE admite que ciertos indicios —existencia de intereses, relación de subordinación entre las partes, trabajos realmente desarrollados por el trabajador para los empleadores, etc.— pueden ser aptos para determinar, en ausencia de un contrato formal, si hay o no hay una relación de carácter laboral.

27. En segundo lugar, el TJUE aclara cómo debe aplicarse el art. 6 del RBI bis y cuál es la relación entre dicho artículo y las disposiciones nacionales. El Tribunal explica que uno de los principios que busca el RBI bis es el concerniente a la previsibilidad. Si en todos los Estados miembros se aplica el mismo Reglamento, la previsibilidad se dará si y solo si la aplicación y la interpretación de sus preceptos es uniforme. El TJUE establece que, en el caso en el que la parte demandada no se encuentra domiciliada en la UE, no rige el RBI bis. Las excepciones a esta norma se producen en casos de consumo y trabajo. En tales casos, los artículos de los foros de consumo y trabajo mencionados en el art. 6 entran en juego junto con la normativa nacional. La normativa nacional solo será aplicable si no hay precepto alguno del Reglamento que apunte al lugar del órgano jurisdiccional que esté conociendo del asunto.

28. En tercer y último lugar, el caso Roi Land sirve para delimitar y diferenciar el foro de consumo del de trabajo. Es consumidor aquel que actúa de una manera y con una finalidad ajena y totalmente independiente a su actividad profesional. El TJUE explica que el concepto de consumo ha de ser interpretado de forma estricta, no extensiva. «El concepto autónomo de consumidor, esbozado por el Tribunal de Luxemburgo, queda impregnado por el fundamento que será aquella persona que actúa siempre con un fin “ajeno a su actividad profesional”. Su interpretación debe ser restrictiva»³⁹. Por tanto, todo aquel negocio, acto o contrato que de alguna manera se encuentre mínimamente vinculado con la actividad profesional del adquirente, no podrá ser calificado como contrato de consumo.

³⁹ D. CARRIZO AGUADO, *op.cit.*, p. 7.

Louboutin vs. Amazon. ¿Un litigio más sobre la responsabilidad de las plataformas digitales en el uso de una marca? Comentario de la sentencia del TJUE de 22 de diciembre de 2022, asuntos C-148/21 y C-184/21

Louboutin vs. Amazon. One more litigation about the liability of digital platforms in the use of a trademark? Commentary on the ECJ ruling of 22 December of 2022, cases C-148/21 and C-184/21

ISABEL ANTÓN JUÁREZ

Profesora titular de Derecho internacional privado

Universidad Carlos III de Madrid

ORCID ID: 0000-0002-5639-2301

Recibido: 15.06.2023 / Aceptado: 13.09.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.8090

Resumen: El objeto del presente trabajo es el análisis de la sentencia del TJUE de 22 de diciembre de 2022. La cuestión que se dirime en la sentencia que analizamos es si el hecho de que un tercero que utiliza *Amazon* como vía para anunciar y comercializar productos falsos puede implicar que la propia plataforma sea responsable de dicha infracción de forma directa. Hay que tener presente que esa responsabilidad directa de la plataforma sólo sería posible si se considera que la propia plataforma usa la marca ajena en el sentido del art. 9.2 letra a) del *Reglamento (UE) 2017/1001*. El estudio de este asunto es necesario porque implica una mayor precisión, incluso se podría considerar un cambio en la jurisprudencia del TJUE sobre la responsabilidad marcaria directa de las plataformas. Tras esta sentencia, se puede considerar que una plataforma usa una marca si de la percepción del usuario medio que utiliza la plataforma se puede establecer un vínculo entre la marca y la plataforma debido a aspectos como (1) la forma en la que plataforma oferta los productos (*ad ex.* de forma homogénea sin diferenciar entre sus propios productos de los de sus vendedores) y (2) los servicios complementarios que la propia plataforma ofrece a sus vendedores.

Palabras clave: plataforma de *ecommerce*, marca, responsabilidad directa, lujo.

Abstract: The aim of this paper is the analysis of the ECJ ruling of 22 of December of 2022. The question that is resolved in the ruling we analyze is whether the fact that a third party that uses Amazon as a means to advertise and market counterfeit products can imply that the platform itself is directly liable for said infringement. It must be kept in mind that this direct responsibility of the platform would only be possible if it is considered that the platform itself uses another's trademark within the meaning of art. 9.2 letter a) of Regulation (EU) 2017/1001. The study of this matter is necessary because it im-

* Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i PID2020-112707GB-I00, MODA Y BIENES INMATERIALES, financiada por MCI/AEI/10.13039/501100011033.

plies a greater precision even we can consider a change in the case law of the ECJ on the direct trademark liability of platforms. Following this ruling, a platform can be considered to use a trademark if, based on the perception of the average user who uses the platform, a link can be established between the trademark and the platform due to aspects such as (1) the way in which the platform offers the products (ad ex. in a homogeneous manner without differentiating between its own products and those of its sellers) and (2) the complementary services that the platform itself offers to its sellers.

Keywords: ecommerce platform, trademark, primary liability, luxury.

Sumario: I. Introducción. II. Hechos del caso y problema jurídico. III. La jurisprudencia anterior al asunto *Louboutin vs. Amazon* (2022). 1. Aproximación inicial. 2. El asunto *Coty Germany vs Amazon* (2020). 3. El asunto *Google France vs. Louis Vuitton* (2010) y el asunto *L’Oreal vs. eBay* (2011). 4. En conclusión. IV. Las cuestiones prejudiciales que debe resolver el TJUE en el asunto *Louboutin vs. Amazon* (2022). V. Reflexiones finales.

I. Introducción

1. El objeto del presente trabajo es el análisis de la sentencia del TJUE de 22 de diciembre de 2022¹. En este asunto se enfrentan dos empresas muy conocidas, una de ellas especialmente en el sector de la moda. Una de ellas es *Louboutin*, empresa francesa conocida principalmente por: 1) La suela roja tan característica que presentan sus zapatos de tacón; 2) Las numerosas batallas judiciales que ha llevado a cabo por muchas jurisdicciones del mundo para proteger dicha suela. Dichas batallas se han derivado algunas veces de intentar registrar como marca la suela roja de sus zapatos², otras de proteger su marca frente a la venta de imitaciones³ o falsificaciones por terceros. Este asunto que estudiamos se corresponde con los últimos que señalábamos, ya que lo que persigue es evitar que terceros comercialicen (en este caso a través de una plataforma de *ecommerce*) sin su consentimiento zapatos falsos con la suela roja. La otra empresa presente en este litigio es *Amazon* Europa, multinacional estadounidense que opera en el mundo entero.

2. El problema jurídico que suscita este asunto no es nuevo, la responsabilidad de una plataforma digital por el uso de una marca. Sin embargo, esta sentencia sí que aporta novedad debido al cambio de posición que lleva a cabo el TJUE con respecto a decisiones anteriores. Como analizaremos posteriormente, esta sentencia supone un avance en la atribución de responsabilidad directa por infracción de una marca a una plataforma de *ecommerce* por el uso que sus terceros vendedores realizan en su plataforma⁴.

¹ STJUE 22 de diciembre 2022, C-148/21 y C-184/21, *Christian Louboutin vs. Amazon*, ECLI:EU:C:2022:1016. Para comentarios sobre esta sentencia *vid. ad ex.*, P. DE MIGUEL ASENSIO, “Mercados en línea e infracción de marcas: extensión de la responsabilidad de las plataformas”, *La Ley Unión Europea*, n° 111, febrero 2023; D. DANIELI, “Piattaforme di e-commerce e contraffazione di marchi: cambi di paradigma nel regime di responsabilità disciplinato dal diritto dell’Unione europea”, *papers di Diritto Europeo*, 1, 2023, pp. 23-43, en particular, pp. 29 a. 42; T. RIIIS, “Primary liability of intermediaries for trade mark infringement in light of the decision in joined cases *Louboutin* (C-148/21) and (C-184/21)”, *European Intellectual Property Review*, Volume 45, Issue 6, 2023, pp. 337-343.

² Así ha conseguido registrar su suela roja como marca de posición en la UE, pero no si antes tener que litigar, teniendo como resultado la sentencia del TJUE de 12 de junio de 2018, *Louboutin vs. Van Haren*, C-163/16, ECLI:EU:C:2018:423. También tiene una marca sobre su suela roja en EE.UU. y en China. Sin embargo, no en todas las jurisdicciones ha tenido el mismo éxito, ya que el derecho de marcas obedece al principio de territorialidad y para que se reconozca un derecho de marca se debe tener presente lo que dispone el derecho nacional donde se persigue ostentar la protección. De este modo, cada país puede tener sus particularidades en cuanto al derecho de marcas y ha dado lugar a que en una jurisdicción sí se pueda registrar la suela roja como marca pero en otras no. Este fue el caso de Japón que en 2022 denegó registrar la suela de *Louboutin* como marca de color.

³ En Estados Unidos litigó con *Yves Saint Laurent*, en Francia contra *Inditex* y en Japón interpuso una demanda contra la empresa *Eizo*.

⁴ A pesar de que el Abogado General del caso, el señor M. SZPUNAR, no opinó del mismo modo en sus Conclusiones presentadas para este asunto, sobre este particular *vid.* Conclusiones del Abogado General MACIEJ SZPUNAR presentadas el 2 de junio de 2022, asuntos acumulados C-148/21 y C-184/21, ECLI:EU:C:2022: 422, apartado 100.

3. La responsabilidad de las plataformas digitales, ya sean de *ecommerce*, de generación de contenido, etc. es un tema jurídico crucial en la actualidad debido al auge que presentan en el día a día de millones de personas. Así, como analizaremos, esta sentencia muestra como ese protagonismo social y económico que son las plataformas debe también alienarse con el nivel de responsabilidad legal que deben asumir cuando en las mismas se cometen ilícitos, ya no sólo contra la propiedad industrial, como es el caso que analizamos, también cuando se atentan contra otros derechos como al de la información, la privacidad, el derecho al honor, entre otros. Prueba de que la evolución que han presentado las plataformas en los últimos años también se refleja en cierto modo en las normas que regulan el nivel de diligencia que se les debe exigir a las plataformas es el *Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales)*[en adelante, RSD]⁵, el cual entre otros aspectos incluye cambios respecto a lo establecido por la Directiva de Comercio Electrónico del año 2000⁶ (en adelante, DCE). Un artículo clave de la DCE en relación a la responsabilidad de las plataformas ha sido el art. 14⁷, el cual se sustituye por el art. 6 del RSD, que se aplicará a partir del 24 de febrero de 2024 (art. 93 RSD).

4. En definitiva, la cuestión que se dirime en la sentencia que analizamos es si el hecho de que un tercero que utiliza *Amazon* como vía para anunciar y comercializar productos falsos puede implicar que la propia plataforma sea responsable de dicha infracción de forma directa, debido a que se considere que la propia plataforma usa la marca ajena para los mismos productos sin consentimiento del titular en el sentido del art. 9.2 letra a) del *Reglamento (UE) 2017/1001 del parlamento europeo y del consejo de 14 de junio de 2017 sobre la marca de la Unión Europea* (en adelante, RMUE)⁸. De este modo, este asunto nos permite estudiar dos cuestiones jurídicas: 1) El concepto de “uso de marca” en relación al RMUE; 2) La responsabilidad directa por infracción de marca de una plataforma de *ecommerce*. Hay que tener presente que la responsabilidad por infringir una marca puede ser directa o indirecta⁹. Sin embargo, no se puede hacer una translación directa entre “plataforma digital” igual a “uso indirecto de una marca” y que esto sea igual a “responsabilidad indirecta”. Ni tampoco que “usuario de la plataforma” siempre igual a “responsabilidad directa” por infracción de una marca¹⁰. La infracción directa de una marca se regula en el RMUE y en la Directiva (UE) 2015/2436 del Parlamento europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2015 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas (versión refundida)¹¹. Por su parte, la infracción indirecta no se regula en la normativa europea de marcas, carece de regulación a nivel europeo y tendríamos que acudir al derecho de marcas nacional para saber si esa actuación de la plataforma se puede considerar una infracción indirecta de una marca. Pero no hay que pasar por alto que a ese derecho nacional de marcas para verificar una infracción indirecta se acudiría tras la aplicación de los arts. 13 a 15 DCE. Es decir, tras determinar que la plataforma no se ha podido acoger a una exención de responsabilidad por la actividad que desarrolla como prestador de servicio de la información en atención a los citados artículos de la DCE.

⁵ DOUE núm. 277, de 27 de octubre de 2022.

⁶ Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico) [DOCE núm. 178, de 17 de julio de 2000].

⁷ Sobre el art. 14 de la Directiva 2000/31 *vid.* sin carácter exhaustivo entre la doctrina, E. ARROYO AMAYELAS, “La responsabilidad de los intermediarios en internet. ¿Puertos seguros a prueba de futuro?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (CDT), vol. 12, nº 1, 2020, pp. 808-837, en particular, pp. 822-824; J. RIORDAN, *The Liability of Internet Intermediaries*, Oxford University Press, Oxford, 2016.

⁸ DOUE L 151/1, de 16 de junio de 2017.

⁹ La responsabilidad directa surgiría cuando una persona usa la marca de forma directa, mientras que la responsabilidad indirecta tendría lugar cuando se facilita o asiste al uso de una marca por parte de un tercero. Sin embargo, no en todos los ordenamientos jurídicos está tan claro qué actos se consideran usos directos y cuáles indirectos de una marca, atribuyendo en diferentes ocasiones responsabilidad directa por un uso indirecto de una marca. *Vid.* J. RIORDAN, “The liability of internet intermediaries”, Oxford, 2016.

¹⁰ Sobre este particular *vid.* A. OHLY, “The liability of intermediaries for trade mark infringement”, G.B Dinwoodie/ M.D. Janis (eds), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2021, *Research Handbook on Trademark Law Reform*, 2021, pp. 396-430, en particular, p.397.

¹¹ DOUE L 336/1, de 23 de diciembre de 2015.

5. Para abordar el presente comentario lo dividiremos en cuatro partes. Así, en una primera parte se abordarán los hechos de caso, en una segunda los antecedentes jurisprudenciales al respecto, en una parte se estudiarán las preguntas que debe resolver el TJUE para llegar a una parte final donde se pondrán de manifiesto unas breves reflexiones.

II. Hechos del caso y problema jurídico

6. *Christian Louboutin*, conocido diseñador francés de zapatos demandó a *Amazon* ante tribunales luxemburgueses (el 19 de septiembre de 2019) y ante tribunales belgas (el 4 de octubre de 2019) debido a que la citada plataforma vendía y también publicitaba en su plataforma unos zapatos falsos *imitando* a sus famosos *stiletto*s de la suela roja¹². Dichos zapatos se vendían por un tercero que utilizaba el *ecommerce* de *Amazon*, encargándose la plataforma en atención a su servicio de logística de almacenar dichos productos y enviarlos al cliente final. El problema jurídico que se debe dirimir en este asunto es si el hecho de que un tercero que utiliza *Amazon* como vía para anunciar y comercializar productos falsos puede implicar que la propia plataforma sea responsable de dicha infracción, debido a que se considere que la propia plataforma usa la marca ajena para los mismos productos sin consentimiento del titular en el sentido del art. 9.2 letra a) del RMUE teniendo presente que la plataforma publicita dichos productos como si se tratara de suyos propios y también los almacena y los envía al consumidor final. Es decir, la clave de este asunto es si determinar si la plataforma digital de *ecommerce* por su propio modelo de negocio (se trata de una plataforma de las denominadas híbridas¹³) alberga responsabilidad marcaria directa en atención al art. 9.2 letra a) RMUE. De este modo, su responsabilidad, desde un punto de vista marcario (en caso de estimarse), no sería por la actuación del tercero que usa su plataforma sino por el modelo de negocio que desarrolla la propia plataforma.

7. Las partes implicadas en el asunto tienen visiones muy dispares al respecto. Para *Louboutin* no hay duda: *Amazon* usa su marca sin su consentimiento en el tráfico jurídico y económico. Los productos falsos que se comercializan en *Amazon* son exactamente los mismos y la marca es idéntica a la que ostenta *Louboutin*. Sin embargo, para *Amazon*, lo único que hace es prestar las condiciones técnicas necesarias para que el tercero uso en la plataforma la marca del tercero. De este modo, para *Amazon* el hecho de prestar servicios accesorios (realizar anuncios de sus vendedores en su plataforma, almacenar los productos, el envío a los clientes finales) no implica que esté utilizando la marca de *Louboutin* para su propia comunicación comercial¹⁴. Aspecto que se consideró clave en otros asuntos anteriores resueltos por el TJUE para considerar en qué supuestos se usa una marca¹⁵ y en los que se entendió que la plataforma no usaba la marca.

¹² STJUE 22 de diciembre 2022, C-148/21 y C-184/21, *Christian Louboutin vs. Amazon*, ECLI:EU:C:2022:1016, apartado 18.

¹³ Una plataforma híbrida en contraposición de un operador puro (*pure play marketplaces*) es aquella que no sólo permite que terceros publiciten y oferten productos a través de su plataforma sino que la propia plataforma también actúa de vendedor. Una plataforma híbrida desempeña un doble rol. Por un lado, es intermediario, por el otro es vendedor. Este modelo de negocio “híbrido” hace que se derivan consecuencias jurídicas dispares y que dichas plataformas puedan afectar al mercado, a la competencia y a los consumidores. Así, desde una perspectiva concurrencial, visto el poder de mercado que pueden ostentar algunas de estas plataformas híbridas, el legislador europeo en el reciente Reglamento de exenciones verticales (Reglamento UE 2022/720) ha incluido normas específicas cuando el acuerdo de distribución se celebra con una plataforma híbrida que compete con sus distribuidores. Este sería el caso de la distribución dual cuando se producen intercambios de información. Estos acuerdos no quedarían exentos de prohibición conforme a los arts. 2.4 y 2.5 Reglamento UE 2022/720 cuando no se cumplen determinadas condiciones señaladas en los mismos. No obstante, el hecho de que estas plataformas puedan tener efectos en la competencia no significa que desde otros análisis, como *ad ex.*, económicos, las plataformas híbridas puedan implicar beneficios en el bienestar del consumidor debido a que amplían la oferta de servicios y permitan comprar determinados productos a precios más bajos, *vid.* al respecto, J.PADILLA, “Trademark liability in hybrid marketplaces”, p. 9, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4074076 (consultado el 15 de junio de 2023).

¹⁴ STJUE 22 de diciembre 2022, C-148/21 y C-184/21, *Christian Louboutin vs. Amazon*, ECLI:EU:C:2022:1016, apartado 12.

¹⁵ STJUE 12 de julio 2011, C-324/09, *L’Oreal*, ECLI:EU:C:2011:474; STJUE de 3 de marzo de 2016, C-179/15, *Daimler*, ECLI:EU:C:2016:134; STJUE de 2 de abril de 2020, C-567/18, EU:C:2020:267, apartado 40. Sobre esta sentencia *vid. ad. ex.* I. ANTÓN JUÁREZ, Infracción de un Derecho de marca en plataformas de *ecommerce*: la actuación de la plataforma y el impacto de

III. La jurisprudencia anterior al asunto *Louboutin vs. Amazon* (2022)

1. Aproximación inicial

8. Como ya se ha señalado, el asunto que nos ocupa no es el primero al que se enfrenta el TJUE sobre la responsabilidad de una plataforma digital en relación a la infracción de una marca. Asuntos como *Google France*¹⁶, *L'Oreal*¹⁷ y *Coty*¹⁸ preceden a este que analizamos. Sin embargo, en ningún caso anterior se le había preguntado al TJUE lo que se le pregunta en este asunto y es la relevancia que presenta para se considere que la plataforma usa una marca en el sentido del art. 9.2. letra a RMUE estas dos circunstancias: 1) El hecho de que la plataforma de *ecommerce* desarrolle un modelo de negocio híbrido (la plataforma realiza las funciones de intermediaria pero también es vendedora)¹⁹; 2) La percepción de los usuarios de la plataforma sobre el hecho de que *Amazon* utilice un modo de presentación de las ofertas uniformes. Esto se traduce en que *Amazon* muestra al mismo tiempo sus propios anuncios y los de sus vendedores e incluye en todos esos anuncios su logotipo, además de ofrecer servicios complementarios a sus vendedores para la comercialización de sus productos (almacenamiento, envío, etc.).

Aun así, los asuntos anteriores al caso *Louboutin vs. Amazon* son relevantes debido a que permiten poner en relieve el estado de la cuestión del que parte el TJUE a la hora de resolver este asunto que analizamos.

9. De la jurisprudencia del TJUE se puede afirmar que una plataforma de comercio electrónico usa una marca cuando desempeña un papel activo²⁰. El alto tribunal europeo ha considerado que el operador de una plataforma de comercio electrónico que permite que mediante la misma terceros puedan comercializar sus productos no realiza un uso de la marca en atención al art. 9.2 letra b y 9.3 letra b RMUE cuando almacena los productos, los cuales infringen un derecho de marca pero lo desconoce, siempre que no tenga como fin con ese almacenamiento la oferta o comercialización de los productos²¹.

De este modo, cuando ese fin comercial sólo recae en el tercero vendedor que usa plataforma, es sólo el vendedor el que utiliza la marca para su comercialización y no la plataforma propiamente dicha. El hecho de que *Amazon* almacenara las mercancías fue irrelevante²². Por lo tanto, si la plataforma no usa la marca, tampoco puede infringirla al menos de forma directa, por lo que no se le podría hacer responsable por las infracciones marcarias que terceros realizan en su plataforma. Además, en diferentes ocasiones el TJUE ha sostenido que la mera creación de las condiciones técnicas necesarias para que pueda utilizarse una marca y recibir remuneración por ese servicio no significa que el propio prestador de ese servicio esté utilizando el signo²³. Así, en este escenario, cuando se considera que la plataforma no usa la marca, la responsabilidad que pudiera tener la plataforma por el hecho de crear las condiciones técnicas para que el tercero use la marca no se dilucidan en atención al derecho de marcas (RMUE y

su responsabilidad, *Cuadernos de Derecho Transnacional*(CDT), vol.12,nº2,2020, pp. 52-75, en particular, pp. 56-59.

¹⁶ STJUE 23 marzo 2010, *Google France SARL y Google Inc./Louis Vuitton Malletier*, C-236/08 a 238/08, EU:C:2010:159. Para un comentario sobre esta sentencia *vid. ad ex.*, C. VOLKMANN, “Trademark Use and Liability of Referencing Service in Keyword Advertising - Google AdWords and Trademark Law”, *European Journal of Risk Regulation*, 2011, pp. 450-454.

¹⁷ STJUE 12 de julio 2011, *L'Oreal y otros/ eBay International AG y otros*, C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474. Para un comentario sobre esta sentencia *vid.* sin carácter exhaustivo, D. LIEVENS, “L'Oréal v. eBay - Welcomed in France, Resented in England”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2012, pp. 68-76.

¹⁸ STJUE 2 abril 2020, *Coty/Amazon*, C-567/18, ECLI:EU:C:2020:267. Para un com

¹⁹ STJUE 22 de diciembre 2022, C-148/21 y C-184/21, *Christian Louboutin vs. Amazon*, ECLI:EU:C:2022:1016, apartado 34.

²⁰ STJUE 2 abril 2020, *Coty/Amazon*, C-567/18, ECLI:EU:C:2020:267, apartado 37; STJUE de 3 de marzo de 2016, *Daimler*, C-179/15, ECLI:EU:2016:134, apartados 39 y 40; STJUE de 25 de julio de 2018, *Mitsubishi*, C-129/17, EU:C:2018:594, apartado 38.

²¹ STJUE 2 abril 2020, *Coty/Amazon*, C-567/18, ECLI:EU:C:2020:267, apartado 45.

²² El TJUE ya lo consideró así en otros asuntos como en *UDV Nort America* (STJUE 19 febrero 2009, UDV North America, C-62/08, ECLI:EU:C:2009:111, apartado 43) y en *A vs. B* (STJUE 30 abril 2020, *A vs. B*, C-772/18, ECLI:EU:C:2020:343, apartado 28)

²³ STJUE 23 marzo 2010, *Google France SARL y Google Inc./Louis Vuitton Malletier*, C-236/08 a 238/08, ECLI:EU:C:2010:159, apartado 57; STJUE 15 de diciembre 2011, *Frisdranken Industrie Winters*, C-119/10:387, apartado 29; STJUE 2 abril 2020, *Coty/Amazon*, C-567/18, ECLI:EU:C:2020:267, apartado 43.

Directiva 2015/2436) sino en atención a las normas relativas a la prestación de servicios de la sociedad de la información (arts. 12 a 14 DCE y actual art. 6 RSD). En particular, una vez ya en este escenario, lo que se debe analizar es si la actuación de la plataforma digital podría caer en lo que se conoce como “puerto seguro” debido a que su actividad es neutral y ha actuado de forma diligente cuando tenía conocimiento de la ilicitud. En otras palabras, en atención a la jurisprudencia del TJUE la responsabilidad por la infracción de derechos de marca por parte de las plataformas de comercio electrónico va a estar ligada al tipo de actividad desempeñan, si su papel ha sido “activo” o “pasivo”. El art. 14 de la DCE precisa que los prestadores de servicios de *hosting* o almacenamiento de datos no serán responsables de los datos que almacenan cuando no tengan conocimiento efectivo del carácter ilícito de los mismos o cuando teniendo dicho conocimiento actúen con prontitud para retirarlos o para que sean inaccesibles (excepción de responsabilidad de puerto seguro).

Sin embargo, valorar esa neutralidad de la plataforma digital en la práctica no es tan sencillo ni tampoco es tan evidente debido a los negocios actuales que desempeñan dichas plataformas. Prueba de ello es el asunto *Youtube Cyando*²⁴ donde se analiza la responsabilidad de una plataforma que aloja datos y recomienda contenido respecto a la infracción de derechos de autor. La posición del TJUE en este caso es similar a asuntos anteriores sobre responsabilidad de plataformas digitales. El alto tribunal europeo pone el foco en cómo actúa la plataforma cuando tiene conocimiento de los contenidos ilícitos y cómo impacta tal diligencia en su neutralidad para poder acogerse a la exención de responsabilidad del art. 14 DCE²⁵. Sin embargo, quizás hubiera sido interesante que el TJUE hubiera ido más allá y se hubiera replanteado el análisis de la neutralidad de la plataforma en momentos previos en los que la plataforma como parte de su negocio promueve determinado contenido²⁶.

2. El asunto *Coty Germany vs Amazon* (2020)

10. En el asunto *Coty Germany vs. Amazon*, el problema radicaba en que un vendedor de *Amazon* adscrito a su programa “de logística”²⁷ comercializaba perfumes distinguidos con una marca cuyo derecho no estaba agotado²⁸. Esto implicaba que sólo el titular, que en este caso era la empresa *Coty Germany*, o un tercero con el consentimiento del titular podía vender los productos en el EEE. Por lo tanto, el vendedor de *Amazon* al comercializar productos cuya marca no se encontraba agotada estaba lesionando el derecho de marca. *Coty Germany* interpuso una demanda ante tribunales alemanes en la que argumentaba que *Amazon* era responsable de las infracciones marcarias que se llevaban a cabo en su plataforma por terceros debido a que era la propia plataforma digital, la que en base a su servicio de logística al que estaba adscrito ese vendedor, la que almacenaba, enviaba el producto al cliente final y se encargaba de las devoluciones.

11. Desafortunadamente en este asunto, el impacto del doble rol de la plataforma para considerar si ésta infringía un derecho de marca de forma directa no fue objeto de análisis por parte del TJUE a pesar de que el Abogado General en sus Conclusiones lo tiene presente²⁹ incluso el propio TJUE³⁰ anima para que así lo determinara el tribunal nacional que debía resolver sobre el asunto. En este caso, el TJUE sólo se limitó a responder por lo que se le preguntaba por el Tribunal Supremo alemán que remitió una

²⁴ STJUE de 22 de junio de 2021, *Frank Peterson c. Google y Elsevier c Cyando*, C-682/18 y C-683/18, ECLI:EU:C:2021:503.

²⁵ *Ibidem*, apartados 114 y 115.

²⁶ Muy interesante la reflexión que realiza al respecto el profesor P. MIGUEL ASENSIO, en su trabajo “Mercados en línea e infracción de marcas: extensión de la responsabilidad de las plataformas”, *La Ley Unión Europea*, nº 111, febrero 2023, p. 3.

²⁷ Este servicio consistía en que el vendedor le remite las mercancías a la plataforma de *ecommerce Amazon* y es ésta la se encarga de almacenar los productos, su envío, el servicio de atención al cliente y de las devoluciones.

²⁸ Sobre el agotamiento del derecho de marca, sin carácter exhaustivo, *vid.* A. ARROYO APARICIO, “Agotamiento del derecho conferido por la marca de la UE”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 13, nº 2, 2021, pp. 116-131.

²⁹ Conclusiones del Abogado General Sr. M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, presentadas el 28 de noviembre de 2019, *Coty Germany contra Amazon Services Europe Sàrl y otros*, asunto C-567/2018, ECLI:EU:C:2019:1031, apartado 27.

³⁰ STJUE 2 abril 2020, *Coty/Amazon*, C-567/18, ECLI:EU:C:2020:267, apartado 48.

cuestión prejudicial muy acotada³¹, lo cual condicionó su respuesta de forma considerable. En esencia al TJUE en este asunto tuvo que responder si se puede considerar que una persona <<posee>> en el sentido del art. 9, apartado 2, letra b y apartado 3, letra b del R. 2017/1001 cuando almacena para un tercero productos que infringen un derecho de marca sin tener conocimiento de dicha infracción, siendo el tercero el que pretende comercializar los productos. De este modo, el TJUE contesta a la cuestión prejudicial estableciendo que *Amazon* no usaría el signo al almacenar los productos cuando no persigue con ese almacenamiento ofrecer productos o comercializarlos. La razón es que al carecer de tal objetivo no estaría usando la marca en el marco de su propia comunicación comercial³². No obstante, esta sentencia aporta dos escenarios a tener presente para considerar que una plataforma usa una marca, y por lo tanto, sería responsable directa de su infracción, estos escenarios son: 1) Cuando la plataforma almacena los productos con el fin de ofrecer o comercializar los productos ella misma³³; 2) Cuando la plataforma no puede identificar al tercero vendedor³⁴.

3. El asunto *Google France vs. Louis Vuitton* (2010) y el asunto *L'Oreal vs. eBay* (2011)

12. El TJUE, en las sentencias existentes sobre las palabras claves y enlaces patrocinados en *Google*, diferencia entre la actividad del anunciante y la del prestador del servicio.

13. En la sentencia *Google France/Louis Vuitton*, al igual que en el resto que la han sucedido respecto al uso de marcas como palabras clave, el TJUE consideró que no hay duda de que el anunciante, el que paga por el enlace patrocinado, sí usa la marca en el tráfico económico, ya que con la palabra clave dirige a los usuarios a un enlace promocional que le lleva a la web donde oferta sus productos y/o servicios³⁵. Además, el citado Tribunal consideró que el uso de la marca ajena como palabra clave que conduce al enlace patrocinado del anunciante es un uso en relación a productos o servicios, aunque no se realice en el mismo sitio web del anunciante y a pesar de que dicho uso no venga recogido en el elenco de prohibiciones que tienen a su disposición los titulares de las marcas en los arts. 5 de la Primera Directiva de marcas (actual art. 10.2 Directiva 2015/2436 en materia de marcas) y 9.2 Reglamento sobre la marca comunitaria³⁶(actual art. 9.2 RMUE)³⁷.

14. En relación a los prestadores de servicio, en particular, motores de búsqueda que almacenan como palabras claves signos idénticos a marcas o la plataforma de comercio electrónico que utiliza palabras claves que se corresponde con marcas para publicitar su propio servicio, actúan con ánimo de lucro y ejercen una actividad comercial³⁸.

³¹ Esto fue un aspecto bastante controvertido de este asunto, prueba de ello es que *Coty Germany* intentó que la cuestión prejudicial fuera inadmitida debido a que consideraba que faltaban elementos fácticos para poder entender el problema jurídico, STJUE 2 abril 2020, *Coty/Amazon*, C-567/18, ECLI:EU:C:2020:267, apartados 19 y 20.

³² STJUE 2 abril 2020, *Coty/Amazon*, C-567/18, ECLI:EU:C:2020:267, apartado 47.

³³ STJUE 2 abril 2020, *Coty/Amazon*, C-567/18, ECLI:EU:C:2020:267, apartado 45.

³⁴ *Ibidem*, apartado 48.

³⁵ STJUE 23 marzo 2010, *Google France SARL y Google Inc./Louis Vuitton Malletier*, C-236/08 a 238/08, EU:C:2010:159, apartado 52; STJUE 25 de marzo 2010, *BergSpechte*, C-278/08, *Rec.* 2010, p I-02517, apartado 18; STJUE 22 de septiembre 2011, *Interflora/Marks & Spencer*, C-323/09,

ECLI:EU:C:2011:604, apartado 30. *Vid.* un análisis de estas resoluciones en C. MORCOM, "Trade marks and the Internet: where are now?", *IPLR*, 34(1), 2012, pp. 40-53.

³⁶ Reglamento (CE) n° 207/2009 del Consejo de 26 de febrero de 2009 sobre la marca comunitaria (DOUE L 78/1 de 24 de marzo de 2009).

³⁷ *Vid.* L. A. MARCO ALCALÁ, "Las infracciones del derecho de marca mediante palabras clave en los motores de búsqueda de internet en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea [Comentario a las SS acumuladas TJUE (Gran Sala) C-236/2008 a C-238/2008, *Google France SARL y Google Inc. c. Louis Vuitton Malletier, S.A., Viaticum S.A., Luteciel SARL y otros*, de 23 de marzo de 2010 -caso Google-]", *ADI* 30 (2009-2010), pp. 678-679.

³⁸ STJUE 23 marzo 2010, *Google France SARL y Google Inc./Louis Vuitton Malletier*, C-236/08 a 238/08, EU:C:2010:159, apartados 53-59.

En el supuesto de los motores de búsqueda, el TJUE estimó en el caso *Google* que en la prestación de dichos servicios no se está usando la marca en el sentido de los arts. 5 de la Primera Directiva de marcas (actual art. 10.2 Directiva 2015/2436) y el art. 9 Reglamento sobre la marca comunitaria (actual art. 9.2 RMUE). El TJUE entiende que ni si quiera en los casos en los que el motor de búsqueda almacena palabras clave asociadas a términos como “imitación” o “copia” y permite que aparezcan anuncios de comerciantes que venden esos productos estaría usando la marca³⁹. Esto es así debido a que cuando *Google* hace depender la aparición de un anuncio de que el usuario introduzca una palabra clave, el buscador no está distinguiendo sus servicios con dicha marca y, por tanto, dicho uso no es un uso de la marca propiamente dicho⁴⁰. De este modo, como ya se ha analizado en el asunto *Coty Germany/Amazon*, al no existir uso de la marca en el tráfico económico tampoco puede haber infracción.

Sin embargo, en el caso de las plataformas de comercio electrónico como *eBay*, el TJUE entendió que tienen la condición de anunciantes cuando realizan publicidad de su sitio web y de las ofertas de sus clientes en el mismo⁴¹. Por lo tanto, para saber si el titular puede oponerse a los actos de dichas plataformas conforme al derecho de marcas es necesario precisar si dichos anuncios los realizan en relación a productos semejantes o idénticos que los de la marca registrada ajena y si dichos anuncios afectan negativamente a alguna de las funciones de la marca⁴².

15. Respeto a la primera cuestión, el uso de la marca *L’Oreal* por *eBay* se hacía con el fin de promocionar su plataforma de comercio electrónico mediante enlaces patrocinados. Por lo tanto, es obvio que *eBay* no utiliza la marca para designar productos o servicios idénticos o similares para los que la marca está registrada. Sin embargo, es necesario tener en cuenta que en el caso de marcas renombradas - *L’Oreal* y sus marcas lo son- el principio de especialidad que opera en el derecho de marcas se pierde, y por tanto el titular de la marca podría prohibir el uso de su marca para productos o servicios diferentes para los que está registrada la marca (art. 5.2 Primera Directiva de Marcas y 9.1 .c) RMC).

16. Respecto al uso de la marca ajena para productos idénticos por parte de *eBay*, el TJUE destaca que *eBay*, al usar marcas de *L’Oreal* para promocionar ofertas de productos que proceden de sus clientes vendedores, ha hecho uso de la marca en relación a productos o servicios idénticos⁴³. El Tribunal destaca que “*la expresión «para productos o servicios» no se refiere exclusivamente a los productos o los servicios del tercero que hace uso de los signos que se corresponden con marcas, sino que también puede tener por objeto productos o servicios de otras personas*”. Así, el hecho de que un operador como *eBay* haya utilizado un signo que se corresponde con una marca, para productos que no son sus propios productos sino que son de su cliente que los oferta en su plataforma, no impide que se le aplique el art. 5 de la Primera Directiva de marcas (art. 10.2 Directiva 2015/2436) cuando se realiza de forma que se establece un vínculo entre tal signo y el servicio que presta el tercero, en este caso *eBay*⁴⁴.

17. En sentido contrario, como se puso también de manifiesto por el TJUE en el asunto *Coty Germany/Amazon* (2020), considera que no existe tal uso de la marca en sentido del art. 5 de la Primera Directiva por parte de la plataforma de *e-commerce* cuando sus clientes-vendedores realizan ofertas de productos de marca en la misma plataforma⁴⁵. En esos casos, es el cliente-vendedor el que hace uso de la marca para su propia comunicación comercial pero no la plataforma, que en principio su única actuación es la de permitir el alojamiento de datos.

³⁹ *Ibidem*, apartado 104.

⁴⁰ *Vid.* L. SÁNCHEZ PÉREZ, “La infracción del...”, p 161.

⁴¹ STJUE 12 de julio 2011, *L’Oreal y otros/ eBay Internatinal AG y otros*, C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474, apartado 85.

⁴² *Vid.* F. CARBAJO CASCÓN, “Problemas de distribución, marcas y responsabilidad indirecta de intermediarios en plataformas de agregación de comercio electrónico. Comentario a la STJUE de 12 de julio de 2012(Caso *L’oreal c. eBay*) y jurisprudencia relacionada”, *Rcd*, nº 10, 2012, p. 172.

⁴³ STJUE 12 julio 2011, *L’Oreal y otros/ eBay Internatinal AG y otros*, C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474, apartado 90.

⁴⁴ *Ibidem*, apartados 91 y 92.

⁴⁵ *Idem*, 100-105.

4. En conclusión

18. Las actuaciones que se pueden llevar a cabo desde Internet en relación a la oferta y comercialización de productos designados con una marca pueden ser muy variadas entre sí. Desde la oferta y comercialización de productos cuyos derechos de marca no se han agotado, productos sin embalaje, la venta de muestras o la venta de *keywords ads* por buscadores que coinciden con marcas hasta la venta de productos falsos o imitaciones. Para el TJUE el aspecto importante para saber si la plataforma digital usa una marca de forma directa es atender a la comunicación comercial de esta plataforma. Si la marca de un tercero es usada por una plataforma para su propia comunicación comercial, para ofrecer o vender productos se entenderá que existe uso de una marca en el sentido del art. 9.2 letra a) RMUE. Así, se puede afirmar que el nivel de exigencia que se le ha venido reclamando a las plataformas digitales tanto por infracciones marcarias directas como por actos de terceros ha sido bajo. Una de las razones es que se ha querido calibrar o conjugar el interés individual del titular de un derecho de marca con el interés público que puede existir en el hecho de poder acceder libremente en Internet al servicio que presta una plataforma digital⁴⁶. Sin embargo, con los roles tan variados que realizan las plataformas actualmente y tan alejados de los servicios que prestaban hace unos años, cabe plantearse si una nueva interpretación sobre la responsabilidad directa de las plataformas sería necesaria. Es decir, una línea interpretativa que se adapte mejor a la protección de las marcas en atención al rol real que desempeñan las plataformas digitales en la actualidad. Sin duda, la sentencia que analizamos ha sido una oportunidad para el TJUE, veremos si se ha aprovechado lo suficiente.

IV. La cuestiones prejudiciales que debe resolver el TJUE en el asunto *Louboutin vs. Amazon* (2022)

19. En el asunto que analizamos de 22 de diciembre de 2022, TJUE debe resolver básicamente tres cuestiones:

- 1) En qué casos el uso de una marca ajena en una oferta de venta realizada por un tercero vendedor puede imputarse a una plataforma de comercio electrónico.
- 2) En qué circunstancias se debe tener presente la percepción del público respecto de esa oferta para considerar que la plataforma está usando la marca. Sobre esta cuestión nunca antes se había manifestado de forma expresa el TJUE⁴⁷.
- 3) Cómo influye el hecho de que la plataforma realice servicios complementarios a sus vendedores (almacenaje, envío, devoluciones de productos) para valorar si la plataforma usa la marca en el sentido del art. 9.2 letra a) del RMUE.

Aunque el TJUE las resuelve de forma conjunta, en este comentario se van a resolver de forma individual.

20. En relación a la *primera cuestión*, el concepto de uso no se define en el propio texto del RMUE. Pero de jurisprudencia anterior del TJUE, se puede establecer que se usa una marca por un tercero cuando éste la usa en el tráfico económico para productos o servicios idénticos para los que la marca está registrada, sin el consentimiento del titular y ese uso puede menoscabar alguna de las funciones de la marca, entre las cuales se encuentra: la función de identificación⁴⁸. Es decir, que el consumidor pueda identificar la empresa que está detrás de esos productos o servicios que se ofrecen.

Por lo tanto, el uso de una marca en atención al art. 9.2 del Reglamento 2017/1001 requiere dos aspectos:

⁴⁶ Los intereses en juego que plantean este tipo de asuntos también los destaca D. DANIELI, “Piattaforme di e-commerce...”, p. 26.

⁴⁷ STJUE 22 de diciembre 2022, C-148/21 y C-184/21, *Christian Louboutin vs. Amazon*, ECLI:EU:C:2022:1016, apartado 45.

⁴⁸ STJUE 22 de diciembre 2022, C-148/21 y C-184/21, *Christian Louboutin vs. Amazon*, ECLI:EU:C:2022:1016, apartado 26.

- 1) *Un comportamiento activo y un dominio, bien directo o indirecto, del acto que constituye el uso*⁴⁹. Ese comportamiento activo y ese dominio es necesario para que el infractor pueda cesar en ese uso cuando el titular así lo requiera. No se puede considerar que alguien usa una marca cuando no tiene ese dominio, debido a que sin dominio no podría cesar en el uso de la marca⁵⁰.
- 2) *Uso de la marca en su propia comunicación comercial*. Sobre este particular ya se ha pronunciado el TJUE en diferentes asuntos. Se usa la marca en una comunicación comercial cuando se promueve una actividad empresarial, un producto, un servicio⁵¹. Como ya hemos señalado, en anteriores asuntos como el asunto *Coty* del año 2020, el TJUE consideró que la plataforma (que también era *Amazon* como en el caso que comentamos) no usaba la marca en su propia comunicación comercial aunque almacenara los productos que infringían un derecho de marca de un tercero debido a que la plataforma no tenía conocimiento de que se esos productos infringían un derecho de marca cuando tampoco tenía como objetivo la venta de los productos que almacenaba⁵². Por lo tanto, un aspecto clave para determinar si la plataforma usa la marca de un tercero en su propia comunicación comercial es necesario que se establezca un vínculo entre dicha marca y los servicios que presta la plataforma.

En la misma línea, el TJUE ha considerado que una plataforma no usa una marca en su propia comunicación comercial cuando se limita a establecer condiciones técnicas para que se pueda usar la marca y reciba una remuneración por ello⁵³.

Una vez establecido lo anterior, qué hay de diferente en este asunto con respecto a otros anteriores, lo relevante son las respuestas a las preguntas segunda y tercera.

21. En relación a la *segunda cuestión* (en qué circunstancias se debe tener presente la percepción del público respecto de esa oferta para considerar que la plataforma está usando la marca), el alto tribunal europeo considera que es necesario tener en cuenta diferentes circunstancias para que un anuncio realizado por un tercero vendedor sobre productos falsos que utilizan un signo idéntico a una marca ajena muy conocida se considere que ese anuncio forma parte de la comunicación comercial de la plataforma de *ecommerce* (*Amazon*)⁵⁴. Entre dichas circunstancias, para el TJUE es necesario establecer un vínculo entre los servicios ofrecidos por el operador y el signo en cuestión. Para precisar esas circunstancias relevantes que pueden establecer ese vínculo será importante tener en cuenta la percepción del consumidor medio.

De este modo, un consumidor normalmente informado y razonablemente atento ante un anuncio de unos productos tratados de forma homogénea y uniforme por la plataforma, poniendo su logo (*Amazon*) en la misma, y que no se pueda apreciar la diferencia entre los productos que oferta la plataforma y los productos que ofertan los terceros, no podría diferenciar quién comercializa los productos, si *Amazon* o el vendedor tercero⁵⁵. Esto hace que se pueda establecer ese vínculo entre el signo que se utiliza y la plataforma, considerando que esta última utiliza el signo en su propia comunicación comercial. Aunque esta postura no fue la que mantuvo el Abogado General en sus conclusiones⁵⁶, consideramos que el TJUE

⁴⁹ *Ibidem*, apartado 27. El art. 9.3 del citado RMUE precisa de forma no exhaustiva algunas actuaciones que se pueden considerar uso de una marca y que el titular podría prohibir.

⁵⁰ STJUE 2 de abril 2020, C-567/18, EU:C:2020:267, apartado 38.

⁵¹ STJUE 22 de diciembre 2022, C-148/21 y C-184/21, *Christian Louboutin vs. Amazon*, ECLI:EU:C:2022:1016, apartado 40.

⁵² *Ibidem*, apartado 32.

⁵³ STJUE 12 de julio 2011, C-324/09, *L'Oreal*, ECLI:EU:C:2011:474, apartados 102 y 103.

⁵⁴ STJUE 22 de diciembre 2022, C-148/21 y C-184/21, *Christian Louboutin vs. Amazon*, ECLI:EU:C:2022:1016, apartado 49.

⁵⁵ *Ibidem*, apartado 51.

⁵⁶ Para el Abogado General de este asunto no se usa la marca de forma directa por la plataforma debido a que no considera que deba considerar determinante que se presenten las ofertas de forma uniforme. Para el Abogado General, el consumidor medio al ver esas ofertas de terceros presentadas de forma uniforme como las de la plataforma no tiene que automáticamente considerar que las mismas son ofertas realizadas por la plataforma como parte de su comunicación comercial. Dos son básica-

acierta con esta posición. La percepción del público que utiliza la plataforma puede ser un elemento importante para determinar si la plataforma usa la marca en su propia comunicación comercial. El hecho de que las ofertas sean uniformes, aparezca el logo de la plataforma además de indicaciones como “los más demandados” o “las mejores ofertas” puede permitir establecer un vínculo entre el vendedor tercero y la plataforma. La cuestión es si ese vínculo se puede considerar tan estrecho como para considerar que la plataforma usa la marca de forma directa en el sentido del art. 9.2 letra a) RMUE. Desde nuestro punto de vista, sí⁵⁷. Esa forma uniforme y sin distinción entre los productos que vende la propia plataforma y el vendedor tercero es una parte fundamental del negocio de *Amazon*. De hecho, esa uniformidad en las ofertas es parte de su éxito como plataforma de *ecommerce*, pero también tiene una cara b (la cual con pronunciamientos como el que analizamos del TJUE se confirma) y es la responsabilidad que debe asumir la plataforma, la cual a nuestro juicio no debe ser por un uso indirecto de la marca sino directo debido a que consideramos que usa las marcas de terceros para su propia comunicación comercial.

22. Por último, en relación a la *tercera cuestión* prejudicial, e íntimamente relacionado con lo anteriormente expuesto, respecto al hecho de que *Amazon* ofrezca y realice servicios complementarios para sus vendedores (tales como la gestión de las preguntas que los usuarios realizan en su plataforma sobre los productos de terceros, el envío de los productos, su almacenamiento, las devoluciones...), el TJUE considera que puede dar la impresión a un usuario atento e informado que esos productos son comercializados por *Amazon*, y no por el tercero⁵⁸. Sobre este particular ya nos pronunciamos en trabajos anteriores⁵⁹, por lo que compartimos el razonamiento del TJUE, el rol de la plataforma en el desarrollo de su negocio, cómo presenta las ofertas y el papel que tiene con respecto a los productos que oferta el tercero no es de mero intermediario, su posición es activa y por ende, consideramos que usa la marca y debe ser responsable por tal uso.

V. Reflexiones finales

23. Una plataforma como *Amazon* que trata de forma uniforme las ofertas que realiza en su plataforma sin diferenciar si son productos que vende la propia plataforma o son de terceros vendedores puede dar lugar a que el consumidor atento e informado que ve esas ofertas en la plataforma no sepa si las ofertas de esos productos provienen de *Amazon* o de terceros. Este tratamiento uniforme de las ofertas, junto con el almacenamiento de los productos, su envío, la gestión de las devoluciones podría confundir al consumidor en cuanto a la empresa que está detrás de la oferta. Esto implica dos aspectos: 1) *Amazon* estaría usando la marca para su propia comunicación comercial; 2) *Amazon* podría ser considerada responsable de infringir de forma directa la marca de *Louboutin*.

mente las razones en las que apoya su razonamiento: 1) En los anuncios de las ofertas de la plataforma se especifica siempre si esos productos se venden por terceros o por *Amazon*; 2) Aunque *Amazon* es un distribuidor de gran renombre también es muy conocido por ser una plataforma de *ecommerce* que permite que terceros la usen para vender sus propios productos. Para el Abogado General estos dos elementos no hacen posible que el usuario medio de este tipo de plataformas pueda vincular las ofertas de los terceros con las de *Amazon*. Conclusiones del Abogado General MACIEJ SPUZNAR presentadas el 2 de junio de 2022, asuntos acumulados C-148/21 y C-184/21, ECLI:EU:C:2022: 422, apartados 81, 84, 85, 86 y 95.

⁵⁷ Sin embargo, no toda la doctrina lo ha considerado así. Sobre este particular *vid.* E. ROSETTI, “The Louboutin/Amazon cases (C-148/21 and C-184/21) and primary liability under EU trade mark law”, *European Intellectual Property Review*, pp. 435-440, una versión de este trabajo de abril de 2022 puede encontrarse en SSRN (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4078987) y es la que hemos consultado, en particular en su p. 9, la profesora ROSETTI expone en su trabajo que para determinar si una marca se infringe es necesario realizar un análisis en dos fases. En la primera fase se debe analizar si se usa la marca en el comercio. En la segunda fase se debe analizar (una vez se establece que se usa la marca) si el presunto infractor estaría dañando con ese uso algunas de las funciones de la marca. Para la autora, sólo en esa segunda fase es en la cual se debería tener presente la percepción del consumidor, no siendo relevante la percepción del consumidor en esa primera fase donde se debe determinar si la plataforma usa la marca en el sentido del art. 9.2 letra a) RMUE.

⁵⁸ STJUE de 22 de diciembre de 2022, C-148/21 y C-184/21, *Christian Louboutin vs. Amazon*, ECLI:EU:C:2022:1016, apartado 53.

⁵⁹ I. ANTÓN JUÁREZ, “Infracción de un derecho de marca en plataformas de *ecommerce*: la actuación de la plataforma y el impacto en su responsabilidad”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, Vol. 12, nº2, 2020, p. 59.

24. Esta solución a la que llega el TJUE supone un cambio en la jurisprudencia del TJUE, debido a que ya no sólo se tiene presente para considerar que una plataforma usa una marca “la propia comunicación comercial” sino que se añaden circunstancias que no son objetivas como “la percepción del consumidor” a tener presentes para considerar si se usa la marca en el sentido del art. 9 RMUE. Así, se puede afirmar que el TJUE abre una línea jurisprudencial que se aleja en cierto modo de su línea tradicional de evitar hacer responsable a la plataforma por actuaciones de sus usuarios. Aunque el TJUE no tiene la última palabra porque será el tribunal nacional el que decida, consideramos que es una sentencia importante que se acerca más a la responsabilidad que deben asumir las plataformas en atención a los roles que desempeñan en la actualidad. Roles que suelen ser más activos que cuando comenzaron a existir este tipo de plataformas que se asemejaban más a una labor de intermediación.

Por lo tanto, a la cuestión que nos planteábamos en el título del presente trabajo, la respuesta sería no. Este caso no es un asunto más sobre responsabilidad marcaria de una plataforma. De hecho, se puede afirmar que este pronunciamiento del TJUE implica una mayor protección para las marcas pero también para los consumidores. En relación a las marcas porque los titulares marcarios podrían pedir responsabilidad directa por infracción de marca cuando concurren las circunstancias analizadas anteriormente, lo cual les facilita el terreno debido a que la plataforma es un demandado más fácil de localizar. En relación a los consumidores debido a que esta resolución pone en valor la transparencia. Las plataformas tienen la obligación de ser transparente a la hora de desarrollar su negocio, y lo deben ser porque se lo va a exigir con mayor rigor el art. 6.3 del RSD para que su actividad como prestador de un servicio de intermediación en línea pueda quedar exenta de responsabilidad, pero también en atención al derecho de marcas tras la interpretación que realiza el TJUE en la sentencia objeto de comentario. Desde nuestro punto de vista, esta exigencia a las plataformas de una mayor transparencia no está reñida ni con el desarrollo de las plataformas y el *ecommerce*, ni tampoco con la innovación. Y eso es así porque lo que exige el TJUE a las plataformas con esta sentencia es fácil de cumplir, ya que deben simplemente ser claras a la hora de presentar las ofertas en su plataforma, diferenciando bien cuáles son sus propias ofertas y cuáles las realizan terceros⁶⁰.

⁶⁰ También lo ha considerado así T.RUS, “Primary liability of...”, p. 343.

Crónica de jurisprudencia laboral internacional 2022

Chronicle of international labor jurisprudence 2022

ÁNGEL ARIAS DOMÍNGUEZ

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Extremadura*

Recibido: 06.06.2023 / Aceptado: 13.07.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.8091

Resumen: En el año natural 2002 no se han dictado resoluciones del Comité de Libertad Sindical que afecten a España. Ninguna de las cuatro sentencias del TEDH en las que España era parte tenía contenido laboral, de seguridad social o de protección social. Sí se cuenta, como es habitual, con resoluciones del TJUE de contenido social en los que el estado español ha sido parte, pero, a diferencia de otros años anteriores, ni los pronunciamientos han sido tantos ni han tenido tanta trascendencia. De los varios asuntos que resuelven cuestiones prejudiciales que devuelve la base de datos CURIA se han analizado dos en los que el estado español se ha visto implicado, y uno más relativo a la proyección de los símbolos religiosos en el trabajo que por su configuración técnica puede tener una fácil proyección para nuestro ordenamiento jurídico. Como es habitual, los tesauros conceptuales empleados para la búsqueda en la base de datos institucional han sido los siguientes: “*Seguridad social*”, “*Salud pública*”, “*Política social*”, “*no discriminación*”, “*Libre circulación de los trabajadores*”, “*Libertad de establecimiento*”, “*Fondo Social Europeo (FSE)*”, “*Empleo*”, “*Educación, formación profesional y juventud*”, “*Estatuto de los funcionarios y régimen aplicable a los otros agentes*”, “*Derechos fundamentales*”, “*Cohesión económica, social y territorial*”, y “*Ciudadanía de la Unión*”. La muy interesante **STJUE de 24 de febrero de 2022 [C-389/20] CJ y TGSS**, decide que no es acorde a la normativa comunitaria de igualdad nuestra regla jurídica interna que impedía la cotización por la contingencia de desempleo en el sistema de seguridad social de empleados de hogar. La consecuencia jurídica fue evidente, la modificación ipso facto de dicha regla. La **STJUE de 28 de abril de 2022 [C-86/21] Gerencia Regional de Salud de Castilla y León y Delia**, analiza hasta qué punto una normativa autonómica de evaluación del desempeño profesional puede dejar de tener en consideración la actividad profesional desarrollada en otro país de la Unión. La respuesta negativa es muy intuitiva, pero el análisis de la resolución sirve para perfilar o matizar las exigencias comunitarias que se imponen a la restricción pretendida por la norma patria. La **más que interesante STJUE de 13 de octubre de 2022 [C-344/20] L.F. y S.C.R.L.** aborda un tema capital para los modernos estados laicos: la legitimidad de la restricción empresarial de utilización por parte de los trabajadores de prendas de vestir que inequívocamente manifiesten una determinada convicción religiosa.

Palabras clave: Persona al servicio del hogar familiar, desempleo, libertad de circulación de trabajadores, reconocimiento de la experiencia profesional desarrollada en otros países, *símbolos religiosos en el lugar de trabajo*.

Abstract: In calendar year 2002, no resolutions of the Committee on Freedom of Association have been issued that affect Spain. None of the four ECHR rulings to which Spain was a party had labor, social security or social protection content. There are, as usual, CJEU resolutions with a social content in which the Spanish state has been a party, but, unlike previous years, there have not been so many pronouncements, nor have they been of such importance. Of the various matters that resolve preliminary rulings that the CURIA database returns, two have been analyzed in which the Spanish state has been involved, and one more related to the projection of religious symbols in the work that due to its technical configuration

can have an easy projection for our legal system. As usual, the conceptual thesauruses used for the search in the institutional database have been the following: “Social security”, “Public health”, “Social policy”, “non-discrimination”, “Free movement of workers”, “Freedom of establishment”, “European Social Fund (ESF)”, “Employment”, “Education, professional training and youth”, “Statute of civil servants and regime applicable to other agents”, “Fundamental rights”, “Economic cohesion, social and territorial”, and “Citizenship of the Union”. The very interesting **STJUE of February 24, 2022 [C-389/20] CJ and TGSS**, decides that our internal legal rule that prevented contributions for the contingency of unemployment in the security system is not in accordance with the community regulations on equality household employees social. The legal consequence was evident, the ipso facto modification of said rule.

The **STJUE of April 28, 2022 [C-86/21] Regional Health Management of Castilla y León and Delia**, analyzes to what extent an autonomous regulation of professional performance evaluation can stop considering the professional activity carried out in another Union country. The negative answer is very intuitive, but the analysis of the resolution serves to outline or clarify the community demands that are imposed on the restriction sought by the national law. The most interesting **STJUE of October 13, 2022 [C-344/20] L.F. and S.C.R.L.** addresses a major issue for modern secular states: the legitimacy of the business restriction on the use by workers of garments that unequivocally manifest a certain religious conviction.

Keywords: Person at the service of the family home, unemployment, freedom of movement of workers. Recognition of professional experience developed in other countries, religious symbols in the workplace.

Sumario: I. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 1. STJUE de 24 de febrero de 2022 [C-389/20] CJ y TGSS. 2. STJUE de 28 de abril de 2022 [C-86/21] Gerencia Regional de Salud de Castilla y León y Delia. 3. STJUE de 13 de octubre de 2022 [C-344/20] L.F. y S.C.R.L.

I. Tribunal de justicia de la Unión Europea

1. STJUE de 24 de febrero de 2022 [C-389/20] CJ y TGSS

A) Hechos del litigio principal

1. Una mujer, empleada de hogar en el subsistema especial de Seguridad Social para empleados de hogar pretende, tras una larga carrera de cotización, empezar a cotizar por la contingencia de desempleo. Para tal fin presenta una solicitud ante la TGSS acompañada de un consentimiento escrito por parte de su empleadora para poder realizar la cotización solicitada. Su solicitud es denegada, pues se entiende que dicha cotización está expresamente excluida por el art. 251.d) LGSS. Obviamente, la no cotización por esta contingencia impide el posterior percibo de la prestación correspondiente.

Tras ver denegada su solicitud en vía administrativa acude a la vía jurisdiccional, entendiendo, básicamente, que la imposibilidad de cotizar en este tipo de empleo “*supone una discriminación indirecta, por razón de sexo, en materia de seguridad social para los empleados de hogar de sexo femenino, que constituye la práctica totalidad de este colectivo de trabajadores*” (§ 16). Se genera con ello una diferencia de trato con respecto a los demás trabajadores por cuenta ajena (§ 17), apreciando que, además, la desprotección frente al desempleo “*implica asimismo la imposibilidad para dichos empleados de acceder a cualquier otra prestación o subsidio supeditados a la extinción del derecho a las prestaciones por desempleo*” (§ 17).

En definitiva, que el precepto señalado de la LGSS sitúa a dichos trabajadores en una situación de desamparo que se traduce: a) en la imposibilidad de acceder a la prestación por desempleo, y b) en impedir la percepción de otro tipo de prestaciones o ayudas sociales que se vinculan a la extinción de la prestación por desempleo (como suele ser habitual en nuestro sistema de Asistencia Social).

El órgano jurisdiccional competente alberga dudas sobre si esta norma es compatible con el derecho de la Unión Europea que protege la discriminación en el empleo, planteando la cuestión prejudicial que esta resolución solventa.

B) Cuestión jurídica debatida

2. El asunto fundamental consiste en determinar si es razonable que se niegue el percibo de la prestación por desempleo para trabajadores incluidos en el régimen específico de empleados de hogar. Analizando la cuestión desde la perspectiva de considerar que dicha consecuencia puede constituir una discriminación por razón de sexo, pues la mayoría de las personas trabajadoras que ejercen dicha actividad son mujeres.

Hasta la supresión del art. 251.d) LGSS por el Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar, el precepto especificaba que *“La acción protectora del Sistema Especial para Empleados de Hogar no comprenderá la correspondiente al desempleo”*.

Pero esta previsión lo es única y exclusivamente para los trabajadores incluidos en el sistema especial, es decir, para aquellos *“sujetos a la relación laboral especial a que se refiere el artículo 2.1.b) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”* (art. 250.1-1 LGSS). En definitiva, los contratados por el *“titular del hogar familiar”* (terminología -especialmente lo de *“titular”*- que quizá debiera ser cambiada por otra más acorde a los nuevos tiempos: es *‘viejuna’* y evoca tiempos pasados, como aquellos que llamaba al trabajador y al empresario productor y factor) bajo la modalidad laboral especial no tienen acceso al desempleo, pero sí pueden disfrutarlo, sin embargo, aquellos otros trabajadores contratados por empresas que desarrollan esa misma actividad profesional.

Probablemente la exigencia de cotización para la inclusión en el régimen general de quienes estaba en un régimen especial provoca esta disfunción. Porque exigir la cotización *“completa”* para el *“titular del hogar familiar”* hubiera supuesto, sin más, o bien un abandono de esta modalidad, o bien su organización en *“negro”* de forma irregular, o con fórmulas *“paralaborales”* poco edificantes, y, desde luego, al margen de lo pretendido por la norma.

Probablemente en el momento de integración del **éste** sub-régimen especial en el general no quedaba otro remedio, pero ya ha pasado algún tiempo y las cosas cambian, pareciendo irrazonable (y poco edificante) que se pueda seguir sosteniendo la exclusión de una prestación tan necesaria, especialmente para trabajadores poco cualificados y no bien remunerados como son los empleados de hogar.

C) Normativa en presencia

3. Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social.

Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

D) Resolución del Tribunal

4. El tribunal entiende que la normativa comunitaria de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social se opone a la disposición nacional controvertida que impedía la percepción de la prestación por desempleo, básicamente porque esa regla técnica no se encuentra justificada por razones objetivas ajenas a cualquier tipo de discriminación, y su aplicación práctica, en el día a día, sitúa a las trabajadoras mujeres en desventaja particular con respecto a los trabajadores varones.

Para llegar a esta conclusión se conduce por el ortodoxo camino siguiente.

Entiende, en primer lugar, que la aplicación del precepto jurídico interno controvertido no genera una discriminación directa, pues el precepto jurídico se aplica indistintamente para hombres y mujeres (§ 39).

Recuerda, en segundo lugar, que la discriminación indirecta por razón de sexo se constata cuando se aprecia una situación en que la aplicación de una determinada norma jurídica neutra sitúa a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a las del otro sexo, a no ser que la aplicación de la norma, así como su consecuencia, se justifique en razones objetivas y razonables (§ 40).

Assume, en tercer lugar, que la existencia de tal desventaja puede acreditarse cuando se constata que afecta negativamente a una proporción significativamente más alta de personas de un sexo que de otro, entendiéndose razonable apoyarse en datos estadísticos para llegar a esta conclusión (§ 42).

La resolución del Tribunal sigue bastante fielmente la conclusión del Abogado General desde el § 44 en adelante. Se aprecia el dato estadístico referenciado, de su lectura se desprende que la proporción de las trabajadoras afectadas es infinitamente mayor que el de los trabajadores varones, y se concluye que existe una discriminación indirecta por razón de sexo (§ 48), pues la presencia de un factor objetivo de justificación no ha sido apreciado (§ 51).

Porque la justificación de dicha exclusión sostenida en cuestiones de política legislativa ligadas a las peculiaridades de ese sector profesional no son razonables (§ 53), en la medida en que la eventual traducción del aumento de costes y cargas salariales resultantes del aumento de las cotizaciones en pérdida de tasas de empleo, que era la razón argumentada por el Gobierno patrio, no puede ser tenida en consideración (§§ 54 y 55), básicamente porque para ello debería poder demostrarse que el colectivo de trabajadores al que se excluye de la prestación se distingue de otros que no se encuentran excluidos de ella (§ 62). Y de los datos obrantes no pueden deducirse dicha conclusión, pues otros colectivos similares: trabajadores a domicilio, no profesionales, jardineros, conductores particulares, trabajadores agrícolas, trabajadores contratados por servicios de limpieza, están cubiertos frente a la contingencia de desempleo, “y ellos a pesar de que sus cotizaciones son en algunos casos inferiores a las aplicables a los empleados de hogar” (§63).

E) Apunte final

5. La importancia del informe del Abogados General¹.

Que el informe de los abogados generales marca el camino interpretativo por el cual se va a conducir una resolución del TJUE es una evidencia que no merece mayor comentario. Pero este caso concreto es una buena muestra de que un informe previo suficientemente solvente facilita la adopción de criterios jurídicos firmes, y por eso se subrayan los parámetros empleados en él para depurar su conclusión.

El Abogado General Maciej Szpunar entiende que la legislación española que excluye de las prestaciones por desempleo a los empleados de hogar familiar, colectivo compuesto “*casi exclusivamente*” por mujeres casi exclusivamente mujeres, es contraria al Derecho de la Unión Europea, por constituir una “*discriminación indirecta por razón de sexo*” que no se encuentra justificación en “*objetivos legítimos y ajenos a toda discriminación basada en el sexo*”. Es de una técnica exquisita, de “*cortito y al pie*”, si se me permite el símil futbolístico. Sin ninguna complicación, apreciando la realidad desde la atalaya que permite la mirada larga y la apreciación de las cosas en su conjunto. Directo, preciso, concreto y rápido.

Un resumen de sus posiciones más relevantes pasa por subrayar los siguientes elementos y razonamientos:

Considera, básicamente, “*que la disposición controvertida en el litigio principal establece una desventaja particular para los empleados de hogar*” (§ 52).

¹ El informe completo de las conclusiones puede leerse aquí: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=C5A5C71328253BBEE9FA1D4F3B2CD8E8?text=&docid=246805&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=4295841>

Se apoya para fundamentar su argumento en que en este “contexto, los datos estadísticos desempeñan un papel fundamental a la hora de constatar la existencia de una desventaja de hecho para las personas de un sexo con respecto a las personas del otro sexo”, precisando que aunque “*corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar la fiabilidad de tales datos y si se pueden tomar en consideración*”, si dicho “*órgano jurisdiccional considera que la cláusula de exclusión prevista por la disposición controvertida en el litigio principal afecta a un porcentaje más elevado de mujeres que de hombres, habrá de concluirse que tal disposición establece una desigualdad de trato contraria al artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7*” (§ 55).

Entiende, además, que “*la información estadística que ha aportado el órgano jurisdiccional remitente sugiere.../...que, dentro del colectivo de los empleados de hogar, las mujeres sufren una desventaja en una proporción aplastante*” (§ 56).

El informe tiene en consideración no sólo los trabajadores incluidos en el sistema especial, sino todos los trabajadores incluidos en el régimen general (§ 58), y la conclusión es evidente: “*todos los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el régimen general de la seguridad social tienen en principio derecho a las prestaciones por desempleo*” (§ 59), con una proporción similar de hombres y mujeres cotizantes, el 51,04 % y el 48,96 % respectivamente.

Los datos de los cotizantes al sistema especial son muy gráficos. Aproximadamente se encuentra incluidos unos 384.175 trabajadores por cuenta ajena, pero la proporción de hombres y mujeres es muy diferente (§ 60). El órgano jurisdiccional remitente subraya que las mujeres representan casi el 100 % de los trabajadores sujetos a ese régimen especial. La TGSS aporta datos concretos: 17.171 hombres y 366.991 mujeres, es decir, se integra el sistema especial por un 95,53 % de mujeres.

El informe considera, en definitiva, de que la disposición controvertida en el litigio principal sitúa a los empleados de hogar de sexo femenino en una posición menos ventajosa, considerando, en definitiva, que es contraria al ordenamiento comunitario (§ 62).

El paso siguiente es considerar si existe una razón suficiente para la aplicación de dicha disposición, es decir, contestar a la siguiente pregunta: “*¿Puede justificarse objetivamente la desigualdad de trato instaurada por la disposición controvertida en el litigio principal habida cuenta de las disposiciones de la Directiva 79/7?*” (§ 63)

Aunque el Abogado General comprende las razones de política legislativa, que entroncan incluso en modelos de familia muy arraigados socialmente en el que se distribuyen los roles familiares y laborales de forma predeterminada, aprecia que la justificación no encuentra un abrigo lo suficientemente potente como para consentir la discriminación palpable y patente que se aprecia directamente de la lectura de los datos estadísticos.

En definitiva, estima que “*la disposición controvertida en el litigio principal no resulta adecuada para garantizar los objetivos de lucha contra el trabajo sumergido y el fraude y de protección del empleo, en la medida en que no parece responder verdaderamente al empeño de alcanzar estos objetivos ni aplicarse de manera coherente y sistemática*” (§ 99), apreciando que “*la exclusión prevista por la disposición controvertida en el litigio principal, que prohíbe en términos absolutos acceder a la prestación por desempleo a todos los empleados de hogar, va más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos perseguidos*” (§ 100).

El Abogado General propone al Tribunal, por tanto, que resuelva afirmando que el principio de igualdad de la Unión se opone a la normativa nacional controvertida que impide la percepción de la prestación por desempleo para las personas trabajadoras empleadas en el hogar familiar.

Obviamente, tras la promulgación del Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar las cosas ya no son como antes, pues se ha dado nueva redacción a la Disposición transitoria decimosexta de la LGSS regulando las “*Bases y tipos de cotización y acción protectora en el Sistema Especial para Empleados de Hogar*”.

2. STJUE de 28 de abril de 2022 [C-86/21] *Gerencia Regional de Salud de Castilla y León y Delia*²

A) Hechos del litigio principal

7. La gerencia regional de salud de una Comunidad Autónoma deniega a una trabajadora la posibilidad de considerar evaluable en un proceso de calificación de la carrera profesional la experiencia profesional que desempeño en otro país de la Unión, en Portugal concretamente.

En el proceso de contratación para personal interino de larga duración era necesario haber desarrollado la actividad profesional que acreditase cinco años de ejercicio profesional como personal estatutario y/o personal sanitario funcionario en el Servicio de Salud de Castilla y León en la misma categoría desde la que se pretendiera acceder a la modalidad correspondiente de carrera profesional. La demandante presentó la solicitud “*alegando haber prestado servicios en esta durante diez años y tres meses a fecha 31 de diciembre de 2010*”, figurando entre tales servicios “*los prestados en el Hospital Santa María de Lisboa (Portugal)*” desde noviembre de 2000 hasta julio de 2007” (§ 10).

Pero hemos de tener en consideración que la Gerencia Regional de Salud sí tuvo en consideración los años de ejercicio profesional desarrollados en el Sistema Nacional de Salud español, pero desestimó computar los prestados por la interesada en el sistema público portugués, “*al no estar previsto en el sistema de reconocimiento de la carrera profesional de la Comunidad Autónoma de Castilla y León*” (§ 11), a pesar de que dicho período, y esto es lo sorprendente, sí había sido tenido en consideración por la propia Gerencia a efectos del cómputo de otros conceptos retributivos, concretamente para el cálculo de los trienios del personal estatutario temporal.

Es decir, sí había considerado ese período de tiempo para la generación de unas consecuencias económicas (trienios), pero no lo tiene en consideración a efectos de antigüedad para poder acceder al reconocimiento de la carrera profesional.

En vía interna es el Tribunal Superior de Justicia, que conoce del recurso impetrado frente a la resolución estimatoria de la pretensión de la persona trabajadora del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo competente, quien tiene dudas sobre la idoneidad de dicha decisión desde el prisma del Derecho de la Unión Europea, implementando dos cuestiones prejudiciales.

La primera y más importante, sobre si la normativa de la Unión se opone a la disposición de la Comunidad Autónoma que impide reconocer los servicios profesionales prestados en un servicio de salud de otro país miembro de la Unión.

La segunda, relativa a si el reconocimiento de dichos servicios prestados en otro Estado miembro requiere que previamente se aprobasen unos criterios generales de homologación de dicha experiencia que tuviese en consideración esa variable.

B) Cuestión jurídica debatida

8. La problemática básica que estudia la resolución que se comenta consiste en determinar, en definitiva, si debe poder apreciarse, para la valoración de la carrera profesional en el sistema de salud de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, aquellos periodos de actividad profesional que la persona trabajadora ha desempeñado en otro país perteneciente a la Unión Europea. Está en juego, en definitiva, la legalidad del proceder administrativo desde el punto de vista de la discriminación por haber desarrollado una actividad profesional en otro territorio de la Unión, así como la operatividad práctica y real del derecho a circular libremente por el territorio de la Unión para el desarrollo de una carrera profesional.

² Un análisis más pormenorizado de esta resolución efectué, bajo el título “*Libertad de circulación de trabajadores y consideración de la experiencia profesional adquirida en los servicios de salud de otro estado miembro de la Unión*”, en el número 5/2022 de la Revista de Jurisprudencia Laboral, al que puede accederse directamente en la siguiente página web: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2022-0000001879

La respuesta afirmativa del Tribunal es intuitiva, pero su selección para este comentario porque expone claramente cuáles son los presupuestos y circunstancias en las que la restricción a un Derecho de la Unión puede consentirse, aspecto no frecuentemente tratado en los comentarios a las sentencias del Tribunal de Luxemburgo.

C) Normativa en presencia.

9. El art. 7.1 del Reglamento núm. 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión, establece: “*En el territorio de otros Estados miembros y por razón de la nacionalidad, el trabajador nacional de un Estado miembro no podrá ser tratado de forma diferente a los trabajadores nacionales, en cuanto se refiere a las condiciones de empleo y de trabajo, especialmente en materia de retribución, de despido y de reintegración profesional o de nuevo empleo, si hubiera quedado en situación de desempleo*”.

D) Resolución del Tribunal

10. Cuatro cuestiones analiza la resolución.

En primer lugar, la incidencia de la normativa autonómica sobre la libertad de circulación de trabajadores. En segundo lugar, si se ha producido discriminación por razón de nacionalidad en el proceder administrativo que excluye de la experiencia profesional desarrollada en otro país de la Unión. En tercer lugar, si la limitación que se deduce de la normativa puede considerarse razonable y se encuentra justificada en atención a la protección de bienes o intereses legítimos. Y, por último, en cuarto lugar, si la ausencia de normativa estandariza de la Unión en relación con la comparación de la experiencia profesional en los distintos países de la Unión permite la organización de un sistema propio que excluya la experiencia adquirida en otros países de la Unión.

En relación con la primera cuestión, la libertad de circulación, el Tribunal repara en que de su jurisprudencia puede deducirse de forma inequívoca que se consideran contrarias a dicha libertad aquellas prácticas o disposiciones nacionales que impidan o disuadan a un trabajador de abandonar su país de origen para desarrollar su carrera profesional en otro país de la Unión, detallando que también se provoca dicha lesión la libertad cuando una normativa nacional no tiene en cuenta la totalidad de los períodos anteriores de actividad equivalente realizados en otro Estado miembro distinto al de origen de la persona trabajadora.

El Tribunal no alberga duda alguna en que la eficacia práctica de la normativa controvertida puede disuadir a la persona trabajadora de disfrutar de su derecho a la libre circulación previsto en los textos constitucionales de la Unión, porque aquellos trabajadores españoles que tengan interés en ejercer su oficio o profesión en el marco de una institución o centro sanitario radicado en otro estado de la Unión diferente del propio “*se verán disuadidos de hacerlo si la experiencia profesional equivalente que adquieran allí no se toma en consideración al evaluar su carrera profesional a su regreso a España*” (§ 28).

Puede afirmarse, por tanto, que la normativa controvertida implementa una restricción a la libre circulación de los trabajadores, esencialmente porque la persona trabajadora migrante se verá perjudicada en relación con la española si no se toma en consideración la experiencia profesional desarrollada en otro país de la Unión. El Tribunal subraya que la aparente neutralidad de una norma aplicable a todos los trabajadores con independencia de su nacionalidad puede provocar una discriminación indirecta cuando, por su desarrollo aplicativo concreto, afecte más a los trabajadores nacionales de otros estados miembros que a los trabajadores del Estado propio (§ 31).

Este obstáculo objetivo no puede considerarse ni legítimo ni razonable desde el punto de vista de la normativa de la Unión. Pero no se niego que una norma nacional pueda implementar una restricción a las normas de la Unión, necesariamente justificándose en el propósito de garantizar unos parámetros de calidad, así como la organización eficiente de los servicios de salud. Por eso subraya que para que dichas restricciones puedan considerarse justificadas es preciso que sean adecuadas “*para garantizar la realiza-*

ción del objetivo planteado y que no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlo” (§ 42), pareciendo evidente en este caso que el objetivo pretendido (el aseguramiento de estándares aceptables de experiencia profesional) no puede alcanzarse desde la valoración de la antigüedad en la carrera profesional.

Por último, en relación con la argumentación de la Gerencia de salud relativa a que la ausencia en la Unión de sistemas de homologación de la experiencia profesional pudiera consentir la organización de mecanismos propios de validación para garantizar la calidad en la prestación del servicio el Tribunal entiende, en primer lugar, que *“la experiencia profesional adquirida por el trabajador en cuestión en el sistema de salud de otro Estado miembro no puede considerarse, con carácter general, un obstáculo para la consecución...”* del objetivo pretendido en la norma de únicamente tener en consideración aquella experiencia profesional desarrolla con estándares de calidad homologables (§ 44); en segundo lugar, que lo razonable es que el mecanismo de validación de dicha experiencia ofreciese *“al interesado la posibilidad de demostrar la equivalencia de su experiencia profesional adquirida en otros Estados miembros”* (§ 45), tal y como sucede en la normativa controvertida en relación con el reconocimiento de trienios, y, en tercer lugar, que corresponde al Tribunal interno verificar que el Estado cumple con sus obligaciones en relación con el reconocimiento de cualificaciones profesionales (§ 46), en relación, particularmente, con la exigencia de tener en consideración, si el sistema de contratación o nombramiento requiere períodos mínimos de experiencia profesional previa, toda la que el trabajador haya acumulado en cualquier país de la Unión (§ 47).

En definitiva, la normativa de la Unión relativa a libre circulación de trabajadores se opone a una normativa autonómica que impide tomar en consideración para la valoración de la carrera profesional la experiencia profesional adquirida en un servicio público de salud de otro Estado miembro, *“a menos que la restricción a la libre circulación de los trabajadores que implica dicha normativa responda a un objetivo de interés general, permita garantizar la realización de ese objetivo y no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlo”* (§ 50).

Objetivo que en este caso ni se explica, ni se alcanza a vislumbrar.

E) Apunte final

11. El criterio técnico de la resolución parece de lo más razonable, tanto desde el punto de vista de garantizar la libertad de circulación, como desde la perspectiva de la discriminación indirecta por razón de nacionalidad.

La consecuencia es lógica: cualquier obstáculo (normativa, práctica administrativa, cláusula convencional, etc.) que se implementen en los ordenamientos nacionales para entorpecer o dificultar la movilidad de trabajadores debe ser observado con recelo, aunque no se impide que los ordenamientos internos puedan implementarse mecanismos que limiten la libertad de circulación.

Para ello, como resume la propia resolución en el § 50 deben darse tres condiciones.

En primer lugar, que la restricción a la libre circulación que se deduzca de la normativa debe responder *“a un objetivo de interés general”*, es decir, que la restricción que sufre el derecho (en este caso la libertad comunitaria) se justifique por la protección de un bien jurídico de superior calado que afecte a la comunidad política y jurídica a la que va destinada la norma, socializando, de alguna manera, el perjuicio que experimenta el desarrollo del derecho individual, en aras de un bien colectivo de superior entidad.

En segundo lugar, que la medida restrictiva *“permita garantizar la realización de ese objetivo”*, es decir, que el instrumento en cuestión (normativa, medidas administrativa, convenio colectivo, etc.) sea idóneo para la consecución de ese bien superior común, desechando aquellas pretensiones caprichosas, arbitrarias o meramente ineficaces en relación con la satisfacción de dicho bien común.

Y, en tercer lugar, que la medida *“no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlo”*, es decir, que en la proyección de su eficacia práctica se asegure que no lesione el derecho restringido más allá de lo estrictamente imprescindible para la consecución del objetivo común pretendido.

Lo interesante de la enunciación de estas medidas es que recuerdan a los mecanismos hermenéuticos que nuestro ordenamiento jurídico implementa para la modulación del ejercicio de los derechos

fundamentales mediante la apreciación de los principios de proporcionalidad, idoneidad y necesidad mediante los cuales se enjuician las restricciones (en nuestro caso empresariales) al ejercicio de un derecho fundamental por parte de las personas trabajadoras. Mediante la proyección hermenéutica de esos tres instrumentos se pretende limitar en lo posible las restricciones empresariales al ejercicio de un Derecho Fundamental, consintiendo que dicha restricción sólo se produzca si la medida es estrictamente imprescindible para la consecución de un objetivo de superior entidad, y solamente siempre que se garantice que dicha limitación se conduce de la manera menos gravosa para el derecho fundamental limitado.

De esta manera, el juicio de proporcionalidad cuestiona si la restricción al ejercicio del derecho fundamental es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto. El juicio de idoneidad, por su parte, pretende asegurar que la medida restrictiva operada es susceptible de conseguir el objetivo propuesto, en el sentido de ser técnicamente operativa para ello, y no inoportuna o inconsecuente. Mientras que con el juicio de necesidad pretende asegurarse que entre el abanico de opciones disponibles para la restricción se ha elegido la que menos daño provoca al derecho fundamental afectado, debiendo emplearse de entre todas las posibles la menos agresiva.

Como fácilmente se aprecia, las tres exigencias que se enuncian en la resolución -que no son excepción en este fallo, sino tónica general en los pronunciamientos del TJUE- caminan por la senda del principio de proporcionalidad patrio. Tienen el mismo objetivo, implementan reglas de garantía prácticamente idénticas, y operan con técnicas jurídicas bastantes similares.

3. STJUE de 13 de octubre de 2022 [C-344/20] L.F. y S.C.R.L.

A) Hechos del litigio principal

12. La resolución traída aquí para comentar no se circunscribe al derecho español, pero se analiza por la entidad de los debatido y las fáciles posibilidades de implementar sus soluciones para el ordenamiento jurídico patrio.

La demandante, que profesa la religión musulmana y porta “el pañuelo islámico” como prenda de vestir ordinaria (§ 14), presentó a la empresa una solicitud para realizar unas prácticas no remuneradas de seis semanas. En una entrevista personal para la concesión de las prácticas los encuestadores le hicieron saber la opinión positiva con respecto a su candidatura, pero le preguntaron si la candidata podía, de manera voluntaria, atenerse a la regla de neutralidad que había adoptado la empresa con respecto a la vestimenta, en concreto en referencia a no portar vestimentas que les identificaran con una determinada creencia filosófica o religiosa.

Esta norma precisa en su art. 46 que los trabajadores “*se comprometerán a respetar la política de estricta neutralidad imperante en la empresa*” y “*velarán por no manifestar en modo alguno, ya sea verbalmente, a través de la forma de vestir o de cualquier otra forma, sus convicciones religiosas, filosóficas o políticas, del tipo que sean*” (§ 16).

La trabajadora manifiesta que no está dispuesta a acatar el código de neutralidad y que no pretendía voluntariamente dejar de portar el referido velo islámico.

Aunque no existe una conexión directa entre su negativa a cumplir con el código ético de la empresa y el resultado de la selección de candidatos para las prácticas voluntarias, en el sentido de que no hay una concatenación de eventos de manera palmaria, lo cierto es no se dio curso a su solicitud (§ 18). Un mes más tarde la trabajadora solicitó otras prácticas similares “*proponiendo cubrirse la cabeza con otro tipo de tocado*” (§ 18). La empresa le comunica que no podía concederle dichas prácticas pues en las instalaciones en donde se llevan a cabo el desarrollo de la actividad laboral para la que se ha postulado “*no se permitía ninguna prenda que cubriera la cabeza, ya fueran gorras, gorros o pañuelos*” (§ 18).

La trabajadora entiende que ha sido discriminada indirectamente por motivos religiosos e intima la tutela jurisdiccional de sus derechos al entender que la verdadera causa que abriga la no selección para la realización de las prácticas en la empresa se sustenta en una discriminación por sus convicciones religiosas.

El órgano judicial patrio manifiesta serías dudas con respecto a la adecuación de ese código ético a la normativa comunitaria y plantea tres cuestiones prejudiciales.

En primer lugar, si la religión y las convicciones son dos criterios protegidos, o bien son dos manifestaciones del mismo criterio. En segundo lugar, si es razonable que la normativa nacional que desarrolla estas cuestiones, particularmente en cuanto a la religión, puede considerarse más favorables para la protección del principio de igualdad. Y, en tercer lugar, si el reglamento interno que pretende una neutralidad religiosa y de convicciones de todo tipo puede constituir una discriminación directa o indirecta si pone de manifiesto que la persona que profesa una determinada fe religiosa se encuentra en una situación menos favorables que aquellos que no profesan religión alguna, que profesen otra religión, o que tienen convicciones filosóficas.

B) Cuestión jurídica debatida

13. El trasfondo es determinar hasta qué punto puede una empresa, en uso de sus potestades y con el objetivo de proteger sus intereses legítimos, restringir el uso de una determinada indumentaria de uno de sus trabajadores porque manifiesta indubitadamente sus convicciones religiosas. Más concretamente, trata de analizar esta cuestión general en el contexto de una solicitud espontánea de una trabajadora para desarrollar unas prácticas en una empresa que no fue tenida en consideración precisamente por este motivo. La empresa, y este matiz es importante, no se abriga o escuda en otro tipo de razones para denegar la solicitud de prácticas voluntarias. Pregunta, ante la primera solicitud de la trabajadora, si estaría en condiciones de dejar de portar voluntariamente el velo islámico, desestimando su pretensión ante la negativa de la trabajadora. Y en la segunda solicitud deniega su pretensión de tocarse la cabeza con otro tipo de prenda porque el puesto que tiene que desarrollar no puede ser cubierto por una persona trabajadora que se cubra la cabeza con sombreros, tocados, pañuelos o atrezos similares. Pero en ningún momento oculta la razón por la que no la selecciona, ni emplea un subterfugio para selección a otra persona trabajadora. Directamente explica la razón, y esta es el cumplimiento del código ético que afecta a todos los trabajadores de la empresa.

Con eso se consigue desplazar el centro de atención del problema desde la eventual discriminación indirecta que sufre la trabajadora hacia la legitimidad del referido código ético. Queda claro, por otro lado, que ese código parece cumplirse por todos los trabajadores de manera estricta, sin permitir la empresa excepciones al respecto, siendo destacable también que las restricciones que implementa dicho código no son exclusivamente para símbolos religiosos, sino también para otro tipo de manifestaciones de conciencia, como son las filosóficas o políticas.

Y aunque no parece darle excesiva importancia la resolución es de destacar que la norma interna no sólo se refiera a manifestaciones relacionadas con la ropa, sino que también abarca a expresiones verbales o de cualquier otra forma sus convicciones internas y personales, pues lo que pretende la empresa es mostrar una neutralidad absoluta en relación con estas cuestiones y entiende que para ello es razonable que los trabajadores de la misma se abstengan de manifestarlas de cualquier manera posible.

No se trata, en definitiva, de una normativa directamente promulgada para proscribir la manifestación externa de una determinada forma de vestir, pues afecta también a las manifestaciones verbales y a otras formas de expresión -piénsese: escribir un blog mostrándose como trabajador de la empresa, interactuar en las redes sociales de la misma manera, etc.-; ni se trata de la imposición de una neutralidad religiosa exclusivamente, pues también afecta a la manifestación de convicciones políticas o filosóficas.

C) Normativa en presencia

14. Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación

Los considerandos 11 y 12 de la Directiva explican que “*La discriminación por motivos de religión.../...puede poner en peligro la consecución de los objetivos del Tratado, en particular el logro de*

un alto nivel de empleo y de protección social, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social, la solidaridad y la libre circulación de personas”, y que precisamente por ello se prohíbe en todo el ámbito de la Unión “*cualquier discriminación directa o indirecta por motivos de religión.../...en los ámbitos a que se refiere la presente Directiva*”.

Se tiene en consideración, además, el art. 1 para concretar el objeto de la Directiva; el art. 2 para especificar qué ha de entenderse por discriminación directa e indirecta; el art. 3 para especificar el ámbito objetivo de proyección de la directiva, entre los que se incluyen “*las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración*”; el art. 8 para consentir la implementación de disposiciones internas “*más favorables para la protección del principio de igualdad de trato que las previstas en la presente Directiva*”.

La normativa belga aplicable se detalla en los §§ 8 al 13, y aunque no es momento ni el lugar para un estudio pormenorizado de sus dictados sí es conveniente precisar que proscribía la discriminación por “*convicciones religiosas*”, siendo este uno de sus ámbitos protegidos de manera privilegiada, y que la eficacia de dicho principio se proyecta tanto en el ámbito público como en el privado, incluyendo, naturalmente el laboral. Es interesante precisar que se consiente que dicho principio no se proyecte sobre el ámbito laboral siempre que se justifique dicha ineficacia “*sobre la base de requisitos profesionales esenciales y determinantes*” (§ 13), es decir, que la normativa adoptada sobre la restricción de las convicciones contiene excepciones que se relacionan directamente con la actividad laboral con la que se conecta.

D) Resolución del Tribunal

15. El Tribunal entiende, con respecto a la cuestión esencial, que la normativa comunitaria no se opone a que una reglamentación laboral que en una empresa prohíba a los trabajadores manifestar de manera verbal o mediante su manera de vestir sus convicciones religiosas (también filosóficas o de otro tipo) siempre que dicha normativa “*se aplica de forma generalizada e indiscriminada*”, no existiendo una discriminación para aquellos trabajadores “*que pretendan ejercer su libertad de religión y de conciencia mediante el uso visible de un signo o de una prenda de vestir con connotaciones religiosas*” (§ 42).

El Tribunal parte para su argumentación de la doctrina que emana de la STJUE de 15 de julio de 2021 (C-804/18 y C-341/19) Wabe y MH Müller Han, mdel, que básicamente consiste en entender discriminatorio la prohibición empresarial que sólo prohíbe llevar signos de gran tamaño y vistosos que reflejen convicciones religiosas o filosóficas.

Más allá de que no se sabe muy bien cómo se van a poder portar grandes símbolos filosóficos (no es fácil imaginar a un trabajador con una camiseta con la cara de Kant o de Nietzsche, menos aun de Hegel, ni a otro que se lleve a su oficina una fotografía del crepuscular y polémico Knut Hamsun), por lo que, en realidad, tanto esta norma como la controvertida en nuestro caso, afecta prioritariamente a símbolos religiosos, lo que sí parece quedar claro es que estamos en presencia de una cuestión controvertida, que requiere una solución detallada caso por caso. Porque, con idéntica fuerza expansiva, ha declarado que no constituye una discriminación directa por motivos de religión la aplicación de una norma interna de una empresa privada que prohíbe llevar cualquier signo visible de convicción política, filosófica o religiosa en el lugar de trabajo (STJUE de 14 de marzo de 2017 (C-157/15) G4S Secure Solutions), siempre y cuando se trate por igual a todos los trabajadores de la empresa, y se imponga esta política interna de manera general e indiferenciada para todos los trabajadores.

E) Apunte final

16. El arco de bóveda que sostiene la argumentación del Tribunal de Justicia viene dado por la justificación que expone la empresa para hacer valer la vigencia de su reglamento laboral, particularmente cuando sostiene que éste “*no genera discriminación directa, puesto que trata por igual a todos los trabajadores de la empresa, ya que les impone, de forma general e indiferenciada, especialmente*

una neutralidad indumentaria que se opone al uso de signos visibles de sus convicciones religiosas, filosóficas o políticas” (§ 20).

La clave laboral del asunto no puede olvidar que la utilización de un pañuelo no refleja directamente la profesión de una determinada fe religiosa, pues podía llevarse por varias razones diferentes: estética, cultural, de salud, etc., por lo que la discriminación por utilizar esa prenda de vestir o bien obliga a que la persona que la porta declare cuál es su fe religiosa, circunstancias prohibida por el ordenamiento comunitaria y que en este caso no ha acontecido, o bien se la discrimina en base a la existencia un perjuicio generalizado en la sociedad, pues se supone que se lleva dicho pañuelo por una razón religiosa, sin realmente constatar cuál es la razón por la que se emplea (§ 23.3.b]).

Lo verdaderamente trascendente es que se desecha que exista una discriminación directa, pues es evidente que no ha sido tratada de manera diferente a cualquier otro trabajador que haya manifestado en público y de manera ostensible sus creencias religiosas, filosóficas o políticas (§ 36).

Y también se desecha que exista una discriminación indirecta, pues existe una finalidad legítima en la empresa de fomentar un régimen de neutralidad, política, filosófica o religiosa, “*en las relaciones con los clientes, tanto del sector público como del sector privado*” (§ 39), y la reglamentación interior de la empresa se ha aplicado de manera general e indiferenciada para cualquier trabajador (§ 42).

España a la cabeza en la litigación derivada del cártel de los fabricantes de camiones. Primeras sentencias del Tribunal Supremo Español y su relevancia en Europa

Spain leading the way in the truck's cartel litigation. First rulings by the Spanish Supreme Court and their relevance in Europe

BEN BORNEMANN

Director General de Cartel Damage Claims SRL

DRA. JULIA SUDEROW*

*Profesora del Departamento de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Deusto
Abogada*

Recibido: 08.09.2023 / Aceptado: 13.09.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.8092

Resumen: En un conjunto de 15 sentencias de casación, el Tribunal Supremo resuelve cuestiones fundamentales para la aplicación privada del Derecho de la Competencia en la jurisdicción española pero que se proyectan sobre el resto de los Estados miembros en procedimientos muy similares. Estas sentencias analizan, entre otras cosas, la facultad del juez para estimar los daños y perjuicios, la (no) necesidad de acceder a las fuentes de prueba inter partes, la proporcionalidad y las normas para los informes periciales económicos, así como los intereses y la prescripción. Las quince sentencias condenan a los miembros del cártel de camiones a indemnizar a diversos compradores de camiones con un porcentaje mínimo del 5% del valor de la compraventa más intereses. Este cartel ha generado la mayor ola de litigación antitrust en Europa tanto a nivel nacional como ante el TJUE que se ha pronunciado ya en diversas ocasiones, la más reciente en el asunto Tráficos Manuel Ferrer**.

Palabras clave: Camiones, estimación judicial del daño, cártel, Tribunal Supremo, Tráficos Manuel Ferrer, acceso a las fuentes de prueba, econometría.

Abstract: In a series of 15 cassation judgments, the Supreme Court resolves fundamental issues for the private application of competition law within the Spanish jurisdiction, but which are projected to the rest of the Member States in very similar proceedings. These judgments analyse, among other things, the judge's power to assess damages, the (non-) necessity of access to evidence inter partes, proportionality and the rules on economic expert testimony, as well as interests and limitation. The fifteen judgments

* Ben Bornemann es Director General de Cartel Damage Claims SRL y jefe de operaciones del Grupo CDC. Una empresa del Grupo CDC dirige dos grandes demandas por daños y perjuicios contra miembros del cártel de camiones en los Países Bajos. Julia Suderow es profesora del Departamento de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Deusto, abogada y letrada, y representa a un grupo de empresas perjudicadas contra el cártel de camiones en los tribunales españoles. Este artículo refleja únicamente sus opiniones personales.

**STJUE, sentencia de 16.2.2023, C 312/21, ECLI:EU:C:2023:99 - Tráficos Manuel Ferrer, con comentarios *Kersting*, WuW 2023, 189 y ss.

condemned the members of the truck cartel to compensate various truck purchasers with a minimum of 5% of the purchase value plus interest. This cartel has generated the largest wave of antitrust litigation in Europe, both at national level and before the ECJ, which has already ruled on several occasions, most recently in the *Tráficos Manuel Ferrer* case.

Keywords: Trucks, judicial estimation of the harm, cartel, Supreme Court, *Tráficos Manuel Ferrer*, access to evidence, econometrics, private enforcement of competition law

Sumario: I. Introducción. II. Los casos concretos. III. Las resoluciones del Tribunal Supremo 1. Insuficiencia del informe pericial de las demandadas. 2. Insuficiencia del informe pericial de los demandantes. 3. Estimación judicial de los daños. 4. Intereses. 5. Prescripción. IV. Relevancia para la práctica. 1. España. 2. Europa. 3. Valoración.

I. Introducción

1. Seis años después del inicio de la mayor avalancha de reclamaciones contra un cártel transnacional, el cártel de fabricantes de camiones, los días 12, 13 y 14 de junio de 2023, culminan en sede judicial el periplo de diversas empresas. El Tribunal Supremo (en adelante, “TS”) ha dictado 15 sentencias que culminan en sede judicial, el periplo judicial de diversas empresas de transporte nacionales contra cinco de las seis empresas sancionadas por la Comisión Europea en el año 2016 por constituir acuerdos colusorios de larga duración que ha afectado la práctica totalidad del mercado de compraventa de camiones entre los años 1996 y 2011. En el presente artículo analizamos las siguientes sentencias del TS:

Fecha de la sentencia	ECLI Tribunal Supremo	ECLI de la instancia inferior	Partes
12/06/2023	ES:TS:2023:2492	ES:APV:2019:4152	Jenaro contra Fiat Chrysler
12/06/2023	ES:TS:2023:2472	ES:APV:2020:1165	Lorenzo vs Fiat Chrysler CNH Industrial
12/06/2023	ES:TS:2023:2495	ES:APZ:2020:2008	Nazario contra CNH Industrial
12/06/2023	ES:TS:2023:2473	ES:APB:2020:2567	Raimundo contra CNH Industrial
12/06/2023	ES:TS:2023:2475	ES:APBI:2020:265	Eulen contra CNH Industrial e Iveco
12/06/2023	ES:TS:2023:2474	ES:APV:2020:3547	José contra Iveco
13/06/2023	ES:TS:2023:2476	ES:APV:2019:4150	Melchor contra MAN
13/06/2023	ES:TS:2023:2477	ES:APV:2020:3500	Luis María contra MAN
13/06/2023	ES:TS:2023:2497	ES:APPO:2020:1243	Sánchez Álvarez contra MAN
13/06/2023	ES:TS:2023:2478	ES:APZ:2020:2046	Hermanos Bailón vs. MAN
14/06/2023	ES:TS:2023:2479	ES:APV:2019:5941	Grúas Jordán vs. VOLVO
14/06/2023	ES:TS:2023:2480	ES:APV:2020:292	Llácer y Navarro contra VOLVO
14/06/2023	ES:TS:2023:2493	ES:APZ:2020:1717	Gestión de infraestructuras civiles contra Daimler
14/06/2023	ES:TS:2023:2494	ES:APV:2020:3508	Javier contra DAF
14/06/2023	ES:TS:2023:2496	ES:APZ:2020:1693	Transportes Especiales vs.

2. En España, a diferencia de otros estados miembros, hasta junio de 2023, se han dictado alrededor de 2.300 sentencias en segunda instancia. Las audiencias provinciales han desestimado la demanda en alrededor del 6% de los casos, por motivos de prescripción o falta de legitimación pasiva.¹ En el 94% restante de las sentencias, se concedieron indemnizaciones por daños y perjuicios estimando

¹ En primera instancia, algunos jueces no concedieron ninguna indemnización porque los demandantes no habían probado ningún daño. Sin embargo, estas sentencias fueron revocadas en segunda instancia, véase, por ejemplo, SJM O 913/2023 - ECLI:ES:JMO:2023:913.

las demandas parcial o totalmente. Dentro de las estimaciones se observa que en el 30% de los casos, las audiencias han admitido la demanda y han seguido la argumentación de los demandantes, aunque a en algunas ocasiones con rebajas del 30%. En la mayoría (más del 60%) de las sentencias, sin embargo, los tribunales de instancia y las audiencias provinciales han rechazado la cuantificación realizada por los informes periciales de ambas partes completamente las opiniones de los expertos de ambas partes y han optado por la estimación judicial del sobreprecio relacionado con el cártel, sin recurrir a métodos econométricos. Estas estimaciones oscilan entre el 5% y el 10%, pero en la mayoría de los casos (en torno al 47% de las sentencias) se sitúan en el mínimo del 5%².

Es importante resaltar que las presentes resoluciones del TS se refieren a las primeras sentencias de segunda instancia, principalmente de los juzgados de Valencia y Zaragoza.

II. Los casos concretos

3. En los 15 primeros casos que ha tratado el TS, la situación tras la segunda instancia se resumía del siguiente modo:³ En todas las sentencias, los peritajes económicos de los demandados, basados en el daño 0% fueron rechazados por poco convincentes. En 14 procedimientos, los tribunales también rechazaron los dictámenes periciales presentados por los demandantes por considerar que no acreditaban el perjuicio sufrido. En estos casos, los propios jueces evaluaron las características del cártel y sus efectos en el mercado. Aunque la heterogeneidad de los productos y las negociaciones individuales podían complicar los acuerdos, en su opinión la larga duración (14 años), la elevada cuota de mercado (más del 90%) y el amplio ámbito geográfico de influencia (todo el EEE) del cártel indican que la conducta tuvo efectos notables en el mercado.⁴ Basándose en estas y otras conclusiones de la decisión de la Comisión Europea, así como en estudios como la Guía de cuantificación del daño de la Comisión Europea, los tribunales de primera y segunda instancia estimaron un sobreprecio del 5% como daño mínimo conservador provocado por el cártel.

4. En un caso, en el asunto ECLI:ES:TS:2023:2475 (Eulen contra CNH Industrial e Iveco), la Audiencia Provincial. confirmó la sentencia del juzgado de lo mercantil de primera instancia que, tras el informe pericial del demandante, había concedido daños y perjuicios por un importe equivalente al 15% del precio de compra (más intereses).

III. Las resoluciones del Tribunal Supremo

5. El Tribunal Supremo ha confirmado las decisiones de los tribunales inferiores. Cabe destacar los siguientes aspectos:

1. Insuficiencia del informe pericial de las demandadas

Las quince sentencias del TS confirman el rechazo a los informes periciales de las empresas demandadas, confirmando en buena medida las conclusiones alcanzadas por las Audiencias Provinciales. En particular, el TS rechaza con firmeza los intentos de las demandadas de recalificar el cártel como un mero intercambio de información y/o de argumentar que el efecto sobre los precios finales era imposible

² *Francisco Marcos*, Reclamación de daños y perjuicios por cártel de camiones: Mil y una Sentencias dictadas por los Tribunales de Apelación españoles (07 de octubre de 2022). *Journal of European Private Law* 1/2023, Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4255889>. *Francisco Marcos* publica regularmente las últimas cifras en posts en LinkedIn; resumimos aquí sus cifras publicadas a finales de junio de 2023.

³ En las sentencias de primera instancia se concedieron incrementos de precios de entre cero (daño no probado) y el 15%.

⁴ Así también LG Dortmund, pedido de referencia del 27. 9. 2021 - 8 O 4/18 Kart - LKW-Kartell = NZKart 2021, 704, número marginal 8 y ss..

debido a la red de distribución de los camiones en España, posibles descuentos o negociaciones individuales. Por lo tanto, los argumentos de defensa basados en un mero intercambio de información inocuo y los correspondientes informes periciales habían de ser rechazados. En este sentido el TS sigue una línea de argumentación muy similar a la confirmada por el Tribunal Supremo Alemán, BGH, en su reciente sentencia *LKWII* relativa al mismo cártel⁵. Así el TS concluye:

Sentado lo anterior, si existe un cártel que ha elevado los precios brutos, esos posibles descuentos se habrán producido desde un nivel de precios más alto que si no hubiera existido el cártel. En definitiva, por más que intervengan diversos factores en la fijación del precio final, si se parte de un precio bruto superior al que habría resultado de una concurrencia no distorsionada por el cártel, el precio final también será más elevado⁶.

6. Al igual que muchos tribunales españoles, el TS cita la sentencia sobre el cártel de camiones del Tribunal de Distrito holandés de Amsterdam en *CDC y otros contra DAF Trucks y otros*⁷, en particular la metáfora sobre un cártel y sus efectos como una marea creciente que levanta todos los barcos (precios) utilizada por los economistas *Schinkel* y *Harrington*⁸. Los factores específicos del cliente y de la transacción, como el poder de negociación del comprador, existen con o sin cártel. Estas fluctuaciones individuales son como olas que existen tanto durante la marea baja como durante la marea alta. Pero las fluctuaciones no cambian el hecho de que, por norma, un barco está más alto en marea alta que en marea baja.

7. El TS también rechaza el argumento de las demandadas que negaban el nexo causal entre los denominados “precios de lista”⁹ y los precios finales de venta. Según el TS -como la inmensa mayoría de los tribunales inferiores- resulta inverosímil que los directivos de seis multinacionales dediquen tiempo y recursos a diversas reuniones con sus competidores durante un periodo de 14 años para ponerse de acuerdo sobre métricas irrelevantes e inocuas, especialmente si ello expone a sus empresas al riesgo de multas récord como las impuestas por la Comisión Europea. Así mismo, resulta igual de inverosímil que los niveles inferiores de distribución hayan absorbido esencialmente el impacto de la colusión durante un periodo de 14 años reduciendo sus propios márgenes¹⁰.

8. En particular, en la sentencia *Llácer y Navarro vs. AB VOLVO*, el TS analiza en detalle el informe presentado por la demandada. En primer lugar, resultaba problemático que el dictamen pericial negara cualquier efecto en el mercado. No obstante, el TS también reconoce expresamente que la supuesta ausencia de efectos o el sobreprecio cero no lleva a la descalificación automática del informe pericial, ya que esto equivaldría a la presunción de los efectos del cártel. El origen de los datos, privados de la propia demandada y no públicos, tampoco lleva al rechazo automático. Ahora bien, la selección sesgada de datos de un tipo o momento determinado sí descalificaría el informe pericial. En el presente caso, el Tribunal Supremo considera que la base de datos con datos de la demandada a partir del año 2003 y hasta el año 2016 no permite un análisis razonable del sobreprecio ya que la conducta comienza en el año 1997. En este sentido, el TS sigue las conclusiones de la Audiencia Provincial de Valencia que considera que omitir el periodo desde el año 1997 hasta el año 2002 pasa por alto buena parte del efecto, distorsionando el ejercicio de cuantificación. Además, el TS se remite a la decisión de la propia

⁵ Del mismo modo, la sentencia del Tribunal Supremo alemán, BGH, sentencia 13.04.2021 - KZR 19/20, LKW-Kartell II = NZKart 2021, 566 .

⁶ STS, 12 de junio de 2023, Eulen contra CNH Industrial e Iveco, ES:TS:2023:2475, apartado 11.

⁷ ECLI:NL:RBAMS:2021:2391, Rechtbank Amsterdam de 20 de mayo de 2021 RETAIL CARTEL DAMAGE CLAIMS S.A. et al. v. DAF Trucks N.V. et al.

⁸ Profesor *Maarten Pieter Schinkel*, Universidad de Ámsterdam; Profesor *Joseph Harrington*, Universidad de Pensilvania. Véase al respecto J. Harrington: *The Anticompetitiveness of Sharing Prices*, disponible en [Harrington_Sharing Prices_20.03.26.pdf \(joeharrington5201922.github.io\)](https://github.com/joeharrington5201922)

⁹ El término “precios de catálogo” no debe ocultar el hecho de que éstos eran estrictamente internos del fabricante.

¹⁰ Del mismo modo, el BGH, sentencia 13.04.2021 - KZR 19/20, LKW-Kartell II = NZKart 2021, 566: “*El precio de compra del distribuidor así determinado determina entonces también qué precios y qué descuentos puede conceder el distribuidor razonablemente y teniendo en cuenta sus propios intereses al cliente final*”.

Comisión Europea que en su apartado 102 declara que en el año 2016 no constaba con seguridad que la infracción hubiera terminado realmente en su totalidad e invitó a las empresas a poner fin a la infracción si aún no lo habían hecho. Así las cosas, el TS confirma a las Audiencias Provinciales que habían concluido que el período hasta 2016 no podía considerarse como un período de control adecuado y completamente intacto. Por lo anterior, el alto tribunal confirma que los jueces ejercieron correctamente su discrecionalidad al considerar poco convincente el informe pericial de la demandada.

2. Insuficiencia del informe pericial de los demandantes

9. En ninguno de los casos resueltos, los demandantes habían recopilado datos sobre las transacciones con la suficiente calidad y cantidad como para realizar un análisis econométrico apropiado y razonable para este caso. Los informes periciales de los demandantes se basan en meta datos o meta-estudios transversales sobre el beneficio que genera un cártel recopilados por *Connor y Lande*¹¹ en general y/o en la literatura y estudios que analizan estos conjuntos de datos o subconjuntos específicos de los mismos (los más famosos son los *estudios de Oxera*¹² y *Smuda*¹³). Sobre la base de estos estudios concluyen que el porcentaje de sobreprecio se encuentra entre un 15% o 20% del precio pagado por el camión. Así, los informes periciales aportados ignoran las recomendaciones de la propia Comisión Europea y resultan genéricos. En este sentido el TS confirma catorce de las quince sentencias que rechazaban estos informes por resultar inadecuados para cuantificar los efectos de este cártel en concreto. El TS está de acuerdo con 14 de las 15 resoluciones del Tribunal de Apelación y rechaza de plano estos meta-estudios por resultar inapropiados para cuantificar los efectos de este cártel en concreto.

3. Estimación judicial de los daños

10. Tras miles de sentencias en España y cientos de sentencias en otros estados miembros, por primera vez un alto Tribunal se pronuncia sobre la estimación judicial en una acción concreta contra un cártel transnacional, cogiendo el guante con seguridad. En efecto, el TS ha confirmado la validez de la solución adoptada por la Audiencia Provincial de Valencia y seguida por la mayoría de los juzgados de lo mercantil y audiencias provinciales. Esta cuestión es de suma relevancia práctica y facilita la administración de justicia en este tipo de casos; marcada por la asimetría informativa, la ausencia de pruebas directas y de gran complejidad técnica. Los demandados habían argumentado a este respecto que los demandantes no habían cumplido con su carga de la prueba porque, como también señalaron los tribunales inferiores en 14 de los 15 casos, tan sólo habían presentado informes periciales genéricos insuficientes para la cuantificación en este caso concreto. Además, los demandantes tampoco habían hecho uso del acceso a fuentes de prueba previsto para este tipo de casos; (artículo 283 bis a) - artículo 283 bis k LEC). Por ello, la incapacidad para probar el daño se debía a su propia inacción y el juez no puede sortear la falta de pruebas con la estimación judicial que está reservada a casos en los que la cuantificación resulta imposible.

11. El TS no comparte esta opinión y afirma que en este caso la dificultad o imposibilidad de cuantificar el daño no se debió a la inactividad del reclamante. Para ello, enumera las razones que hacen extraordinariamente difícil la cuantificación en el presente caso:

- No existía un mercado geográfico de referencia adecuado, ya que el cartel abarcaba toda la UE.
- Una comparación temporal es difícil debido a la larga duración del cártel.

¹¹ Véase más recientemente: J. CONNOR, y R. LANDE, *The Prevalence and Injuriousness of Cartels Worldwide* (2023). Elgar Research Handbook on Cartels (Peter Whelan editor; Edward Elgar Publishing Ltd, Reino Unido) (2023 de próxima publicación), University of Baltimore School of Law Legal Studies Research Paper Forthcoming, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4319572>).

¹² Oxera Consulting: *Quantifying antitrust damages. Towards non-binding guidance for courts*, estudio encargado por la Comisión Europea, ISBN 978-92-79-14685-5, doi 10.2763/36577 (pdf).

¹³ F. SMUDA: *Cartel Overcharges and the Deterrent Effect of EU Competition Law*, ZEW Discussion Paper No. 12-050.

- La heterogeneidad de los productos hace que la modelización sea muy compleja.
- La decisión de transacción o settlement de la Comisión Europea contenía menos detalles que una decisión ordinaria de la Comisión.
- Debido a la naturaleza paneuropea del cártel, muchos documentos relevantes no estaban en español y, por lo tanto, pueden ser difíciles de entender para los demandantes en caso de que los soliciten en la presentación de pruebas.
- Muchos demandantes habían asumido, comprensiblemente, que el plazo de prescripción, de acuerdo con la legislación española anterior a la transposición de la Directiva de daños y perjuicios, era de sólo un año a partir de la publicación de la decisión sumaria de la Comisión Europea, lo que dejaba poco tiempo para un análisis en profundidad¹⁴.
- Los casos resueltos por el TS en esta primera oleada se inician en el año 2018, cuando los requisitos legales aún no estaban claros y la evaluación fáctica de la infracción en toda Europa estaba aún en pañales.

12. Debido a estas dificultades, el TS concluye que el hecho de que la parte actora se basara en un informe pericial insuficiente para la cuantificación no equivale a “*inactividad probatoria*”, ni tampoco el hecho de que los demandantes no intentaran utilizar los instrumentos de acceso a fuentes de prueba. En el contexto de estas observaciones, el TS hace dos comentarios sumamente relevantes para la práctica:

- (i) El acceso a fuentes de pruebas *entre las partes*, tal como se practica actualmente en España, difícilmente sería útil en el presente caso y el esfuerzo requerido sería desproporcionado en relación con la indemnización solicitada (a menudo las reclamaciones sólo afectan a un puñado de camiones).
- (ii) En los grandes pleitos iniciados ante el Tribunal de Apelación de la Competencia del Reino Unido (*Competition Appeal Tribunal, CAT*)¹⁵, en los que la amplia fase de acceso a fuentes de prueba y *discovery* entre las partes ha constituido la base de los análisis econométricos, el CAT también ha acabado rechazando los análisis de ambas partes y ha estimado judicialmente el efecto sobre los precios en un 5%.

13. El Tribunal Supremo afirma que la estimación judicial en este tipo de casos no constituye una aplicación retroactiva inadmisibles de las disposiciones de la Directiva 2014/104 de daños y perjuicios de defensa de la competencia que establecen una presunción de daños y perjuicios, ya que la legislación procesal española siempre ha permitido una presunción de la existencia del de los daños y perjuicios en determinados casos conforme a lo establecido en el artículo 386 LEC¹⁶.

Esta presunción de existencia del daño, fundada en el art. 386 LEC, no es una presunción legal, y tampoco es iuris et de iure, por lo que admitiría prueba en contrario. Conforme al apartado 3 de este precepto, “frente a la posible formulación de una presunción judicial, el litigante perjudicado por ella siempre podrá practicar la prueba en contrario a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior”. El art. 385.2 LEC, aplicable por vía de remisión, admite que la prueba en contrario pueda dirigirse “tanto a probar la inexistencia del hecho presunto como a demostrar que no existe, en el caso de que se trate, el enlace que ha de haber entre el hecho que se presume y el hecho probado o admitido que fundamenta la presunción”. En el caso de la litis, según resulta de la valoración hecha en la instancia, el informe pericial de la demandada no ha desvirtuado las bases sobre las que se ha fundado la presunción ni su resultado. En consecuencia, debemos partir del hecho presunto (existencia del daño) como hecho cierto.

14. Además, las sentencias comentadas nos recuerdan un principio elemental del Derecho de la Competencia: Los cárteles son ilegales precisamente porque suelen (“*Id quod plerumque accidit*”) provocar un incremento artificial de los precios.

¹⁴ Véase al respecto el apartado 5.

¹⁵ 1284/5/7/18 (T) Royal Mail Group Limited contra DAF Trucks Limited y otros; 1290/5/7/18 (T) BT Group PLC y otros contra DAF Trucks Limited y otros - [2023] CAT 6.

¹⁶ ES:TS:2023:2492 - Jenaro contra Fiat Chrysler 6.15 y 6.24.

El TS también señala que, a la vista de las características del cártel, los tribunales de primera instancia acertaron al concluir que el cártel de camiones no podía pertenecer al “7 %” de cárteles que, según el *Informe Oxera*, no causan precios excesivos. A la objeción de los demandados de que el 5 % como “mínimo conservador” es arbitrario y que los tribunales podrían haber fijado un porcentaje inferior, el TS replica que lo mismo se aplica a un porcentaje superior y que los demandados confunden arbitrariedad con discrecionalidad judicial y que ambas partes han podido probar un porcentaje superior o inferior sobre la base de informes periciales adecuados.

15. En la sentencia *Eulen contra CNH Industrial e Iveco*, en la que la Audiencia Provincial había confirmado el sobrecoste del 15% concedido por el tribunal de primera instancia (sobre la base del dictamen pericial del demandante basado únicamente en metaestudios), el TS redujo el porcentaje del sobreprecio al 5% y declaró¹⁷:

Estas circunstancias descritas en la Decisión son también suficientes para entender que ese daño no fue insignificante o meramente testimonial. Ahora bien, no se ha probado que ese daño superara el mínimo previsible en un cártel de esas características, que una generalidad de tribunales ha fijado prudentemente en un 5% del coste de los camiones, pues, como se ha dicho, los tribunales de instancia han negado eficacia probatoria al informe pericial de la demandante, que fijaba el daño en un porcentaje superior de sobreprecio. Al no haber resultado probado que el importe de ese daño haya sido superior a ese mínimo del 5% del precio del camión, el ejercicio de las facultades estimativas que el ordenamiento jurídico atribuía a los tribunales antes incluso de la trasposición de la Directiva, como consecuencia directa del principio de indemnidad derivado de los arts. 1902 CC y 101 TFUE, no les permite fijar una indemnización superior. Esto es, mientras no se acredite que el importe del daño ha sido superior a ese porcentaje mínimo del 5%, la demandante no puede pretender una indemnización superior a ese porcentaje. Por tal razón ha de estimarse en parte el recurso de casación y reducir la indemnización acordada en la sentencia a un 5% del precio pagado por la compra de los camiones.

4. Intereses

16. El TS aclara que los intereses legales se devengan desde el momento en que se produce el daño, es decir, desde el pago. La razón no es el retraso (“mora”), sino el principio de reparación íntegra. Por tanto, los argumentos esgrimidos por los demandados en contra (*in illiquidis non fit mora*¹⁸) eran erróneos. Para ello, se remite al principio del pleno resarcimiento y a la jurisprudencia de la UE, empezando por *Marshall* (1993)¹⁹, así como a la guía práctica de la Comisión²⁰ sobre este punto y confirma que se trata de una cuestión de *acervo* comunitario, que no ha hecho sino ser codificada por la Directiva de Daños, como se ha reafirmado recientemente en *Tráficos Manuel Ferrer*²¹.

5. Prescripción

17. En cuanto a la prescripción, el TS, siguiendo la jurisprudencia del TJUE en *Volvo y DAF Trucks*, establece que aunque el plazo de prescripción de cinco años introducido por la Directiva de Daños no conlleva la reactivación de las reclamaciones prescritas, el nuevo plazo de prescripción se aplica

¹⁷ STS, 12 de junio de 2023, *Eulen contra CNH Industrial e Iveco*, ES:TS:2023:2475, apartado 24.

¹⁸ Esta doctrina del derecho romano, invocada por los demandados y citada por el TS establece: El deudor de un crédito no cuantificado con precisión en términos monetarios (no líquido) no puede estar en mora. La doctrina siguió siendo relevante en el derecho español durante mucho tiempo, pero debe considerarse obsoleta desde al menos 2010, véase sentencia del Tribunal Supremo de 22.10.2010 STS 5778/2010 - ECLI:ES:TS:2010:5778.

¹⁹ ECLI:EU:C:1993:335.

²⁰ Documento de trabajo de los servicios de la Comisión Guía práctica Cuantificación del perjuicio en acciones por daños y perjuicios basadas en infracciones de los artículos 101 ó 102, apartado 24.

²¹ STJUE, sentencia de 16.2.2023, C 312/21, ECLI:EU:C:2023:99 - *Tráficos Manuel Ferrer*.

a aquellas reclamaciones que aún no habían prescrito en el momento de la entrada en vigor de la nueva normativa²². El TS aclara que el hecho de que el legislador español no haya transpuesto la Directiva en plazo no debe ir en detrimento de los reclamantes. Así, el nuevo plazo de prescripción también beneficia a aquellas reclamaciones cuya prescripción se hubiera producido bajo la antigua legislación entre la fecha de finalización del plazo de transposición y la efectiva transposición.²³ El TS confirma los criterios seguidos por las Audiencias Provinciales y fija el *Dies a quo* para el inicio del plazo de prescripción de cinco años (*dies a quo*) en la fecha de publicación del resumen de la Decisión final de la Comisión en el Diario Oficial de la Unión Europea el 6 de abril de 2017.

IV. Relevancia para la práctica

1. España

18. Como no podía ser de otra forma, el TS no entra en los detalles de los informes periciales con la misma profundidad que los juzgados de instancia. No obstante, el TS resuelve con seguridad las dudas planteadas por las miles de sentencias existentes y en buena medida pendientes de casación.

19. Y es que el TS deja claro que, en los procedimientos de daños y perjuicios sobre el cártel de camiones, en los que los tribunales de instancia valoraron como poco convincentes los peritajes tanto del demandante como del demandado (como se ha dicho, esto afecta a cerca del 60% de las sentencias de segunda instancia), debe estimarse un sobreprecio del 5% en función de las características de esta infracción. Por un lado, la estimación de los daños debe limitarse a este “daño mínimo conservador” si el informe pericial del demandante se basa únicamente en metaestudios (ECLI:ES:TS:2023:2475, *Eulen c. CNH Industrial e Iveco*). Por otro lado, para aquellos demandantes que han recopilado datos de transacciones específicos de cada caso y han desarrollado modelos estadísticos basados en ellos, un sobreprecio del 5% relacionado con el cártel no es en absoluto el límite superior. En tales casos, el TS deja margen para que los tribunales de instancia sigan las opiniones de los demandantes y asuman también un incremento de precios relacionado con el cártel superior al 5%. Precisamente, observamos determinadas sentencias en las que se está siguiendo este criterio: Así, la Audiencia Provincial de Huesca, por ejemplo, siguió íntegramente el informe pericial económico del demandante en su sentencia de 14 de julio de 2023²⁴. La pericial allí presentada no sólo se basa en meta-estudios, sino que realiza una regresión a partir de un conjunto de datos propios, que la Audiencia Provincial de Huesca considera suficientes y convincentes. En el mismo sentido se han pronunciado recientemente las Audiencias Provinciales de Logroño²⁵, La Coruña²⁶ y Ávila²⁷.

20. Especial mención merece también la reciente sentencia de 1 de septiembre de 2023 del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Alicante, nº 39/2023 que adelanta la principal cuestión no resuelta por el TS y que afecta principalmente a la segunda fase de la ola de litigación, caracterizada por informes periciales de los demandantes que incorporan un análisis econométrico sobre los datos propios disponibles pero que no han hecho uso del acceso a fuentes de prueba: *¿Debe tratarse de igual manera al litigante que ha acudido al Tribunal con un metaestudio y ha obtenido una indemnización por daño mínimo que a aquel que ha realizado un esfuerzo probatorio significativo?*

²² TJUE Judt. 22.6.2022, C-267/20, ECLI:EU:C:2022:494, NZKart 2022, 392 - Volvo AB y DAF Trucks NV ./ RM.

²³ Esta cuestión es relevante en 21 (¡!) Estados miembros que incumplieron el plazo de transposición, véase el DOCUMENTO DE TRABAJO DE LOS SERVICIOS DE LA COMISIÓN sobre la aplicación de la Directiva 2014/104/UE, SWD (2020) 338 final, de 14 de diciembre de 2020.

²⁴ Sentencia 159/2023 de la Audiencia Provincial de Huesca, 14.7.2023. ECLI aún no disponible. .

²⁵ Sentencia 289/2023 de la Audiencia Provincial de Logroño de 29.6.2023. ECLI aún no disponible.

²⁶ Sentencia 447/2023 de la Audiencia Provincial de La Coruña de 15.6.2023. ECLI aún no disponible.

²⁷ Sentencia 198/2023 de la Audiencia Provincial de Ávila de 5.7.2023. ECLI aún no disponible.

21. El Juzgado de lo Mercantil de Alicante considera que existirían dos soluciones:

1. Defender la coexistencia de dos sistemas de daños (estimación basada en el daño mínimo y prueba de un porcentaje inferior o superior).
2. *Superar el criterio de estimación cuantitativa de las costas procesales de forma que en aquellos casos en los que se entienda que exista un esfuerzo probatorio significativo y aún así, no se hubiera logrado acreditar el daño concreto por resultar prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificar con precisión los daños y perjuicios sufridos sobre la base de las pruebas disponibles, debe considerarse que la estimación es sustancial.*

Sin perjuicio de esto, el juzgado concluye que existe una tercera vía que hace ambas soluciones posibles: estimación del daño real y concesión de costas²⁸. Así, la citada sentencia concede una indemnización del 5% siguiendo el criterio del TS y los intereses compuestos, por referencia al interés legal del dinero para cada anualidad, desde la fecha de adquisición del vehículo hasta la fecha de presentación de la demanda y las costas.

22. El TS ha subrayado reiteradamente que no es una tercera instancia fáctica y que, por tanto, sólo intervendrá en la valoración de los dictámenes periciales de los tribunales inferiores si son manifiestamente erróneos (jurídicamente) o arbitrarios. Así, parece probable que el TS no admita o desestime los recursos de casación de los demandados que puedan interponerse contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca (y otras similares). El TS también podría tolerar distintas valoraciones de distintos tribunales inferiores, siempre que ninguna de ellas sea manifiestamente errónea.

23. A la vista de las decisiones de los tribunales de instancia descritas en II 2), parece posible predecir que en aproximadamente el 60% de los casos de segunda instancia debería establecerse la compensación en un 5% y en otro 30% de los casos “en un mínimo” del 5%, con un margen (considerable) de mejora que puede llegar a la estimación total de la demanda.

24. De momento, el TS omite un aspecto esencial en relación a la existencia del daño: Por un lado, afirma que, por las características de la infracción, cabe presumir que el cártel produce daños. Por otro lado, el TS afirma que un dictamen pericial también puede llegar a la conclusión de daño cero, sin que por ello sea per se irrelevante. En los 15 casos aquí analizados, los peritos de la parte demandada incurrieron en diversos errores metodológicos, por lo que las Audiencias Provinciales calificaron los informes periciales como insuficientes. El TS podría dejarlo así para certificar a las audiencias provinciales que ejercieron su discrecionalidad sin incurrir en arbitrariedad. Sin embargo, sigue sin estar claro cómo tratar los casos en los que los peritos del demandado no muestran ninguna de esas discrepancias, es decir, el dictamen pericial (y/o la base de datos) no muestra ninguna deficiencia significativa (identificada), y dicho dictamen pericial da como resultado un daño nulo. En este sentido, el Tribunal Regional de Dortmund plantea la figura de la “*teoría de la ausencia de perjuicio*”²⁹. La línea de pensamiento es que un resultado tan atípico requiere una explicación solvente de los mecanismos empleados, además de realizar regresiones. En concreto, esto significa que los demandados deben explicar de forma económicamente fundamentada cómo es plausible que, por ejemplo, en el cártel de camiones, los acuerdos en los que participan todos los fabricantes europeos y que abarcan todo el EEE no alcancen en ningún momento su objetivo, pero que, sin embargo, se mantengan con grandes gastos y considerables riesgos durante más de 14 años.

25. Más allá del cártel de camiones, cabe señalar: El TS rechaza una interpretación extrema de *Tráficos Manuel Ferrer*, según la cual un tribunal sólo puede estimar daños y perjuicios si el deman-

²⁸ Sentencia 39/2023 del juzgado de lo Mercantil nº 1 de Alicante de 1 de septiembre de 2023, ECLI aún no disponible.

²⁹ LG Dortmund, 27. 9. 2021 - 8 O 4/18 Kart - LKW-Kartell = NZKart 2021, 704, e instructivo sobre esta *cifra Schweitzer/ Woeste*, NZKart 2021, 676 ss. al igual que *éste*. ZWER 2022, 46 ss.

dante ha intentado al menos hacer uso de los nuevos instrumentos de acceso a fuentes de prueba³⁰. En general, refuerza la facultad de los tribunales para estimar daños y perjuicios. Así, los jueces españoles están autorizados a estimar daños y perjuicios incluso en virtud de la legislación anterior a la aplicación de la Directiva. Sin embargo, resultaría pueril asumir que en el futuro el recurso a los meta-estudios á la *Smuda* y *Oxera* pueda ser suficiente para abrir la puerta a la estimación judicial. La demanda podrá ser rechazada por inactividad probatoria. Así, el TS nos recuerda que en el momento en el que se han planteado las demandas aquí analizadas los requisitos probatorios eran en gran medida confusos. Las propias decisiones actuales del TS reducen significativamente las ambigüedades y apostar al comodín del principiante parece más que arriesgado.

26. Además, conforme al TS, la estimación de un sobreprecio del 5% sólo se aplica al cártel de camiones. En otro tipo de casos o infracciones del derecho de la competencia con otras características, el valor inicial podría ser superior o inferior. En cualquier caso, resulta aconsejable presentar la demanda con un informe econométrico específico para cada caso basados en un conjunto de datos adecuado. A menudo será necesario agrupar los datos de muchos demandantes para obtener un conjunto de datos de suficiente diversidad y amplitud.

2. Europa

27. Llama la atención que la estimación de un sobreprecio del 5% coincida con el Tribunal de Apelación de la Competencia inglés (*Competition Appeal Tribunal, CAT*) y más recientemente en Alemania por el Tribunal Regional de Berlín³¹. A diferencia de los casos resueltos por el TS, los informes periciales presentados por los demandantes en estos procedimientos realizaban la correspondiente regresión y se basaban en amplios datos sobre transacciones específicas de cada caso.

28. El CAT y el LG Berlín, como tribunales de instancia, analizaron los informes periciales de las partes con más detalle que el TS, que tan sólo ha podido remitirse a las conclusiones de las Audiencias Provinciales. En su sentencia, el CAT no ocultó la frustración del juzgador por la unilateralidad de los respectivos dictámenes. Por otra parte, el Tribunal Regional de Berlín no dejó que los demandados se salieran con la suya negando hechos que ellos mismos habían admitido ante la Comisión Europea en el marco del programa de clemencia³². Los argumentos de que el precio sólo dependía de las expectativas de precio del cliente o de que, dado que otros factores también influyen en la fijación de precios, los precios de catálogo no desempeñaban ningún papel, fueron correctamente rechazados por los jueces por considerarlos poco realistas.

29. Al final, sin embargo, ambos tribunales también señalaron las deficiencias de los informes periciales de las partes: Entre otras cosas, el CAT critica con dureza la introducción de una variable sobre la “Gran Crisis Financiera”, sin la cual el modelo del demandante difícilmente generaría más de dos puntos porcentuales de incremento de precios. El Tribunal Regional de Berlín constató, entre otras cosas, que los mismos expertos en otros procedimientos habían hecho suposiciones diferentes sobre la duración de los efectos tras la finalización de la conducta. También cuestionó la idoneidad de la tasa de variación anual del producto interior bruto alemán como variable de la demanda y coincidió con los demandados en que la caída del porcentaje de vehículos de extinción de incendios en el periodo posterior al cártel era problemática y que el enfoque elegido para estimar un efecto especial adicional del cártel para cada norma Euro podría llevar a una (ligera) sobreestimación del efecto global. En general, sin embargo, a la vista de las críticas sobre los datos, afirmó que no era necesario construir el mejor modelo

³⁰ También para Alemania ya *Kersting*, WuW 2023, 189 y ss.

³¹ LG Berlín, sentencia de 15.06.2023, 61 O 1/23 Kart.

³² Así también el BGH en LKW-Kartell II.

posible para que un tribunal lo tuviera en cuenta en su estimación de los daños y citó al estadístico británico *George Box*: “Todos los modelos son erróneos, pero algunos son útiles”.

30. En consecuencia, el Tribunal Supremo, el CAT y el LG Berlin no utilizan los informes periciales del demandante como punto de partida para la estimación judicial de los daños, sino que únicamente los tienen en cuenta como indicio para la cuantificación vía estimación judicial de los daños. Las características de la propia infracción citadas por el TS también juegan un papel importante en el razonamiento del CAT y del LG Berlin.

3. Valoración

31. Las sentencias del CAT, del Tribunal Supremo y, más recientemente, del Tribunal Regional de Berlín sobre la estimación de daños y perjuicios ponderan adecuadamente diversos puntos de vista. A falta de informes plenamente convincentes aportados por las partes, los tribunales han realizado una estimación conservadora del sobreprecio basada en las características de una infracción. Este enfoque reconoce hechos básicos:

- 1) Los cárteles están prohibidos porque suelen dar lugar a precios más altos.
- 2) La evaluación de daños en las reclamaciones contra un cártel siempre requiere una estimación del daño. Los modelos y escenarios presentados por las partes sirven como punto de partida.

Casuísticamente, los tribunales podrían elaborar estimaciones conservadoras basadas en las características de la infracción de la competencia. Al mismo tiempo, se deja a las partes la posibilidad de presentar informes periciales de alta calidad sobre la cuantificación para convencer al tribunal de un mayor (o menor) efecto sobre los precios. Entre líneas, todos los tribunales instan a los peritos de ambas partes a que realicen su tarea de una forma más científica.

32. Los demandantes, al menos los que aspiran a algo más que una estimación conservadora de los daños por parte del juez, probablemente tendrán que presentar una sólida econometría basada en un conjunto adecuado de datos específicos del caso. Al mismo tiempo, los cartelistas ya no pueden esperar evitar cualquier responsabilidad y no pagar compensación alguna. Un punto de partida (teórico) para el sobreprecio inducido por el cártel por encima de cero debería ayudar a conseguir acuerdos a medio plazo. En Alemania, por ejemplo, la nueva Ley de Defensa de la Competencia realiza una estimación inicial del beneficio ilícito que deberá ser abonado a las arcas del Estado que puede servir como base mínima para las reclamaciones privadas³³.

33. Si bien la estimación de los daños y perjuicios seguirá siendo naturalmente abierta y específica para cada caso, al menos en parte, incluso después de estas sentencias del Tribunal Supremo, la situación jurídica con respecto a los intereses y la prescripción es ahora clara y uniforme: los intereses se devengan sobre cualquier recargo de precios relacionado con el cártel desde el momento del pago del sobreprecio. Cabe esperar que esta nueva confirmación de los intereses desde el momento del daño servirá para solventar las dudas existentes hasta la fecha en España analizadas por el TS en sus sentencias. En los próximos meses el TS se podría pronunciar sobre la segunda ola de sentencias en los demandantes han presentado informes con análisis econométricos y de mayor calidad mientras que la práctica totalidad de los demandados han seguido insistiendo en el daño cero. De esta forma, en España tendremos una visión completa del tratamiento judicial de la cuantificación del daño antitrust mientras que en otras jurisdicciones apenas contamos con jurisprudencia sobre el daño en sí.

³³ Sobre el beneficio ilícito y su relación con las acciones por daños y perjuicios, véase *Kersting*, NZKart 2022, 659.

Bibliografía de Derecho internacional privado (2022)

Private International Law Bibliography (2022)

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA

Catedrático de Derecho internacional privado

Universidad Carlos III de Madrid

ORCID ID: 0000-0003-2236-4641

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho internacional privado

Universidad de Murcia

ORCID ID: 0000-0002-0347-7985

DOI: 10.20318/cdt.2023.8093

“The man who does not read has no advantage over the man who cannot read”

MARK TWAIN

Obras generales

- M.T. ALCOLADO CHICO, *Nociones fundamentales de Derecho internacional privado español (aproximación a su estudio)*, Almería, Círculo Rojo Editorial, 2022.
- S. ARMELLINI/B. BAREL, *Diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2022.
- B. AUDIT/L. D'AVOUT, *Droit international privé*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 2022.
- I. BACH/P. HUBER, *Internationales Privat- und Prozessrecht*, 2^a ed., München, C.H. Beck, 2022.
- P. BEAUMONT/J. HOLLIDAY (EDS.), *A guide to global private international law*, Oxford, London, New York, New Delhi, Sydney, Hart, 2022.
- A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Compendio de Derecho Internacional Privado*, 4^a ed., Murcia, Rapid Centro Color S.L., 2022.
- A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *European Private International Law*, Granada, Editorial Comares, 2022.
- A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 2^a ed., 3 Tomos, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.
- L. COLLINS/J. HARRIS (GENERAL EDITORS), *Dicey, Morris and Collins on the conflict of laws*, 16^a ed., 2 Volume Mainwork & Companion, London, Sweet & Maxwell, 2022.
- G. CUNIBERTI, *Conflict of laws: a comparative approach: text and cases*, 2^a ed., Cheltenham, Northampton, MA, Edward Elgar Publishing, 2022.
- B. DUTOIT/A. BONOMI, *Droit international privé suisse: Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 6^e éd., Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2022.
- T. EINHORN, *Private International Law in Israel*, 3^a ed., Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2022.

- C. ESPLUGUES MOTA/G. PALAO MORENO/J.L. IGLESIAS BUHIGUES, *Derecho Internacional Privado*, 16ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.
- J.C. FERNÁNDEZ ROZAS/S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 12ª ed., Cizur Menor (Navarra), Civitas - Thomson Reuters, 2022.
- C. FRESNEDO DE AGUIRRE, *Derecho internacional privado*, 3 tomos, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2022.
- N. GONZÁLEZ MARTÍN/J.A. SILVA SILVA (COORDS.), *Lecciones de derecho internacional privado*, Ciudad de México, Dikaia, 2022.
- P. GROLMUND/A.K. SCHNYDER, *Internationales Privat- und Zivilprozessrecht: in an nutshell*, 3ª ed., Zürich, St. Gallen, Dike, 2022.
- A. JUNKER, *Internationales Privatrecht*, 5ª ed., München, C.H. Beck, 2022.
- F. MÉLIN, *Droit international privé: cours intégral et synthétique*, 12^e éd., Issy-les-Moulineaux, Gualino-Lextenso, 2022.
- T.M.J. MÖLLERS/H. LI (HRSG.), *Der Besondere Teil des neuen chinesischen Zivilgesetzbuches: zwischen Tradition und Moderne*, Baden-Baden, Nomos, 2022.
- C.I. NAGY (ED.), *Cross-border litigation in Central Europe: EU private international law before national courts*, Nashville, Wolters Kluwer Law International, 2022.
- B.W. RECHSTEINER, *Direito internacional privado: teoria e prática*, 21ª ed., São Paulo, Saraiva, 2022.
- M. REVILLARD, *Droit international privé et européen: pratique notariale*, 10^e éd., Issy-les-Moulineaux, Defrénois-Lextenso éd, 2022.
- K. ROOSEVELT, III, *Conflict of laws*, 3ª ed., St. Paul, MN, Foundation Press, 2022.
- B. VON HOFFMANN/K. THORN, *Internationales Privatrecht: einschließlich der Grundzüge des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, 10ª ed., München, C.H. Beck, 2022.

El Derecho internacional privado

- G. AJANI, “European Private Law before the Frontiers of National Languages”, en E.M. BELSER/P. PICHONNAZ/H. STÖCKLI (EDS.), *Le droit sans frontières, Recht ohne Grenzen, Law without borders: Mélanges pour Franz Werro*, Bern, Stämpfli Editions, 2022, pp. 1-10.
- J. BASEDOW, “Aufgabe und Methodenvielfalt des internationalen Privatrechts im Wandel der Gesellschaft”, *Korea Private International Law Journal – Special issue: Liber Amicorum Kwang Hyun SUK*, 28, 1, 2022, pp. 739-757.
- M. BASILE, “Private International Law’s Origins as a Branch of the Universal Law of Nations”, en P. SOOKSRIPAIARNKIT/D. PRASAD (EDS.), *Blurry boundaries of public and private international law: Towards convergence or divergent still?*, Singapore, Springer, 2022, pp. 15-30.
- A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Derecho internacional privado: concepto, caracteres, objeto y contenido”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 89-195.
- A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Bibliografía de Derecho internacional privado (2020)”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 600-652.
- A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Bibliografía de Derecho internacional privado (2021)”, *CDT*, 14, 2, 2022, pp. 954-1019.
- J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Situación jurídica y litigio internacional. Reflexiones en torno a la STJUE de 3 junio 2021, C-280/20, República Bulgaria”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 88-115.
- J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Derecho Internacional Privado Europeo: La auténtica Constitución Civil de la Unión Europea”, *Actualidad Civil*, nº 9, septiembre 2022.
- J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Técnicas de enseñanza del Derecho internacional privado”, *CDT*, 14, 2, 2022, pp. 1020-1033.
- M.A. CEBRIÁN SALVAT, “Mantener la atención en la docencia online: aplicación del ciclo del aprendizaje acelerado al Derecho internacional privado”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 707-718.

- E.S. COHEN, *Power and pluralism in international law: private international law and globalization*, London, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2022.
- C. COUPETTE/D. HARTUNG, “Rechtsstrukturvergleihung”, *RabelsZ*, 86, 4, 2022, pp. 935-975.
- J. CROON-GESTEFELD ET AL. (HRSG.), *Das Private im Privatrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2022.
- K. DUDEN ET AL. (HRSG.), *IPR für eine bessere Welt: Vision – Realität – Irrweg?*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022.
- D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, “Emmanuel Gaillard, le rayonnement transnational d’une pensée comparatiste”, *JDI Clunet*, 149, 4, 2022, pp. 1193-1202.
- M.M. FOGT, “Die lex fori im internationalen Privatrecht”, en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 406-416.
- H. GAUDEMET-TALLON, “Quelques réflexions sur le projet de Code français de droit international privé du 31 mars 2022”, *JDI Clunet*, 149, 3, 2022, pp. 769-825.
- S. GRUNDMANN, “Pluralistische Privatrechtstheorie: Prolegomena zu einer pluralistisch-gesellschaftswissenschaftlichen Rechtstheorie als normativem Desiderat (‘normativer Pluralismus’)", *RabelsZ*, 86, 2, 2022, pp. 364-420.
- B. HÄCKER, “Die historisch-vergleichende Methode in historisch-vergleichender Sicht”, en N. JANSEN/S. MEIER (HRSG.), *Iurium itinera: historische Rechtsvergleichung und vergleichende Rechtsgeschichte: historical comparative law and comparative legal history: Reinhard Zimmermann zum 70. Geburtstag am 10. Oktober 2022*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 75-100.
- J.-M. JACQUET, “La pensée d’Emmanuel Gaillard et le droit international privé”, *JDI Clunet*, 149, 4, 2022, pp. 1181-1192.
- N. JANSEN/S. MEIER (HRSG.), *Iurium itinera: historische Rechtsvergleichung und vergleichende Rechtsgeschichte: historical comparative law and comparative legal history: Reinhard Zimmermann zum 70. Geburtstag am 10. Oktober 2022*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022.
- E. JAYME, “Die kulturelle Dimension des Rechts - ihre Bedeutung für das Internationale Privatrecht und die Rechtsvergleichung”, en ID., *Internationales Privatrecht - Rechtsvergleichung und Rechtsgeschichte - Kulturgüterschutz, Kunstrecht und Urheberrecht: Vorträge - Aufsätze – Betrachtungen*, Heidelberg, C.F. Müller, 2022, pp. 208-225.
- E. JAYME, “Giuseppe Pisanelli Fondatore della scienza del diritto processuale civile internazionale”, en ID., *Internationales Privatrecht - Rechtsvergleichung und Rechtsgeschichte - Kulturgüterschutz, Kunstrecht und Urheberrecht: Vorträge - Aufsätze – Betrachtungen*, Heidelberg, C.F. Müller, 2022, pp. 235-243.
- C. JESSEL-HOLST, “Reform des internationalen Privatrechts in Nordmazedonien”, *IPRax*, 2022, pp. 655-658.
- C. JOERGES, *Konflikt und Transformation*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2022.
- A. KIRCHHEFER-LAUBER, “Zur interreligiösen Rechtsspaltung und der Bedeutung der Kulturgebundenheit des Rechts am Beispiel des Libanons – Abgrenzung konstitutiver religiöser Eheschließung von staatlichen Registrierungsakten”, *IPRax*, 2022, 4, pp. 408-414.
- R. KOLB, *Le droit international comme corps de “droit privé” et de “droit public”*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2022.
- D. KRIMPHOVE/G.M. LENTNER, *Völkerrecht und IPR*, Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer, 2022.
- K. LANGENBUCHER (HRSG.), *Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht: Europarechtliche Bezüge des Privatrechts*, 5^a ed., Baden-Baden, Nomos, Wien, facultas, 2022.
- I. LORENTE MARTÍNEZ, “Los nudos problemáticos y la enseñanza del Derecho internacional privado. Casos seleccionados”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 758-766.
- G. MÄSCH/S. ARNOLD, *Übungen in Internationalem Privatrecht und Rechtsvergleichung*, 6^a ed., Berlin, Boston, De Gruyter, 2022.
- P. MANKOWSKI, “Struktur- und Methodenfragen des europäischen Internationalen Privatrechts im 21. Jahrhundert”, en H. GROTHE/P. MANKOWSKI (HRSG.), *Europäisches und internationales Privatrecht: Festschrift für Christian von Bar zum 70. Geburtstag*, München, C.H. Beck, 2022, pp. 251-272.

- A. MAROTTA, *A geo-legal approach to the English Sharia courts: cases and conflicts*, Leiden, Boston, Brill Nijhoff, 2022.
- R. MICHAELS, “Gleichheit bei Rechtsvielfalt? Rechtsvergleichung, Rechtsvereinheitlichung, Internationales Privatrecht”, en M. GEBAUER/S. HUBER (HRSG.), *Freiheit und Gleichheit im Privatrecht. Ergebnisse der 37. Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung in Greifswald – Fachgruppe Zivilrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 119-197.
- R. MICHAELS, “Internationales Privatrecht als Rechtsvergleichung: Die kollisionsrechtlich-vergleichende Methode”, en N. JANSEN ET AL. (EDS.), *Iurium Itinera. Historische Rechtsvergleichung und vergleichende Rechtsgeschichte / Historical Comparative Law and Comparative Legal History. Reinhard Zimmermann zum 70. Geburtstag am 10. Oktober 2022*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 149-176.
- R. MICHAELS, “Private Law Theory and the ‘Global Legal Community’”, *German Law Journal*, 23, 2022, pp. 851-861.
- J. MONSENEPWO MWAKWAYE, “Decolonial Comparative Law and Legal Transplants in Africa”, *ZvglRWiss*, 121, 2022, pp. 167-172.
- D. NIKOLICŠ, “Towards a System of European Private Law. Transformation of Legal Science and Legal Policy”, en H. GROTHE/P. MANKOWSKI (HRSG.), *Europäisches und internationales Privatrecht: Festschrift für Christian von Bar zum 70. Geburtstag*, München, C.H. Beck, 2022, pp. 273-280.
- M. PENDL, *Emojis im (Privat-)Recht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022.
- M. PENDL, “Emojis auf dem Weg ins (Privat-)Recht – ein Schlaglicht”, *NJW*, 2022, pp. 1054-1058.
- G.P. ROMANO, “Droit international dit ‘privé’ et droit international dit ‘public’: éléments d’une théorie unitaire et humanisée du droit international”, *JDI Clunet*, 149, 1, 2022, pp. 7-102.
- L. SALAYMEH/R. MICHAELS, “Decolonial Comparative Law: A Conceptual Beginning”, *RabelsZ*, 86, 1, 2022, pp. 166-188.
- P. SOOKSRIPAISARNKIT/D. PRASAD, “Public International Law and Private International Law: Setting Scene of Intersectionality”, en P. SOOKSRIPAISARNKIT/D. PRASAD (EDS.), *Blurry boundaries of public and private international law: Towards convergence or divergent still?*, Singapore, Springer, 2022, pp. 1-14.
- P. SOOKSRIPAISARNKIT/D. PRASAD, “Private International Law and Public International Law—Increasing Convergence or Divergence as Usual?”, en P. SOOKSRIPAISARNKIT/D. PRASAD (EDS.), *Blurry boundaries of public and private international law: Towards convergence or divergent still?*, Singapore, Springer, 2022, pp. 283-286.
- H. VAN LOON, “Private International Law in Support of Sustainable Development - Impulses from Osnabrück”, en H. GROTHE/P. MANKOWSKI (HRSG.), *Europäisches und internationales Privatrecht: Festschrift für Christian von Bar zum 70. Geburtstag*, München, C.H. Beck, 2022, pp. 197-206.
- A. YBARRA BORES, “Los tribunales españoles y el Derecho internacional privado: Una relación compleja”, *CDT*, 14, 2, 2022, pp. 871-899.
- R. ZIMMERMANN, “Legal Methodology in Germany”, *Edinburgh Law Review*, 26, 2022, pp. 153-193.
- E. ZITZKE, “Decolonial Comparative Law: Thoughts from South Africa”, *RabelsZ*, 86, 1, 2022, pp. 189-225.
- F. ZOPF, “Two worlds colliding: the GDPR in between public and private law”, *European data protection law review*, 8, 2, 2022, pp. 210-220.

El Derecho internacional privado: Fuentes

- H. AGUILAR GRIEDER, “Contratos internacionales regulados por Directivas UE sectoriales (Derecho internacional privado)”, *CDT*, 14, 2, 2022, pp. 47-70.
- M. AHMED, *Brexit and the future of private international law in English courts*, Oxford, Oxford University Press, 2022.
- B. AÑOVEROS TERRADAS, “Where European Private International Law Meets European Private Law, the Story of a Complex Relationship”, en E.M. BELSER/P. PICHONNAZ/H. STÖCKLI (EDS.), *Le droit*

- sans frontières, Recht ohne Grenzen, Law without borders: Mélanges pour Franz Werro*, Bern, Stämpfli Editions, 2022, pp. 11-20.
- J. BASEDOW, “Da mihi factum, dabo tibi ius – On Abstract and Fact-related Reasoning in the European Court of Justice”, en C. DELIYANNI-DIMITRAKOU/H. GAUDIN/E. PREVEDOUROU (EDS.), *Le droit européen, source de droits, source du droit, Mélanges en l’honneur de Vassilios Skouris*, Le Kremlin-Bicêtre, Mare & Martin, 2022, pp. 35-45.
- J. BASEDOW, “Japan und Deutschland im Netz des internationalen Einheitsrechts”, *Zeitschrift für Japanisches Recht*, 27, 53, 2022, pp. 1-18.
- J. BASEDOW, “Der Beitrag des EuGH zur Europäischen Integration”, *EuZW*, 2022, pp. 1146-1154.
- J. BASEDOW, “L’argument du droit comparé et l’harmonisation internationale du droit”, en F. FERRAND/O. MORÉTEAU (EDS.), *L’institut de droit comparé, Édouard Lambert dans le siècle, Actes du colloque du centenaire de l’Institut de droit comparé de Lyon, 7.-8. Octobre 2021*, Paris, Société de législation comparée, 2022, pp. 221-239.
- H. BEALE, “A new version of the Principles of European Contract Law?”, en H. GROTHE/P. MANKOWSKI (HRSG.), *Europäisches und internationales Privatrecht: Festschrift für Christian von Bar zum 70. Geburtstag*, München, C.H. Beck, 2022, pp. 29-38.
- T. BOLDBAATAR/B. ENKHBOLD, “The Hague Conference and the Perspectives of Mongolian Private International Law”, *Yearbook of Private International Law*, XXIII, 2021/2022, pp. 323-332.
- A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Derecho internacional privado de la Unión Europea y el Derecho internacional privado español. Fuentes y sistema normativo”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 197-316.
- L.F. CARRILLO POZO, “Disparidad de las versiones lingüísticas del convenio bilateral hispano ruso sobre asistencia judicial: auto de la AP de Barcelona (Sección 12) núm. 318/2021 de 27 de julio”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 662-672.
- T. CHANZY/T. GUILLEMIN, “Sur les programmes américains de sanctions et la réglementation européenne de blocage: les entreprises françaises prises entre deux feux Cour de justice de l’Union européenne, 21 décembre 2021, n° C-124/20, Bank Melli Iran c/ Telekom Deutschland GmbH”, *Revue critique de droit international privé*, 2022-II, pp. 435-439.
- Z. CSEHI, “From conflict-of-law principles to EU administrative contract law”, en H. GROTHE/P. MANKOWSKI (HRSG.), *Europäisches und internationales Privatrecht: Festschrift für Christian von Bar zum 70. Geburtstag*, München, C.H. Beck, 2022, pp. 59-68.
- O. DÖRR, “Die verfahrensrechtliche Dimension der EU-Grundfreiheiten: Ein Fall von Rechtsangleichung durch Rechtsprechung”, en H. GROTHE/P. MANKOWSKI (HRSG.), *Europäisches und internationales Privatrecht: Festschrift für Christian von Bar zum 70. Geburtstag*, München, C.H. Beck, 2022, pp. 89-96.
- A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, “Los Reglamentos europeos y el Derecho interregional”, *REDI*, 74, 1, 2022, pp. 223-231.
- L. FRANKE, *Das Internationale Privatrecht der europäischen Verordnungen und Drittstaatsverträge: Eine Analyse aus deutscher Perspektive und zur Stärkung des europäischen Kollisionsrechts*, Berlin, Duncker & Humblot, 2022.
- D. FOUSSARD/M.-L. NIBOYET/C. NOURISSAT, “Réflexions méthodologiques sur le projet de code de droit international privé”, *Revue critique de droit international privé*, 2022-III, pp. 477-502.
- I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, “Los intentos de armonización del Derecho de contratos europeo a través de textos de soft law y algunos ejemplos de su recepción en España”, *La Ley Unión Europea*, 2022, n° 99.
- M. GRASSI, “Revocazione della sentenza civile per contrasto con la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2022-IV, pp. 919-952.
- P. GROLIMUND, *Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht der EU: in a nutshell*, 3ª ed., Zürich, St. Gallen, Dike, 2022.

- H. GROTHE/P. MANKOWSKI (HRSG.), *Europäisches und internationales Privatrecht: Festschrift für Christian von Bar zum 70. Geburtstag*, München, C.H. Beck, 2022.
- P. HAY, “On the Road to a Third American Restatement of Conflicts Law”, *IPRax*, 2022, 3, pp. 205-218.
- C. HEBER, “Zwingende Gleichheit?: die Einflussnahme des Europarechts auf rein nationale Sachverhalte. Teil 1”, *EuZW*, 33, 2, 2022, pp. 53-59.
- C. HEBER, “Zwingende Gleichheit?: die Einflussnahme des Europarechts auf rein nationale Sachverhalte. Teil 2”, *EuZW*, 33, 3, 2022, pp. 107-111.
- M. HÖRDT/K. O’BIEN, “Ist das Ende nah?: das Brexit-Abkommen ist gefährdet wie nie”, *EuZW*, 33, 13, 2022, pp. 589-595.
- P. HUBER, “Blüenträume. Die Haager Konferenz und Haimo Schack”, en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit*, Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 451-462.
- F. DE B. IRIARTE ÁNGEL, “¿Puede un extranjero estar sometido a un Derecho foral?”, *REDI*, 74, 1, 2022, pp. 233-239.
- E. JAYME, “Völkerrecht und Internationales Privatrecht - eine entwicklungsgeschichtliche Betrachtung”, en Id., *Internationales Privatrecht - Rechtsvergleichung und Rechtsgeschichte - Kulturgüterschutz, Kunstrecht und Urheberrecht: Vorträge - Aufsätze – Betrachtungen*, Heidelberg, C.F. Müller, 2022, pp. 46-61.
- C. JESSEL-HOLST, “Reform des internationalen Privatrechts in Nordmazedonien”, *IPRax*, 2022, 6, pp. 655-657.
- C. JOERGES, *Konflikt und Transformation: Essays zur europäischen Rechtspolitik*, Baden-Baden, Nomos, 2022.
- P. LAGARDE, “Quelques remarques sur le projet de codification du droit international privé français”, *Revue critique de droit international privé*, 2022-III, pp. 515-520.
- S. LEIBLE/F.M. WILKE, “Le projet de code de droit international privé - Une vue d’Allemagne”, *Revue critique de droit international privé*, 2022-III, pp. 503-514.
- M. LIEBERKNECHT, “Transatlantisches Tauziehen – Das Verbot der Befolgung von US-Wirtschaftssanktionen unter der Blocking-VO und seine Auswirkungen auf Vertragskündigungen”, *IPRax*, 2022, 3, pp. 260-264.
- A.M. LOHMANN, *The arbitrator’s discretion in conflict of law matters: article 1(1) of the CISG in international arbitration*, Germany, Nomos Verlagsgesellschaft, 2022.
- H.-P. MANSSEL/K. THORN/R. WAGNER, “Europäisches Kollisionsrecht 2021: Digitalisierung als Aufgabe”, *IPRax*, 42, 2, 2022, pp. 97-141.
- W. MONSALVE GARCÍA, “Los Principios Unidroit, como *Lex Mercatoria*, en los arbitrajes comerciales internacionales”, en J.G. SALAVERRÍA LANDER (COORD.), *XII Jornada Aníbal Dominici: en homenaje a Eugenio Hernandez-Bretón*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2022.
- H. MUIR WATT/D. BUREAU/S. CORNELOUP, “De codice ferendo?”, *Revue critique de droit international privé*, 2022-III, pp. 473-477.
- A. NUYTS, “Droit international privé européen”, *Journal de droit européen*, 30, 286, 2022, pp. 77-93.
- K.B. PISSLER, “A Codification Puzzle: Piecing Together the (New) Chinese Civil Code”, *Korea Private International Law Journal – Special issue: Liber Amicorum Kwang Hyun SUK*, 28, 1, 2022, pp. 775-788.
- D. PRASAD, “International Rule of Law and Its Relation to Harmonization”, en P. SOOKSRIPAISARNKIT/D. PRASAD (EDS.), *Blurry boundaries of public and private international law: Towards convergence or divergent still?*, Singapore, Springer, 2022, pp. 69-86.
- G.P. ROMANO, “Droit international dit ‘privé’ et droit international dit ‘public’: éléments d’une théorie unitaire et humanisée du droit international”, *JDI Clunet*, 149, 1, 2022, pp. 7-102.
- J. SAMTLEBEN, “Paraguay: Rechtswahl für internationale Verträge”, *IPRax*, 2022, pp. 194-197.
- F.G. SOURGENS, *Good Faith in Transnational Law: A Pluralist Account*, Leiden, Boston, Brill Nijhoff, 2022.
- M. STÜRNER, “Internationales Privatrecht”, en K. LANGENBUCHER/P.B. DONATH (HRSG.), *Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht*, 5^a ed., Baden-Baden, Nomos, Wien, facultas, 2022, pp. 471-531.

Competencia judicial internacional

- H.-J. AHRENS, “Die Prüfung der internationalen Zuständigkeit: Verschiebung von der Zulässigkeit zur Begründetheit?”, en H. GROTHE/P. MANKOWSKI (HRSG.), *Europäisches und internationales Privatrecht: Festschrift für Christian von Bar zum 70. Geburtstag*, München, C.H. Beck, 2022, pp. 1-10.
- D. ALLAND, “De l’application au Saint-Siège des règles du droit international relatives aux immunités (CEDH, 12 oct. 2021, n° 11625/17, J.C. c/ Belgique) - Cour européenne des droits de l’homme, 12 octobre 2021, n° 11625/17”, *Revue critique de droit international privé*, 2022-II, pp. 361-372.
- E.K. BANKAS, *The state immunity controversy in international law: private suits against sovereign states in domestic courts*, 2ª ed., Berlin, Springer, 2022.
- A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Competencia judicial internacional”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 317-484.
- S. CANTONI, “In tema di immunità dello Stato dalla giurisdizione: il complesso bilanciamento tra tutela dei diritti della persona e prerogative della Santa Sede”, *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2022, 3, pp. 16-38.
- J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Las normas de Derecho internacional privado”, en S. CALAZA LÓPEZ (CIR.)/M. DE PRADA RODRÍGUEZ (COORD.), *Jurisdicción voluntaria. Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 149-230.
- C. CHAUX, “Immunité d’exécution: revirement de la jurisprudence Eurodif — (Civ. 1, 3 nov. 2021, n° 19-25404)”, *Revue critique de droit international privé*, 2022-III, pp. 531-541.
- E. FARNOUX, *Les considérations substantielles dans le règlement de la compétence internationale des juridictions: réflexion autour de la matière délictuelle*, Paris, LGDJ, 2022.
- P. FRANZINA, “La rilevazione del difetto di giurisdizione secondo la riforma del processo civile: quali implicazioni per l’art. 11 della legge n. 218/1995?”, *Rivista di diritto internazionale*, 105, 1, 2022, pp. 141-150.
- M. GEBAUER, “Litispandez in Drittstaaten und ihre Regelung durch mitgliedstaatliches Recht”, en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 585-596.
- M. GERVASI, “Immunità giurisdizionale degli Stati ed eccezione umanitaria: in margine alla recente giurisprudenza sudcoreana sul sistema delle ‘donne di conforto’”, *Rivista di diritto internazionale*, 105, 1, 2022, pp. 167-180.
- M.L. GIL MEANA, “Competencia de la jurisdicción española cuando tiene lugar ‘acta iure gestionis’”, *Diario La Ley*, n° 9990, Sección Tribuna, 17 enero 2022.
- H. GROTHE, “Forum non conveniens und rügelose Einlassung”, en H. GROTHE/P. MANKOWSKI (HRSG.), *Europäisches und internationales Privatrecht: Festschrift für Christian von Bar zum 70. Geburtstag*, München, C.H. Beck, 2022, pp. 115-124.
- W. HAU, “Internationales Zivilverfahrensrecht avant la lettre: zum 200. Jahrestag des bayerisch-württembergischen Jurisdiktions-Vertrags”, en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 611-621.
- P. HAY, “American Judicial Jurisdiction Over Out-of-State Defendants Revisited”, en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 622-630.
- B. HESS, “Die Etablierung des Internationalen Zivilprozessrechts als eigenständiges Rechtsgebiet. Ein Rückblick auf 40 Jahre Rechtsentwicklung in Europa und in Deutschland”, en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 631-639.
- J. IZQUIERDO, “El embargo de derechos de crédito frente a Estados soberanos. Alternativa al embargo de bienes y dificultades prácticas”, *Diario La Ley*, n° 10090, Sección Tribuna, 15 junio 2022.

- P. JIMÉNEZ BLANCO, “La batalla por las licencias globales de patentes esenciales: las controvertidas medidas antiproceso chinas”, *La Ley Unión Europea*, n° 102, 2022.
- P.G. MAYR, “Die ‘inländische Gerichtsbarkeit’ im österreichischen Zivilverfahrensrecht”, en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 780-793.
- M. REIMANN, “Human Rights Litigation Beyond the Alien Tort Claims Act: The Crucial Role of the Act of State Doctrine”, *IPRax*, 2022, 2, pp. 187-194.
- P. SOOKSRIPAISARNKIT, “*Forum Non Conveniens* in Australia—How Much Weight Should Be Given to Comity?”, en P. SOOKSRIPAISARNKIT/D. PRASAD (EDS.), *Blurry boundaries of public and private international law: Towards convergence or divergent still?*, Singapore, Springer, 2022, pp. 51-68.

Derecho aplicable (I). Técnicas de reglamentación. La norma de conflicto

- K. BEISSEL/B. HEIDERHOFF, “Die engere Verbindung der Ehe nach Art. 5 HUP”, *IPRax*, 2022, 3, pp. 256-260.
- C. BUDZIKIEWICZ, “Zur Qualifikation der Brautgabevereinbarung (BGH, S. 68)”, *IPRax*, 2022, 1, pp. 40-49.
- A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Derecho aplicable (I). Técnicas de reglamentación. La norma de conflicto”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 485-678.
- T. CHANZY/T. GUILLEMIN, “Sur les programmes américains de sanctions et la réglementation européenne de blocage: les entreprises françaises prises entre deux feux Cour de justice de l’Union européenne, 21 décembre 2021, n° C-124/20, Bank Melli Iran c/ Telekom Deutschland GmbH”, *Revue critique de droit international privé*, 2022-II, pp. 435-439.
- N. CHIKOC BARREDA, “Les conflits de lois en matière contractuelle à l’épreuve de la Covid-19”, *Les Cahiers de droit*, 63, 1, 2022, pp. 203-235.
- N. CHIKOC BARREDA, *Succession internationale et dispositions spéciales de la lex rei sitae*, Paris, L’Harmattan, 2022.
- M.M. FOGT, “Die lex fori im internationalen Privatrecht”, en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 406-416.
- C. FOSSATI, “La residenza abituale nei regolamenti europei di diritto internazionale privato della famiglia alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2022-II, pp. 283-302.
- S. FULLI-LEMAIRE, *Le droit international privé de la famille à l’épreuve de l’impératif de reconnaissance des situations*, Paris, LGDJ, 2022.
- O. GAILLARD, “The *Professio Iuris* in Swiss Private International Law”, *Yearbook of Private International Law*, XXIII, 2021/2022, pp. 393-438.
- M. GERNERT, “Blocking Statutes: Private Individuals Entangled in Interstate Conflicts”, en P. SOOKSRIPAISARNKIT/D. PRASAD (EDS.), *Blurry boundaries of public and private international law: Towards convergence or divergent still?*, Singapore, Springer, 2022, pp. 197-216.
- G. GOLDSTEIN, “The Legal Certainty Exception – Towards a New Subjective Localisation in the Conflict of Laws Methodology”, *Yearbook of Private International Law*, XXIII, 2021/2022, pp. 25-58.
- E. JAYME, “Narrative Normen im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht”, en ID., *Internationales Privatrecht - Rechtsvergleichung und Rechtsgeschichte - Kulturgüterschutz, Kunstrecht und Urheberrecht: Vorträge - Aufsätze – Betrachtungen*, Heidelberg, C.F. Müller, 2022, pp. 12-26.
- C. KLEINER, “L’application des ‘sanctions économiques’ adoptées par l’Union européenne contre la Russie à la suite de l’invasion de l’Ukraine: éléments de droit international privé”, *JDI Clunet*, 149, 3, 2022, pp. 749-769.
- C. KOHLER, “Eingriffsnormen und gerichtliche Zuständigkeit. Bemerkungen zu einer unterschätzten Beziehung”, en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 676-686.

- M. LIEBERKNECHT, “Transatlantisches Tauziehen – Das Verbot der Befolgung von US-Wirtschaftssanktionen unter der Blocking-VO und seine Auswirkungen auf Vertragskündigungen”, *IPRax*, 2022, 3, pp. 260-264.
- P. MAYER, “Partie impécunieuse et arbitrage, lois de police et arbitrage. À propos de deux arrêts récents de la cour d’appel de Paris rendus dans les affaires Monster Energy et AccessoiresCompany”, *JDI Clunet*, 149, 2, 2022, pp. 483-502.
- C.R. MÖLLER, *Lex Sportiva: zur Verfassung der transnationalen Dopingregulierung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022.
- G. SCHWENDINGER/K. GÖCKE, “Die Russland-Sanktionen der EU”, *EuZW*, 33, 11, 2022, pp. 499-507.
- S. TONOLO, “Criticità e incertezze derivanti dall’applicazione del rinvio di qualificazione (*Qualifikationsverweisung*)”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2022-I, pp. 23-43.
- J. UNGERER, “Nudging in private international law: the design of connecting factors in light of behavioural economics”, *RabelsZ*, 86, 1, 2022, pp. 1-31.
- J.J. VASEL, “De Bello Oeconomico: die EU-Sanktionen im Ukraine-Konflikt”, *EuZW*, 33, 12, 2022, pp. 541-550.
- M.E. ZABALO ESCUDERO, “Sobre la aplicación de oficio de la norma de conflicto: comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de septiembre de 2021”, *Diario La Ley*, nº 9995, Sección Comentarios de jurisprudencia, 24 enero 2022.
- G. ZARRA, *Imperativeness in private international law: a view from Europe*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2022.

Derecho aplicable (II). Aplicación del Derecho extranjero

- C.D. ALOMAR MARTÍN, “Alegación y prueba del Derecho extranjero: comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2021”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 560-569.
- L. ÁLVAREZ AGOUÉS, “Control de oficio de la competencia judicial internacional, determinación de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial y concreción del alcance y carga de la prueba del Derecho extranjero. A propósito de la sentencia n.º 1402/2021 de la Audiencia Provincial de Málaga (sección sexta)”, *CDT*, 14, 2, 2022, pp. 916-926.
- N.-C. ANITEL, “El orden público en el Derecho internacional privado rumano en materia de relaciones familiares”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 956-976.
- C. ARGELICH COMELLES, “Guarda, tutela y protección de menores en el Derecho de familia marroquí desde el orden público español”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 25-30.
- Á.M. BALLESTEROS BARROS, “Restitución de menores y orden público europeo: la doctrina Bosphorus sobre protección equivalente”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 31-46.
- A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Derecho aplicable (II). Aplicación del Derecho extranjero”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 679-849.
- D. GRUENBAUM, “From Statehood to Effectiveness: The Law of Unrecognised States in Private International Law”, *RabelsZ*, 86, 3, 2022, pp. 577-616.
- B. HESS/A.J. WILLE, “Russische Verzugszinsen vor dem deutschen Richter: Ist ein Zinssatz von 37,5% pro Jahresquartal akzeptabel? (LG Frankfurt a.M., S. 177)”, *IPRax*, 2022, 2, pp. 164-167.
- A. KIRCHHEFER-LAUBER, “Zur interreligiösen Rechtsspaltung und der Bedeutung der Kulturgebundenheit des Rechts am Beispiel des Libanons – Abgrenzung konstitutiver religiöser Eheschließung von staatlichen Registrierungsakten”, *IPRax*, 2022, 4, pp. 408-414.
- E. LENGART, “La dénaturation d’un élément de preuve du droit étranger au stade de l’instance en exequatur (Civ. 1re, 1er décembre 2021, n° 20-13.644, Inédit) - Cour de cassation (1re civ.), 1er décembre 2021, n° 20-13.644”, *Revue critique de droit international privé*, 2022-II, pp. 373-386.
- I. LORENTE MARTÍNEZ, “Prueba y alegación del Derecho extranjero en el Derecho internacional privado europeo y español. La influencia de las Partidas y de Jacobo de las Leyes”, *Actualidad civil*, nº 10, 2022.

- F. MARONGIU BUONAIUTI, “The evolution of the position of Italian Case law concerning public policy in transnational family matters, in view of some recent judgments of the Italian Court of Cassation and Constitutional Court”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 998-1010.
- O. MEYER (ED.), *Public Policy and Private International Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2022.
- A. ORTEGA GIMÉNEZ, “El derecho a la tutela judicial efectiva y la alegación y prueba del derecho extranjero en España (A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, de 18 de octubre de 2021)”, *Diario La Ley*, nº 10144, Sección Doctrina, 5 octubre 2022.
- A. YBARRA BORES, “La prueba del Derecho extranjero y el Artículo 33.3 de la Ley 29/2015, de cooperación jurídica internacional en materia civil”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 525-558.

Eficacia extraterritorial de decisiones

- L. ÁLVAREZ AGOUÉS, “Conflicto negativo de competencia territorial respecto al exequátur de resolución judicial extranjera proveniente de un tribunal estadounidense: acertada selección del bloque normativo aplicable. A propósito del Auto n.º 260/2020 del Tribunal Supremo”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 570-577.
- I. ANTÓN JUÁREZ, “El proceso monitorio europeo: ¿Un proceso ágil y económico para la reclamación de créditos no impugnados transfronterizos?”, *CDT*, 14, 2, 2022, pp. 92-165.
- A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Eficacia extraterritorial de decisiones”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 851-1086.
- C. CHALAS, “La loi applicable á la contestation de reconnaissance: l’article 311-17 fait cavalier seul (Civ.1, 23 mars 2022, nº 21-12.952)”, *Revue critique de droit international privé*, 2022-III, pp. 521-531.
- E. D’ALESSANDRO, “Le modifiche concernenti il provvedimento per l’accertamento della riconoscibilità ed eseguibilità delle sentenze straniere in Italia”, *Rivista di diritto internazionale*, 105, 1, 2022, pp. 151-157.
- F. EICHEL, “Vollstreckbarerklärung aufschiebend bedingter Titel und internationale Zuständigkeit für die Vollstreckungsabwehr (OGH, S. 397)”, *IPRax*, 2022, 4, pp. 402-408.
- D. FOUSSARD, “Autorisation du juge de l’exécution en vue de saisir les biens d’un État étranger et notification préalable, par voie diplomatique, de la décision portant condamnation - (Civ. 2, 24 mars 2022, no 20-17.394)”, *Revue critique de droit international privé*, 2022-III, pp. 618-632.
- R. GEIMER, “Grenzüberschreitende Zwangsvollstreckung in Forderungen”, en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 597-610.
- E. LENGART, “La dénaturation d’un élément de preuve du droit étranger au stade de l’instance en exequatur (Civ. 1re, 1er décembre 2021, nº 20-13.644, Inédit) - Cour de cassation (1re civ.), 1er décembre 2021, nº 20-13.644”, *Revue critique de droit international privé*, 2022-II, pp. 373-386.
- D. LOPES, “Recognition—A Story of How Two Worlds Meet”, en P. SOOKSRIPAISARNKIT/D. PRASAD (EDS.), *Blurry boundaries of public and private international law: Towards convergence or divergent still?*, Singapore, Springer, 2022, pp. 31-50.
- P. MANKOWSKI, “Die Kumulationstheorie bei der Urteilsanerkennung”, en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 764-779.
- B. MULUGETA MENKIR, “Reciprocity and Execution of Foreign Judgments under Ethiopian Law – Latest Development”, *Yearbook of Private International Law*, XXIII, 2021/2022, pp. 281-294.
- R.A. SCHÜTZE, “Die politische Dimension der Gegenseitigkeitsfeststellung bei der Anerkennung ausländischer Zivilurteile”, en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 845-855.

Ley aplicable al proceso con elemento extranjero y asistencia judicial internacional

- J. ADOLPHSEN, *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, 3ª ed., Berlin, Springer, 2022.
- M.L. ARASTEY SAHÚN, “Traducción del documento de conformidad con el Reglamento (CE) nº 1393/2007: asunción de los gastos de traducción por el requirente: TJ, Sala Séptima, S 2 Jun. 2022. Asunto C-196/21: SR y EW”, *La Ley Unión Europea*, nº 106, 2022.
- A. ARROYO APARICIO, “Cláusula sobre honorarios de abogado: procedimiento sumario de reclamación de honorarios y su apreciación como abusiva o engañosa (STJ 9a 22 de septiembre de 2022, as. C-335/21: Vicente y Delia)”, *La Ley Unión Europea*, nº 109, 2022.
- B. BAREL, “Le notificazioni nello spazio giuridico europeo dopo il regolamento (UE) 2020/1784”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2022-III, pp. 531-562.
- A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Ley aplicable al proceso con elemento extranjero y asistencia judicial internacional”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 1087-1189.
- A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Forma de los actos jurídicos”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 1191-1240.
- C. CAMPIGLIO, “Circulation of Public Documents and Recognition of Civil Status Situations – Lights and Shadows”, *Yearbook of Private International Law*, XXIII, 2021/2022, pp. 1-24.
- L.F. CARRILLO POZO, “Disparidad de las versiones lingüísticas del convenio bilateral hispano ruso sobre asistencia judicial: auto de la AP de Barcelona (Sección 12) núm. 318/2021 de 27 de julio”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 662-672.
- J.M. DÍAZ FRAILE, “Exclusión del Reino Unido en la cooperación jurídica internacional de la Unión Europea”, *La Ley Unión Europea*, nº 100 (Especial 100), 2022.
- M.J. ELVIRA BENAYAS, “Digitalización de la cooperación judicial internacional en materia civil o mercantil en la Unión Europea”, *La Ley Unión Europea*, nº 101, 2022.
- J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “El mercado emergente sobre la financiación privada de litigios responsable en la Unión Europea: un cauce para facilitar el acceso a la justicia a los ciudadanos y las empresas privadas”, *La Ley Unión Europea*, nº 108, 2022.
- M. FONT I MAS, “El Reglamento (UE) 2016/1191: hasta dónde (no) alcanza la libre circulación de documentos públicos en la UE y en España”, *AEDIPr*, t. XXII, 2022, pp. 111-138.
- C. FOUNTOLAKIS/L. WÉRY, “La *provisio ad litem* - une contribution d’entretien à ne pas rembourser”, en E.M. BELSER/P. PICHONNAZ/H. STÖCKLI (EDS.), *Le droit sans frontières, Recht ohne Grenzen, Law without borders: Mélanges pour Franz Werro*, Bern, Stämpfli Editions, 2022, pp. 247-260.
- E. GALLANT (DIR.), *L’office du notaire en droit international privé*, Paris, Dalloz, 2022.
- F. GASCÓN INCHAUSTI/P. PEITEADO MARISCAL (DIRS.), *Estándares europeos y proceso civil. Hacia un proceso civil convergente con Europa*, Barcelona, Atelier, 2022.
- R. GEIMER, “Zustellung an fremde Staaten während eines Bürgerkriegs am Beispiel eines Antrags auf Vollstreckbarerklärung eines ausländischen Schiedsspruchs nach der New Yorker Konvention, zu U.K. Supreme Court 25.6.2021 – General Dynamics United Kingdom Ltd ./ State of Libya [2021] UKSC 22 on appeal from [2019] EWCA Civ 1110”, *IPRax*, 2022, 3, pp. 306-310.
- L. GÓMEZ AMIGO, “Aplicación al proceso monitorio europeo de normativa nacional que interrumpió los plazos procesales en materia civil debido a la pandemia del Covid-19”, *La Ley Unión Europea*, nº 108, 2022.
- M. GRASSI, “Revocazione della sentenza civile per contrasto con la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2022-IV, pp. 919-952.
- S. GUZZI, “Le notificazioni all’estero tra convenzioni internazionali, regolamenti UE e impossibilità della loro applicazione”, *Diritto del commercio internazionale*, 36.1, 2022, pp. 33-50.

- A. HEMLER, “Virtuelle Verfahrensteilnahme aus dem Ausland und Souveränität des fremden Aufenthaltsstaats: Zugleich ein Beitrag zum Verhältnis des Völkerrechts zum Kollisionsrecht”, *RabelsZ*, 86, 4, 2022, pp. 905-934.
- C. KOHLER, “Judicial Cooperation in Civil Matters after Brexit – The Case of the British Application to Rejoin the Lugano Convention of 2007”, *Yearbook of Private International Law*, XXIII, 2021/2022, pp. 81-102.
- R. JANSEN, *Legal privilege and transnational evidence-taking: a comparative study on cross-border disclosure, evidence-shopping and legal privilege*, Cambridge, Antwerp, Chicago, Intersentia, 2022.
- J. KONDRING, “Die internationale Zustellung per WhatsApp: Betrachtungen zum HZÜ und zum deutsch-britischen Abkommen von 1928 im Urteils- und Anerkennungsverfahren (OLG Frankfurt a.M., S. 625)”, *IPRax*, 2022, 6, pp. 577-585.
- N. MARCHAL ESCALONA, “El nuevo marco europeo sobre notificación y obtención de pruebas en el extranjero: hacia un espacio judicial europeo digitalizado”, *REDI*, 74, 1, 2022, pp. 155-179.
- N. MARCHAL ESCALONA, “La inadaptación del Derecho procesal estatal al derecho a negarse a recibir un documento por cuestiones lingüísticas: Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de julio de 2022, asunto C- 7/21: LKW Walter”, *La Ley Unión Europea*, nº 107, 2022.
- H. MUIR WATT, “Les actions de groupe et le droit international privé: une lame de fond? Cour d’appel de Paris, 28 avril 2010, nº 10/01643, Cour de cassation (1re civ.), 9 mars 2022, nº 20-22.444 et Cour suprême du Royaume-Uni, 10 novembre 2021, nº [2021] UKSC 50, Lloyd v Google LLC”, *Revue critique de droit international privé*, 2022-II, pp. 305-315.
- C.I. NAGY, “Die EU-Richtlinie über Verbandsklagen: die Verwandlung von ‘Sein’ in ‘Sollen’?”, *EuZW*, 33, 14, 2022, pp. 637-641.
- J.J. PÉREZ MILLA, “Régimen de la notificación transfronteriza en materia civil o mercantil”, *La Ley Unión Europea*, nº 109, 2022.
- S. PRATS JANÉ, *La cooperación jurídica internacional en el ámbito civil y mercantil en España: Notificaciones, obtención y práctica de pruebas*, Barcelona, J.M. Bosch Editor, 2022.
- P.M. QUESADA LÓPEZ, “La delicada compatibilidad con el Derecho europeo de la condena en costas en supuestos de satisfacción extraprocesal en materia de consumidores”, *La Ley Unión Europea*, nº 108, 2022.
- J. RICHTER, “Internationale Klagezustellung nach der neugefassten EuZustVO”, *IPRax*, 2022, 5, pp. 433-441.
- H. ROTH, “Qualifikationsprobleme um § 167 ZPO (OLG Frankfurt a.M., S.522)”, *IPRax*, 2022, 5, pp. 483-485.
- S. SÁNCHEZ LORENZO, “Brexit y cooperación judicial en materia civil”, *La Ley Unión Europea*, nº 100 (Especial 100), 2022.
- J.P. SCHMIDT, “Zusammenspiel von Erb-, Insolvenz- und Prozessstatut – Anmerkung zu OGH, 22. Juni 2021 – 10 Ob 42/20 d”, *Zeitschrift für Familien- und Erbrecht*, 17, 2022, p. 48.
- M. SCHMITZ (DIR.)/P. GIELEN (COORD.), *La signification des actes judiciaires et extrajudiciaires en Europe: analyses, jurisprudences et perspectives du règlement UE nº 2020/1784*, Bruxelles, Bruylant, 2022.
- R.A. SCHÜTZE, “Zur Verpflichtung englischer Kläger zur Sicherheitsleistung für die Prozesskosten (§ 110 ZPO) (OLG Frankfurt a.M., S. 521)”, *IPRax*, 2022, 5, pp. 481-483.
- A. SCHUSCHNIGG, “Die Verbandsklagen-Richtlinie: Umsetzungsbreite und ihre Grenzen”, *EuZW*, 2022, 22, pp. 1043-1046.
- O. SPINEANU MATEI, “Auto de ejecución forzosa dictado en un Estado miembro y notificado en otro Estado miembro únicamente en la lengua del primer Estado miembro: Plazo de oposición: TJ, Sala Cuarta, S 7 Jul. 2022. Asunto C 7/21:LKW Walter Internationale Transportorganisation AG y CB, DF, GH”, *La Ley Unión Europea*, nº 107, 2022.
- K. SPÜHLER/R. RODRIGUEZ, *Internationales Zivilprozessrecht: Zuständigkeit, Anerkennung und Vollstreckung, Rechtshilfe, internationales Insolvenz- und Schiedsrecht, mit einem Exkurs zum anwendbaren Recht*, 3ª ed., Zürich, Genf, Schulthess, 2022.

- M. STÜRNER, “Die gesetzlich angebahnte Prozessstandschaft nach dem LkSG. Rückenwind für strategische Prozessführung?”, en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 856-868.
- R. STÜRNER, “Die neuen Model European Rules of Civil Procedure und ihre Grundlegung in der zeitgenössischen Prozessrechtsvergleichung. Eine kurze Einführung in ihre Geschichte, ihre rechtspolitische Intention, ihren prozessharmonisierenden Kontext und ihre Struktur”, en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 869-879.
- R. STÜRNER, “The ELI / UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure: An Introduction to Their Basic Conceptions”, *RabelsZ*, 86, 2, 2022, pp. 421-472.

Derecho de los negocios internacionales

- S. ADALID, “Retrait de l’agrément bancaire: clarification des conditions et de la procédure: Trib. UE, 22 juin 2022, Anglo Austrian AAB AG. e.a./BCE, aff. T-797/19, ECLI:EU:T:2022:389”, *Revue des affaires européennes*, 27, 2, 2022, pp. 377-385.
- I. ANTONAKI, *Capital, Market and the State: reconciling free movement of capital with public Interest objectives*, Leiden, Boston, Brill Nijhoff, 2022.
- M. BARRIO ANDRÉS, “La nueva regulación de los criptoactivos en España”, *Diario La Ley*, nº 10006, Sección Tribuna, 9 febrero 2022.
- M. BARRIO ANDRÉS, “La regulación del derecho a la protección de datos en los Estados Unidos: hacia un RGPD norteamericano”, *CDT*, 14, 2, 2022, pp. 186-193.
- G. BELGER/D. SAIVE, “E-Government im Kontext elektronischer Frachtbriefe und Frachtinformationen in der EU: die eFTI-Verordnung (EU) 2020/1056”, *EuZW*, 33, 7, 2022, pp. 299-305.
- I. BOGDANOVA, *Unilateral Sanctions in International Law and the Enforcement of Human Rights : The Impact of the Principle of Common Concern of Humankind*, Leiden, Boston, Brill Nijhoff, 2022.
- J. BRAUNECK, “Wunderwaffe Sondervermögen: Europäische Friedensfazilität für Waffenlieferungen an die Ukraine”, *EuZW*, 33, 9, 2022, pp. 402-408.
- A. BRIGOLA, “70 Jahre EuGH: eine Gratulationsreise des freien Warenverkehrs durch sieben Nationen und Dekaden”, *EuZW*, 2022, 24, pp. 1168-1176.
- B. BRONGER/V. SAHLFELD, “InvestEU: Aufbau und Funktionsweise des neuen Förderprogramms der EU”, *EuZW*, 33, 19, 2022, pp. 885-896.
- E. BUEREN, *Short-termism im Aktien- und Kapitalmarktrecht. Ideengeschichte, Rechtsvergleichung, Rechtsökonomie*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022.
- M. BUNGENBERG/A. REINISCH (EDS.), *CETA investment law: article-by-article commentary*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, München: C.H. Beck, Oxford: Hart, 2022.
- C. BYK, “Le pouvoir subordonné d’interprétation de la Cour européenne des droits de l’homme et la Convention sur la biomédecine et les droits de l’homme”, *JDI Clunet*, 149, 2, 2022, pp. 525-550.
- J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Títulos valores”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Tomo III, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 4153-4231.
- D. CARRIZO AGUADO/P. QUINZÁ REDONDO (COORDS.), *Derecho del Comercio Internacional. Casos prácticos resueltos y razonados*, Madrid, Colex, 2022.
- S. CASSELLA, “Les limites des arguments de nécessité sanitaire des États comme exception à leurs obligations économiques internationales”, *JDI Clunet*, 149, 2, 2022, pp. 459-482.
- J.J. CASTELLÓ PASTOR, *Daños digitales y derechos de la personalidad: determinación del tribunal competente en conflictos internacionales originados en la red*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2022.
- T. CHANZY/T. GUILLEMIN, “Sur les programmes américains de sanctions et la réglementation européenne de blocage: les entreprises françaises prises entre deux feux Cour de justice de l’Union euro-

- péenne, 21 décembre 2021, n° C-124/20, Bank Melli Iran c/ Telekom Deutschland GmbH”, *Revue critique de droit international privé*, 2022-II, pp. 435-439.
- C.-J. CHENG (ED.), *A New Global Economic Order: New Challenges to International Trade Law*, Leiden, Boston, Brill Nijhoff, 2022.
- C. CERETELLI, “La clausola sociale nei trattati di libero scambio di nuova generazione dell’Unione Europea”, *Rivista di diritto internazionale*, 105, 4, 2022, pp. 1013-1055.
- J. CRUZ ÁNGELES, “Las obligaciones jurídico-comunitarias de las grandes plataformas proveedoras de servicios digitales en la era del metaverso”, *CDT*, 14, 2, 2022, pp. 294-318.
- J.H. DALHUISEN, *Dalhuisen on transnational comparative, commercial, financial and trade law*, 8ª ed., 6 vols., Oxford, London, New York, New Delhi, Sydney, Hart, 2022.
- F. DE LA VEGA GARCÍA, “El Derecho europeo de la competencia ante los ‘acuerdos de sostenibilidad’”, *CDT*, 14, 2, 2022, pp. 825-850.
- P.A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho Privado de Internet*, 6ª ed., Cizur Menor (Navarra), Civitas/Thomson Reuters, 2022.
- P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Condicionantes de la aplicación de la Circular de la CNMV sobre publicidad de criptoactivos a las actividades transfronterizas”, *La Ley Unión Europea*, n° 101, 2022.
- P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “El Reglamento (UE) de Mercados Digitales: Fundamentos, obligaciones de las plataformas y ejecución”, *La Ley Unión Europea*, n° 108, 2022.
- P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Obligaciones de diligencia y responsabilidad de los intermediarios: El Reglamento (UE) de Servicios Digitales”, *La Ley Unión Europea*, n° 109, 2022.
- B. DEHNE, *Investitionskontrolle in Deutschland: Die Kontrolle der Beteiligung ausländischer Staatsfonds an deutschen Unternehmen durch das Außenwirtschaftsrecht*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2022.
- N. DE SADELEER, “La armonización de legislaciones, mercado interior y medio ambiente: los retos del pacto verde”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 150-168.
- F. DÍEZ ESTELLA, “En búsqueda de un concepto de ‘empresa’ en el Derecho de la competencia: la STJUE Sumal c. Mercedes Benz”, *CDT*, 14, 2, 2022, pp. 319-347.
- F. DÍEZ ESTELLA/A. RIBERA MARTÍNEZ, “Derecho de la competencia vs. privacidad: ¿el gran dilema en los nuevos mercados digitales?”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 169-195.
- A. DI MARCO, “Water law in circular economy: Ultra vires actions in environmental sector, or, When Union ambition far exceed its abilities”, *Maastricht journal of European and comparative law*, 29, 2, 2022, pp. 182-200.
- V. DOMÍNGUEZ CALATAYUD, “El papel de las autoridades de control en los tratamientos transfronterizos de datos. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 15 de junio de 2021 (Asunto C-645/19)”, *Diario La Ley*, n° 9999, Sección Tribuna, 28 enero 2022.
- A. D’ORNANO, “Sur la protection des investisseurs après l’extinction des traités bilatéraux d’investissement entre États membres”, *Revue critique de droit international privé*, 2022-II, pp. 443-449.
- M. EGGEN, “Stablecoins”, en E.M. BELSER/P. PICHONNAZ/H. STÖCKLI (EDS.), *Le droit sans frontières, Recht ohne Grenzen, Law without borders: Mélanges pour Franz Werro*, Bern, Stämpfli Editions, 2022, pp. 173-192.
- Y. EL HAGE, *Le droit international privé à l’épreuve de l’internet*, Paris, LGDJ, 2022.
- S.J. ESKENS, “The ever-growing complexity of the data retention discussion in the EU: an in-depth review of La Quadrature du Net and others and Privacy International: joined cases C-511/18, C-512/18 and C-520/18 La Quadrature du Net and others [2020], case C-623/17 Privacy International”, *European data protection law review*, 8, 1, 2022, pp. 143-155.
- C. ESPLUGUES MOTA Y OTROS, *Derecho del Comercio Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.
- J. EYNARD, “La protection des entreprises au moyen de la réglementation sur la protection des données”, *Revue des affaires européennes*, 27, 1, 2022, pp. 59-67.
- A. FERNANDEZ, “The Data Act: the next step in moving forward to a European data space”, *European data protection law review*, 8, 1, 2022, pp. 108-114.
- C.R. FERNÁNDEZ LIESA, “La debida diligencia de las empresas y los Derechos Humanos: hacia una ley española”, *CDT*, 14, 2, 2022, pp. 427-455.

- F. FORNI, “Free movement of medicines and protection of public health: case C-178/20, Pharma Expressz Szolgáltató és Kereskedelmi Kft contre Országos Gyógyszerészeti és Élelmezés-egészségügyi Intézet: judgment of the Court of Justice (Fourth Chamber) of 8 July 2021, EU:C:2021:551”, *European Journal of Health Law*, 29, 2, 2022, pp. 217-239.
- M. GARCÍA GOLDAR, “The inadequate approach of Directive (EU) 2019/771 towards the circular economy”, *Maastricht journal of European and comparative law*, 29, 1, 2022, pp. 9-24.
- D. GARCÍA GUERRERO, “El marco jurídico europeo para neutralizar las asimetrías híbridas en cuanto manifestación de elusión fiscal: la transposición de las Directivas Atad I y Atad II en el Derecho español”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 239-254.
- D. GARCÍA GUERRERO, “La imposición de derechos compensatorios en el marco de los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio: cuestiones de especial interés sobre la especificidad *de jure* ante las subvenciones europeas en materia agrícola”, *CDT*, 14, 2, 2022, pp. 493-511.
- D. GARCÍA SAN JOSÉ, “El Derecho internacional frente a los riesgos de la Inteligencia Artificial (IA) en la investigación embrionaria humana”, *CDT*, 14, 2, 2022, pp. 512-532.
- L. GONZÁLEZ VAQUÉ, “¿Pueden los Estados miembros de la UE establecer precios máximos de venta para los productos alimenticios?”, *La Ley Unión Europea*, nº 102, 2022.
- A. GODT, *International cooperation in competition law matters: a closer look at trade agreements*, Göttingen, Universitätsverlag Göttingen, 2022.
- J. HAHN, *Das Schadensrecht der Geschäftsleiterhaftung. Schadensbegriff – Verbandsgeldbußenregress – Reputationsschaden – Vorteilsausgleichung*, Berlin, Duncker & Humblot, 2022.
- C. HEBER, “Zwingende Gleichheit?: die Einflussnahme des Europarechts auf rein nationale Sachverhalte. Teil 1”, *EuZW*, 33, 2, 2022, pp. 53-59.
- C. HEINZE, “Der internationale Anwendungsbereich des digitalen Binnenmarkts. Eine Skizze”, en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 440-450.
- M. HERNÁNDEZ GIL MANCHA, “El Centro Registral Antibloqueo (CRAB) y las sanciones financieras internacionales motivadas por la invasión rusa de Ucrania”, *La Ley Unión Europea*, nº 104, 2022.
- A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Regulación jurídica internacional de los mercados financieros”, *CDT*, 14, 2, 2022, pp. 533-554.
- R. JANAL, “Neues zum Herkunftslandprinzip für Diensteanbieter der Informationsgesellschaft”, en H. GROTHE/P. MANKOWSKI (HRSG.), *Europäisches und internationales Privatrecht: Festschrift für Christian von Bar zum 70. Geburtstag*, München, C.H. Beck, 2022, pp. 137-148.
- P. JIMÉNEZ BLANCO, “La batalla por las licencias globales de patentes esenciales: las controvertidas medidas antiproceso chinas”, *La Ley Unión Europea*, nº 102, 2022.
- P.-J. JIMÉNEZ VARGAS, “La nueva fiscalidad de la economía digital: primer paso para una verdadera armonización fiscal internacional”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 334-369.
- A. KALLERGIS, “L’applicabilité des traités bilatéraux d’investissement dans les zones contestées”, *JDI Clunet*, 149, 3, 2022, pp. 825-859.
- O.L. KNÖFEL, “Elektronische Wertpapiere im Internationalen Privatrecht”, en H. GROTHE/P. MANKOWSKI (HRSG.), *Europäisches und internationales Privatrecht: Festschrift für Christian von Bar zum 70. Geburtstag*, München, C.H. Beck, 2022, pp. 157-172.
- S. KORCH/J.D. LÜTTRINGHAUS (HRSG.), *Transaktionsversicherungen – W&I und Contingent Specific Risk Insurance in der M&A-Praxis*, München, C.H. Beck, 2022.
- D. LINARDATOS, “Auf dem Weg zu einer europäischen KI-Verordnung: ein (kritischer) Blick auf den aktuellen Kommissionsentwurf”, *GPR*, 19, 2, 2022, pp. 58-70.
- C. MÁRQUEZ CARRASCO, “Instrumentos sobre la debida diligencia en materia de Derechos Humanos: Orígenes, evolución y perspectivas de futuro”, *CDT*, 14, 2, 2022, pp. 605-642.
- S.A.E. MARTENS, “Who has to bear the whips and scorns of COVID-19? Gewerbemieten in der Pandemie”, en N. JANSEN/S. MEIER (HRSG.), *Iurium itinera: historische Rechtsvergleichung und vergleichende Rechtsgeschichte: historical comparative law and comparative legal history: Reinhard Zimmermann zum 70. Geburtstag am 10. Oktober 2022*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 489-512.

- B.W. MARTÍN BAUMEISTER, “La pignoración de cuentas de centralización de tesorería y la noción de ‘control’ como requisito de aportación de la garantía financiera”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 767-790.
- P. MAUME/L. MAUTE, *The law of crypto assets: a handbook*, Baden-Baden, Nomos, 2022.
- P. MEDER, *Unternehmerische Haftung in grenzüberschreitenden Wertschöpfungsketten: eine international-privatrechtliche und international-prozessrechtliche Untersuchung rechtsträgerübergreifender Verkehrspflichten*, Berlin, Duncker & Humblot, 2022.
- P. MENDES DE LEON, *Introduction to air law*, 11^a ed., Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International B.V., 2022.
- P. MENGOLZI, “Reglas comunes para el mercado interior del gas y el principio de solidaridad energética”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 405-421.
- C.R. MÖLLER, *Lex Sportiva: zur Verfassung der transnationalen Dopingregulierung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022.
- J. MONSENPWO, *The Law Applicable to Security Interests in Intermediated Securities Under OHADA Law*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022.
- T. MÜLLER-IBOLD/C. HERRMANN, “Die Entwicklung des Europäischen Außenwirtschaftsrechts (2020-2022). Teil 1”, *EuZW*, 2022, 22, pp. 1029-1036.
- T. MÜLLER-IBOLD/C. HERRMANN, “Die Entwicklung des Europäischen Außenwirtschaftsrechts (2020-2022). Teil 2”, *EuZW*, 2022, 23, pp. 1085-1094.
- F. NIKOLAI, *Gerichtsstandsvereinbarungen für kapitalmarktrechtliche Ansprüche in Satzungen und Emissionsbedingungen*, Wien, facultas, 2022.
- I. ORSSICH, “Das europäische Konzept für vertrauenswürdige Künstliche Intelligenz”, *EuZW*, 33, 6, 2022, pp. 254-264.
- T.J. PARK, *Incomplete international investment agreements: problems, causes and solutions*, Cheltenham, England, Northampton, Massachusetts, Edward Elgar Publishing, 2022.
- M. PARMENTIER, “Die Entwicklung des europäischen Kapitalmarktrechts in den Jahren 2020-2021”, *EuZW*, 33, 3, 2022, pp. 101-107.
- M. PENDL, *Emojis im (Privat-)Recht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022.
- M. PENDL, “Emojis auf dem Weg ins (Privat-)Recht – ein Schlaglicht”, *NJW*, 2022, pp. 1054-1058.
- E.G. PEREIRA/T. TIMONEN/E. ALEYNIKOVA (EDS.), *Governing law and dispute resolution in the oil and gas industry*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2022.
- J.P. PÉREZ VELÁZQUEZ, “El principio *full damages rule* y la delimitación del *quantum respondatur* por la contribución al daño del acreedor en el moderno Derecho de los contratos”, *CDT*, 14, 2, 2022, pp. 694-711.
- N. PIÇARRA, “Acción de responsabilidad por la información contenida en el folleto y acción de nulidad del contrato de adquisición de acciones ejercitada contra el sucesor universal de la entidad de crédito objeto de una decisión de resolución: TJ, Sala Tercera, S 5 May. 2022. Asunto C-410/20: Banco Santander, S.A. / J.A.C. y M.C.P.R.”, *La Ley Unión Europea*, n° 104, 2022.
- F. PICOD, “La protection des entreprises au moyen des libertés de circulation”, *Revue des affaires européennes*, 27, 1, 2022, pp. 9-17.
- B. PILTZ/L. LEWIS (HRSG.), *Beck’sche Online-Formulare internationale Handels- und Vertriebsrecht*, 4^a ed., München, C.H. Beck, 2022.
- F. QUILLERÉ-MAJZOUZ/T. MAJZOUZ, “Un droit international de l’exportation massive d’eau: *lege lata ou lege ferenda?*”, *JDI Clunet*, 149, 2, 2022, pp. 503-524.
- R. REINHART SCHULLER, “Criptoactivos: Categorización jurídica de los criptoactivos e introducción a la tecnología DLT/Blockchain”, *CDT*, 14, 2, 2022, pp. 737-769.
- M. RENNERT/T. KINDT, “Internationales Gesellschaftsrecht und Investitionsschutzrecht”, *RabelsZ*, 86, 4, 2022, pp. 787-840.
- E. RICHEVILAIN, *L’interrégulation des autorités internationales, européennes et nationales de régulation bancaire et financière*, Bayonne, Institut francophone pour la justice et la démocratie, 2022.
- M. SANFTLEBEN, *Anlegerschutz durch Produkt- und Anlegerklassifizierung in England und Deutschland*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2022.

- M.G. SARMIENTO, *El proceso legal de recuperación de activos derivados de la corrupción transnacional: análisis jurídico de la práctica del centro financiero offshore suizo*, Barcelona, Atelier, 2022.
- S. SCHWEMMER, “Das Tokensachstatut – Zur kollisionsrechtlichen Behandlung der Übertragung von Bitcoin, Kryptowertpapieren und anderen Kryptotoken”, *IPRax*, 2022, 4, pp. 331-339.
- G. SCHWENDINGER/K. GÖCKE, “Die Russland-Sanktionen der EU”, *EuZW*, 33, 11, 2022, pp. 499-507.
- A. SHIRVINDT, “No Ordinary Remedies for Extraordinary Situations? Some Remarks on the Fate of the Hardship Provisions of the Russian Civil Code”, en G. GIANNONE CODIGLIONE/L. PIERDOMINICI (Eds.), *Comparative Law in Times of Emergencies*, Roma, Roma Tre Press, 2022, pp. 269-288.
- K.R. SIEVERT, *Handel mit “umstrittenen Gebieten”: Völker- und europarechtliche Grenzen für die Europäische Union*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2022.
- A. SOMMERFELD, “Wie sinnvoll ist eine Rechtsflucht ins Schweizer Recht vor der deutschen AGB-Kontrolle in Handelsverträgen? Rechtsvergleich der Kontrolle von Haftungsbeschränkungsklauseln im unternehmerischen Rechtsverkehr im Schweizer und deutschen Recht”, *IWRZ*, 2022, pp. 64-70.
- A. SPICKHOFF, “Vertrag und Delikt im Europäischen Zuständigkeitsrecht – Neuere Entwicklungen (BGH, S. 519)”, *IPRax*, 2022, 5, pp. 476-481.
- D. STAUDENMAYER, “Privatrechtsregeln für Datenzugangsrechte: der Verordnungsvorschlag der Europäischen Kommission zum Datengesetz”, *EuZW*, 2022, 22, pp. 1037-1043.
- E. STOPPIONI, *Le droit non écrit dans le contentieux international économique: Une analyse critique de discours*, Leiden, Boston, Brill Nijhoff, 2022.
- V. STÜRMER, *Regulierte Selbstregulierung im europäischen Datenschutzrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022.
- E.J. SWAN, *Internet Law: A Concise Guide to Regulation Around the World*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer Law International, 2022.
- P. SZWAJDLER, “Considerations on the construction of future financial regulations in the field of initial coin offering”, *European Business Organization law review*, 23, 3, 2022, pp. 671-709.
- A.J. TAPIA HERMIDA, “La Ley Europea de Servicios Digitales. La adaptación de las normas de Derecho mercantil y civil a las entidades comerciales que operan en línea”, *La Ley Unión Europea*, 2022, nº 99.
- A.J. TAPIA HERMIDA, “El marco bancario y financiero de la Unión Europea ante la activación del Brexit”, *La Ley Unión Europea*, nº 100 (Especial 100), 2022.
- A.J. TAPIA HERMIDA, “La estabilidad financiera de la Unión Europea prevalece sobre los derechos de los accionistas de los bancos rescatados: Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de mayo de 2022, asunto C- 410/20: Banco Santander, S.A. / J.A.C. y M.C.P.R.”, *La Ley Unión Europea*, nº 104, 2022.
- I. TCHOTOURIAN, “La responsabilité sociale et environnementale des entreprises (RSE), la fin d’un trompe-l’œil?: étude comparative de droit des sociétés”, *Revue des affaires européennes*, 27, 2, 2022, pp. 231-240.
- C. TWIGG-FLESNER, *Foundations of international commercial law*, London, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2022.
- S. VAN DER JEUGHT, “Regulatory linguistic requirements for product labelling in the internal market of the European Union: how the curious case of the Irish Dog demonstrates the need for a more coherent EU language policy”, *Comparative law and language*, 1, 1, 2022, pp 34-59.
- J.J. VASEL, “De Bello Oeconomico: die EU-Sanktionen im Ukraine-Konflikt”, *EuZW*, 33, 12, 2022, pp. 541-550.
- J.C. VELASCO-PERDIGONES, “La realidad profesional de ‘Compliance’ y algunos aspectos de su relación jurídica: Ordenamiento español e italiano”, *CDT*, 14, 2, 2022, pp. 851-870.
- J. VIDA FERNÁNDEZ, “La gobernanza de los riesgos digitales: desafíos y avances en la regulación de la inteligencia artificial”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 489-503.
- P. VOGEL, *Künstliche Intelligenz und Datenschutz: Vereinbarkeit intransparenter Systeme mit geltendem Datenschutzrecht und potentielle Regulierungsansätze*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2022.

- J.A. WASHINGTON, “Grundrechtsbindung in der Investitionskontrolle: ein Überblick”, *EuZW*, 33, 20, 2022, pp. 941-944.
- C. WENDELSTEIN, “Der Handel von Kryptowährungen aus der Perspektive des europäischen Internationalen Privatrechts”, *RabelsZ*, 86, 3, 2022, pp. 644-686.
- S. WINKLBAUER/R. HORNER, “Austrian DPA decides EU-U.S. data transfer through the use of Google analytics to be unlawful”, *European data protection law review*, 8, 1, 2022, pp. 78-84.
- C. ZEMBOSCH, *Die kollisionsrechtlichen Problematiken des Investmentsondervermögens: eine rechtsdogmatische Untersuchung unter Einbeziehung der französischen und luxemburgischen Rechtslage*, Hamburg, Verlag Dr. Kovač, 2022.
- Z. ZHANG/Y. CAI, “A case study of international notarization cooperation in private international law: a notarized power of attorney signed by a French citizen to accept a real estate gift”, *CDT*, 14, 2, 2022, pp. 1241-1250.
- F. ZOPF, “Two worlds colliding: the GDPR in between public and private law”, *European data protection law review*, 8, 2, 2022, pp. 210-220.
- A. ZURIMENDI ISLA, “La sentencia del caso Intel o cómo el Derecho de la competencia no responde a la realidad actual”, *CDT*, 14, 2, 2022, pp. 900-914.

Competencia judicial internacional y negocios internacionales

- V. ANDREEVA ANDREEVA, “La culpa in contrahendo y el Reglamento 1215/2012: más preguntas que respuestas”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 44, diciembre 2022.
- I. ANTÓN JUÁREZ, *El proceso monitorio europeo*, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Litigación internacional en la Unión Europea (VI)*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2022.
- R. ARENAS GARCÍA, “Efectos frente a terceros de las cláusulas de elección de tribunal contenidas en conocimientos de embarque, a propósito de las cuestiones prejudiciales planteadas por la Audiencia Provincial de Pontevedra en 2022”, *La Ley Unión Europea*, nº 107, 2022.
- M. BARRAL MARTINEZ, “When Public International Law Meets EU Private International Law: An Insight on the ECJ Case-Law Dealing with Immunity Vis-A-Vis the Application of the Brussels Regime”, en P. SOOKSRIPAIARNKIT/D. PRASAD (EDS.), *Blurry boundaries of public and private international law: Towards convergence or divergent still?*, Singapore, Springer, 2022, pp. 217-238.
- J. BASEDOW, “Der deutsch-russische Rechtsverkehr im Lichte der Haager Anerkennungskonvention 2019”, en A. ALIYEV/B. BREIG/R. WEDDE (EDS.), *Recht als Brücke zwischen Ost und West, Festschrift für Prof. Dr. Alexander Trunk zum 65. Geburtstag*, Stuttgart, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2022, pp. 55-63.
- J. BASEDOW, “Drittwirkungen von Gerichtsstandsvereinbarungen im europäischen Zivilprozessrecht”, en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 515-533.
- A. BENOISTEL, “Le domaine des fors protecteurs en matière d’assurances en cas d’action de la personne lésée contra l’assureur et contra l’assuré (CJUE, 8^o ch., 9 déc. 2021, aff. C-708/20)”, *Revue critique de droit international privé*, 2022-IV, pp. 798-807.
- A.P. BÖMER, *Die Drittwirkung von Gerichtsstandsvereinbarungen im Europäischen Zivilprozessrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2022.
- S. BURRER/D. MARUSCZYK, “Grenzüberschreitende Anerkennung und Vollstreckung polnischer Urteile nach der EuGVVO in Zeiten der polnischen Verfassungskrise”, *EuZW*, 33, 5, 2022, pp. 200-207.
- A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Competencia judicial internacional y Derecho de los negocios internacionales. El Reglamento 1215/2012 ‘Bruselas I-bis’ de 12 diciembre 2012”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 2^a ed., Tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 2523-2759.
- J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Situación jurídica y litigio internacional. Reflexiones en torno a la STJUE de 3 junio 2021, C-280/20, República Bulgaria”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 88-115.

- G. CUNIBERTI, “Quelle solution au conflit de procédures conservatoires en droit judiciaire européen? (CJUE, 6 octobre 2021, aff. C-581/20, Skarb Państwa Rzeczypospolitej Polskiej reprezentowany przez Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad c/ TOTO SpA – Costruzioni Generali, et Vianini Lavori SpA). - Cour de justice de l’Union européenne, 6 octobre 2021, n° C-581/20”, *Revue critique de droit international privé*, 2022-II, pp. 350-361.
- E. D’ALESSANDRO/F. GASCÓN INCHAUSTI (EDS.), *The European Account Preservation Order: a commentary on Regulation (EU) No 655/2014*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2022.
- P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Brexit y acuerdos de elección de foro”, *La Ley Unión Europea*, n° 100 (Especial 100), 2022.
- P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Territorial Scope of Orders against Illegal Content Online”, en S. KUBIS ET AL. (HRSG.), *Ius Vivum: Kunst - Internationales – Persönlichkeit: Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 794-804.
- S. DOMINELLI, “Emoji and Choice of Court Agreements: A Legal Appraisal of Evolutions in Language Methods through the Prism of Article 25 Brussels Ia Regulation”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2022-IV, pp. 813-918.
- A. D’ORNANO, “Des conditions d’application du règlement Bruxelles I bis (CJUE, 3 juin 2021, aff. C-280/20, D. actu. 29 juin 2021 obs. F. Mélin ; JCP G 2021, Actualité 962 obs. C. Nourissat) - Cour de justice de l’Union européenne, 3 juin 2021, n° C-280/20”, *Revue critique de droit international privé*, 2022-I, pp. 78-90.
- A. DUTTA, “Die perpetuatio fori im europäischen Zuständigkeitsrecht. Grundsatz oder Ausnahme?”, en S. KUBIS ET AL. (HRSG.), *Ius Vivum: Kunst - Internationales – Persönlichkeit: Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 574-584.
- H. FLOCKE, *Die Schutzgerichtsstände der EuGVVO bei Wohnsitzwechsel und Rechtsnachfolge*, Göttingen, Cuvillier Verlag, 2022.
- A.-C. FRENSING-DEUTSCHMANN, *Die Wirksamkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen nach der Brüssel Ia-VO und die Absicherung von Derogationsverboten auf der Zuständigkeits- sowie Anerkennungsebene*, Jena, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2022.
- H. GAUDEMET-TALLON, “De l’intérêt de rédiger des clauses attributives de juridiction d’une parfaite clarté - (Com., 16 févr. 2022, n° 20-20.061)”, *Revue critique de droit international privé*, 2022-III, pp. 601-606.
- L. GÓMEZ AMIGO, “Aplicación al proceso monitorio europeo de normativa nacional que interrumpió los plazos procesales en materia civil debido a la pandemia del Covid-19”, *La Ley Unión Europea*, n° 108, 2022.
- C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “Forum non conveniens auf europäische Art: ein misslungener Dialog (EuGH, Rs. C-422/20, S. 377)”, *IPRax*, 2022, 4, pp. 345-349.
- W. HAU, “Einstweiliger Rechtsschutz gegen öffentliche Auftraggeber: Einordnung als Zivilsache, Koordination paralleler Verfahren und mitgliedstaatliche Verfahrensautonomie”, *IPRax*, 2022, 3, pp. 232-236.
- B. HEIDERHOFF/E. YALCIN, “Internationale Zuständigkeit bei Erbringung einer Dienstleistung in verschiedenen Mitgliedstaaten (OLG München, S. 370)”, *IPRax*, 2022, 4, pp. 339-342.
- B. HERNÁNDEZ/J.L. RUIZ DE CASTAÑEDA, “Orden Europea de Retención de Cuentas. Oportunidad y alternativas”, *Diario La Ley*, n° 10171, Sección Tribuna, 16 noviembre 2022.
- B. HESS, “La reforma del Reglamento Bruselas I bis. Posibilidades y perspectivas”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 10-24.
- L. HORNKOHL, “Internationale Zuständigkeit im Gestattungsverfahren nach TMG bei Verdacht auf missbräuchliche Kundenbeschwerden bei Online-Marktplätzen (OLG Köln, S. 509)”, *IPRax*, 2022, 5, pp. 469-476.
- N. JÄÄSKINEN, “Asegurador domiciliado en un Estado miembro, y que posee un establecimiento en otro Estado miembro, demandado ante el órgano jurisdiccional en cuya demarcación se encuentre dicho establecimiento: TJ, Sala Octava, S 30 Jun. 2022. Asunto C-652/20: HW, ZF, MZ y Allianz Elementar Versicherungs AG”, *La Ley Unión Europea*, n° 107, 2022.

- F. JAULT-SESEKE, “Retour sur l’opposabilité de la clause attributive de juridiction figurant dans une lettre de transport maritime (Com. 20 oct. 2021, n. 20-14275)”, *Revue critique de droit international privé*, 2022-IV, pp. 775-783.
- K. JÜRIMÄE, “La acción de restitución del pago indebido por razón de enriquecimiento injusto no constituye una competencia exclusiva en el sentido del Reglamento Bruselas I: TJ, Sala Cuarta, S 9 Dic. 2021. Asunto C-242/20: Hrvatske Šume”, *La Ley Unión Europea*, nº 102, 2022.
- É. KLEIDER, “Convention de Lugano, États tiers et CJUE: entre influence et ignorance, exemples venus de Suisse et de Norvège”, *JDI Clunet*, 149, 1, 2022, pp. 117-134.
- C. KOHLER, “Private International Law Aspects of the European Commission’s Proposal for a Directive on SLAPPs (*Strategic Lawsuits Against Public Participation*)”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2022-IV, pp. 813-827.
- S. LEIBLÉ/F.M. WILKE, “Der Vertragsgerichtsstand im HÄVÜ. Lehren aus Brüssel und Luxemburg?”, en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 710-721.
- D. LEIPOLD, “Schadensersatz bei Verstoß gegen Internationale Zuständigkeitsvereinbarungen? Kritische Bemerkungen aus rechtsdogmatischer und rechtspolitischer Sicht”, en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 722-731.
- D.F. LEUTHOLD, *Die Wirkung von internationalen Gerichtsstandsvereinbarungen zugunsten und zulasten Dritter*, Berlin, Peter Lang, 2022.
- A.M. LÓPEZ RODRÍGUEZ, “Competencia judicial internacional en controversias relacionadas con tokens no fungibles (NFT)”, *REDI*, 74, 2, 2022, pp. 299-321.
- A.M. LÓPEZ RODRÍGUEZ, “Jurisdiction, Recognition and Enforcement of Judgments in Claims Arising out of Smart Contracts under the Brussels I Regulation (recast) and on the Blockchain”, *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2022, 1, pp. 151-171.
- T. LUTZI/F.M. WILKE, “Brüssel Ia extendenda est? Zur Zukunft der internationalen Zuständigkeit deutscher Gerichte in Zivil- und Handelssachen nach Ausweitung der EuGVVO”, *RabelsZ*, 86, 4, 2022, pp. 841-875.
- Z. MCHIRGUI, *L’ accord exclusif d’élection de for à travers la convention de La Haye de 2005*, Paris, L’Harmattan, 2022.
- F.J. MENÉNDEZ ESTÉBANEZ/J.J. PÉREZ BENÍTEZ, “La Audiencia Provincial de Pontevedra suscita una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia acerca de la validez de la extensión de la cláusula a un tercero no parte en el contrato en el que la cláusula está inserta: AP Pontevedra, Sección Primera, AA 16 May. 2022”, *La Ley Unión Europea*, nº 106, 2022.
- F.J. MENÉNDEZ ESTÉBANEZ/M. ALMENAR BELENGUER/J.J. PÉREZ BENÍTEZ, “La Audiencia Provincial de Pontevedra suscita una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia acerca de la validez de la extensión de la cláusula a un tercero en relación con un conocimiento de embarque: AP Pontevedra, Sala Primera, AA 16 May. 2022. Asuntos C-345/22, 346/22 y 347/22”, *La Ley Unión Europea*, nº 107, 2022.
- D. MOURA VICENTE, “En el décimo aniversario del Reglamento Bruselas I bis: algunas cuestiones problemáticas”, *La Ley Unión Europea*, nº 103, 2022.
- F. NIKOLAI, *Gerichtsstandsvereinbarungen für kapitalmarktrechtliche Ansprüche in Satzungen und Emissionsbedingungen*, Wien, facultas, 2022.
- C.M. NORIEGA LINARES, “La determinación de la competencia judicial internacional en compraventa internacional. ¿Consumidor o no consumidor? He ahí la clave”, *CDT*, 14, 2, 2022, pp. 1178-1190.
- A. ORTEGA GIMÉNEZ, “El valor jurídico de los INCOTERMS y la competencia judicial internacional, en una compraventa internacional de mercancías en condiciones FCA”, *Diario La Ley*, nº 10180, Sección Tribuna, 29 noviembre 2022.
- J. PÉREZ FONT, “La notificación al demandado con domicilio desconocido y la falta de validez o fuerza ejecutiva del acto judicial en el Derecho internacional privado europeo”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 827-834.

- T. PFEIFFER, “Widersprüchliche Gerichtsstandsvereinbarungen im Anwendungsbereich der Brüssel Ia-VO”, en S. KUBIS ET AL. (HRSG.), *Ius Vivum: Kunst - Internationales – Persönlichkeit: Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 805-814.
- M. REQUEJO ISIDRO (ED.), *Brussels I bis: a commentary on Regulation (EU) N° 1215/2012*, Cheltenham, Northampton, MA, Edward Elgar Publishing, 2022.
- J.A. ROJAS CORRALES, “La competencia judicial en el procedimiento monitorio europeo”, *Diario La Ley*, n° 10091, Sección Tribuna, 16 junio 2022.
- A.M. RUIZ MARTÍN, “Sumisión tácita, control de la competencia y compatibilidad entre instrumentos jurídicos en litigios de compensación a pasajeros por cancelación de vuelo contra aerolíneas: Comentario sobre el auto C- 9/2022 del Juzgado de lo Mercantil n° 9 de La Coruña”, *CDT*, 14, 2, 2022, pp. 1199-1212.
- C. SANTALÓ GORIS, “C-581/20, Toto: ¿una oportunidad perdida para arrojar luz sobre el artículo 35 del Reglamento de Bruselas I bis?”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 915-926.
- P. SCHLOSSER, “Die Gerichtsstandsvereinbarung und andere europarechtlich vollständig geregelte Verträge”, *IPRax*, 2022, 4, pp. 326-331.
- B. SCRABACK, *Das Prinzip der Konfliktkonzentration in der Brüssel Ia-VO: begrenzte Klägerwahlrechte für Verträge und Delikte mit mehrfachem Ortsbezug*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022.
- D. STEFER, *Zession und Zuständigkeit unter der EuGVO: Eine rechtsvergleichende Untersuchung der Auswirkungen von Abtretung und Legalzession auf die Bestimmung des nach Maßgabe der Brüssel Ia-VO zuständigen Gerichts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022.
- A. STEIN/D. SCHNICHEL/S. LENZING, “Die Entwicklung des europäischen Zivilprozessrechts im Bereich der EuGVVO im Jahr 2021”, *EuZW*, 2022, 23, pp. 1094-1103.
- M. THON, “AGB-Kontrolle und Drittwirkung von Gerichtsstandsvereinbarungen im Anwendungsbereich der EuGVVO – Rolle rückwärts in puncto Rechtssicherheit?”, *IPRax*, 2022, 3, pp. 236-243.
- M. WÜRDINGER, “Das Ziel der Rechtssicherheit im Zuständigkeitsystem der Brüssel Ia-Verordnung”, en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 912-924.

Sociedades de capital y otras personas jurídicas

- S. ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, “Modificaciones necesarias para la trasposición de la Directiva 2019/2021 de movilidad de sociedades”, *Diario La Ley*, n° 10077, Sección Tribuna, 26 mayo 2022.
- V. ANDREEVA ANDREEVA, “*Lex societatis* and the evolution of the principle of freedom of establishment in the European Unión: the long way from Centros to the conversions Directive”, *Revista General de Derecho Europeo*, n° 57, 2022.
- R. ARENAS GARCÍA, “El Derecho de sociedades de la Unión Europea tras el Brexit”, *La Ley Unión Europea*, n° 100 (Especial 100), 2022.
- A. ARNOLD, “Die Sitzverlegung von Stiftungen”, en S. KUBIS ET AL. (HRSG.), *Ius Vivum: Kunst - Internationales – Persönlichkeit: Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 3-13.
- S. BAHLINGER, *Grenzen der Rechtswahlfreiheit im Gesellschaftsrecht*, Hürth, Carl Heymanns Verlag, 2022.
- V. BARNES/J. TRINKS/S. WHEELER (EDS.), *Company law, corporate governance and business history*, Abingdon, Routledge, 2022.
- F. BERNARD, *Les enjeux des scissions transfrontalières au sein de l’Union européenne: à l’aube d’une nouvelle ère de mobilité transfrontalière*, Bruxelles, Larcier, 2022.
- E. BUEREN, *Short-termism im Aktien- und Kapitalmarktrecht. Ideengeschichte, Rechtsvergleichung, Rechtsökonomie*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022.
- A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Sociedades de capital y otras personas jurídicas”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 2761-2867.
- R. DAWID (HRSG.), *Verrechnungspreise: Grundlagen und Praxis*, 3ª ed., Wiesbaden, Springer Gabler, 2022.

- T. FEST, “Unternehmenspersönlichkeitsrecht”, en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 963-973.
- H. FLEISCHER, “Selbstreflexion im Gesellschaftsrecht: ‘Hottest Game in Town’ oder ‘Death of Corporate Law’?”, *ZGR*, 2022, pp. 466-493.
- H. FLEISCHER, “Ein Rundflug über Rechtsformneuschöpfungen im in- und ausländischen Gesellschaftsrecht”, *NZG*, 2022, pp. 827-835.
- P. FRANZINA, “Il contenzioso civile transnazionale sulla corporate accountability”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2022-IV, pp. 828-853.
- J. HAHN, *Das Schadensrecht der Geschäftsleiterhaftung. Schadensbegriff – Verbandsgeldbußenregress – Reputationsschaden – Vorteilsausgleichung*, Berlin, Duncker & Humblot, 2022.
- R. HILSER, *Grenzüberschreitende Rechtsformwechsel in der Europäischen Union: unter besonderer Berücksichtigung der Richtlinie (EU) 2019/2121 und ihrer Implikationen für Personengesellschaften*, Berlin, Duncker & Humblot, 2022.
- J. HOFFMANN/S. HORN, “Die Neuordnung des internationalen Personengesellschaftsrechts”, *RabelsZ*, 86, 1, 2022, pp. 65-90.
- K.J. HOPT, “Company Law and the Corporate Governance Effects of the Pandemic – The new German Law on Virtual General Meetings of Stock Corporations and the Effect of the Pandemic on the Board – Il diritto societario e gli effetti della pandemia sulla corporate governance. La nuova legge tedesca sulle assemblee virtuali di società per azioni e gli effetti della pandemia sull’organo amministrativo”, *Orizzonti del Diritto Commerciale*, 2022, 2, pp. 563-583.
- C. KOHLER, “Kollisionsrechtliche Aspekte der Corporate Social Responsibility: Tagung der Europäischen Gruppe für Internationales Privatrecht 2021”, *IPRax*, 42, 4, 2022, pp. 422-424.
- M. KRETZSCHMAR, *Die Überprüfung drittstaatlicher Unternehmensakquisitionen zum Schutz der öffentlichen Ordnung und Sicherheit in der Europäischen Union: Grundlagen für eine unionsweite Rechtsangleichung*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, München, C.H. Beck, 2022.
- C. KUMPAN/P. PAUSCHINGER, “Die Entwicklung des europäischen Gesellschaftsrechts 2021”, *EuZW*, 33, 10, 2022, pp. 445-452.
- J. LIEDER/M. BIALLUCH, “Europäisches Unternehmensrecht in der aktuellen Rechtsprechung”, *GPR*, 2022, pp. 142-150.
- D. LÜTOLF, *Das Kollisionsrecht der internationalen Unternehmensübernahme*, Zürich, EIZ publishing, 2022.
- J. LÜTTRINGHAUS/S. KORCH (HRSG.), *Transaktionsversicherungen: W&I und Contingent Risk Insurance in der M&A-Praxis*, München, C.H. Beck, 2022.
- K. PISTOR, “Rechtsvergleichung zwischen Rechts- und politischer Ökonomie: am Beispiel des Unternehmensrechts”, *RabelsZ*, 86, 2, 2022, pp. 327-363.
- M. RENNER/T. KINDT, “Internationales Gesellschaftsrecht und Investitionsschutzrecht”, *RabelsZ*, 86, 4, 2022, pp. 787-840.
- P. SCHOLZ, “Die Haftung der Stiftungsorgane nach neuem Recht. Pflichtenkreis, Business Judgment Rule, Darlegungs- und Beweislast”, *Zeitschrift für das Recht der Non Profit Organisationen*, 2022, pp. 50-54.
- C. THOMALE, “Rechtsarbitrage im Mitbestimmungsstatut der SE (BAG, S. 389 und LAG Hamburg, S. 392)”, *IPRax*, 2022, 4, pp. 364-399.
- V. TSAKALIDOU, *Grenzüberschreitende Verschmelzungen und die damit verbundenen international-privatrechtlichen Fragen*, Berlin, Peter Lang, 2022.

Contratos internacionales (I)

- H. AGUILAR GRIEDER, “Contratos internacionales regulados por Directivas UE sectoriales (Derecho internacional privado)”, *CDT*, 14, 2, 2022, pp. 47-70.
- G. ALBERS/F.P. PATTI/D. PERROUIN-VERBE (EDS.), *Causa contractus – Auf der Suche nach den Bedingungen der Wirksamkeit des vertraglichen Willens / Alla ricerca delle condizioni di efficacia della*

- volontà contrattuale / À la recherche des conditions de l'efficacité de la volonté contractuelle*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022.
- V. ANDREEVA ANDREEVA, “La culpa in contrahendo y el Reglamento 1215/2012: más preguntas que respuestas”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 44, diciembre 2022.
- S. ARNOLD, “Künstliche Intelligenz und Parteiautonomie – Rechtsfähigkeit und Rechtswahlfähigkeit im Internationalen Privatrecht”, *IPRax*, 2022, 1, pp. 13-22.
- H. BEALE, “A new version of the Principles of European Contract Law?”, en H. GROTHE/P. MANKOWSKI (HRSG.), *Europäisches und internationales Privatrecht: Festschrift für Christian von Bar zum 70. Geburtstag*, München, C.H. Beck, 2022, pp. 29-38.
- D. BUREAU, “Une illustration du choix tacite de la loi applicable en matière contractuelle (Civ. 1re, 29 septembre 2021, n° 20-18.954, JCP 2022, 148, obs. C. Nourissat) - Cour de cassation (1re civ.), 29 septembre 2021, n° 20-18.954”, *Revue critique de droit international privé*, 2022-II, pp. 410-418.
- A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales I”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 2869-3150.
- M. CASTENDIEK, “Vertragliche Ansprüche Dritter im internationalen Privatrecht”, *IPRax*, 2022, 5, pp. 449-456.
- T. CHANZY/T. GUILLEMIN, “Sur les programmes américains de sanctions et la réglementation européenne de blocage: les entreprises françaises prises entre deux feux Cour de justice de l’Union européenne, 21 décembre 2021, n° C-124/20, Bank Melli Iran c/ Telekom Deutschland GmbH”, *Revue critique de droit international privé*, 2022-II, pp. 435-439.
- N. CHIKOC BARREDA, “Les conflits de lois en matière contractuelle à l’épreuve de la Covid-19”, *Les Cahiers de droit*, 63, 1, 2022, pp. 203-235.
- P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “La futura Ley de Datos de la Unión Europea”, *La Ley Unión Europea*, n° 104, 2022.
- M. FERVERS, “Die Drittwirkungen der Forderungsabtretung im Internationalen Privatrecht”, *RabelsZ*, 86, 3, 2022, pp. 617-643.
- I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, “Los intentos de armonización del Derecho de contratos europeo a través de textos de soft law y algunos ejemplos de su recepción en España”, *La Ley Unión Europea*, 2022, n° 99.
- M. GERNERT, “Blocking Statutes: Private Individuals Entangled in Interstate Conflicts”, en P. SOOKSRIPAIARNKIT/D. PRASAD (EDS.), *Blurry boundaries of public and private international law: Towards convergence or divergent still?*, Singapore, Springer, 2022, pp. 197-216.
- T. HÅSTAD, “Representation and assignment of rights pursuant to DCFR. - Which are the underlying principles and are there links to be observed?”, en H. GROTHE/P. MANKOWSKI (HRSG.), *Europäisches und internationales Privatrecht: Festschrift für Christian von Bar zum 70. Geburtstag*, München, C.H. Beck, 2022, pp. 125-132.
- S. HENKE, *Die Obligation im deutschen und französischen Leistungsstörungenrecht: Eine dogmatisch-konzeptionelle Untersuchung und Gegenüberstellung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022.
- L. HERLITZ/M. JAENSCH, *Kriterien für die Rechtswahl in internationalen Wirtschaftsverträgen*, Berlin, Gans Verlag, 2022.
- M.C.C. HESSE, *Diktierte Parteiautonomie: zur AGB-Kontrolle von internationalen Rechtswahl-, Gerichtsstands- und Schiedsklauseln im europäischen Rechtsraum*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022.
- R. KLEIN, *Vertragliche Abtretungsverbote im multilateralen Rechtsvergleich*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022.
- C. KLEINER, “L’application des ‘sanctions économiques’ adoptées par l’Union européenne contre la Russie à la suite de l’invasion de l’Ukraine: éléments de droit international privé”, *JDI Clunet*, 149, 3, 2022, pp. 749-769.
- M. LIEBERKNECHT, “Transatlantisches Tauziehen – Das Verbot der Befolgung von US-Wirtschaftssanktionen unter der Blocking-VO und seine Auswirkungen auf Vertragskündigungen”, *IPRax*, 2022, 3, pp. 260-264.

- A.M. LOHMANN, *The arbitrator's discretion in conflict of law matters: article 1(1) of the CISG in international arbitration*, Germany, Nomos Verlagsgesellschaft, 2022.
- C. MARESCA, “La qualificazione della responsabilità derivante da rottura brusca di relazioni commerciali stabili: gli effetti delle sentenze della Corte di giustizia sulla giurisprudenza francese”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2022-I, pp. 65-95.
- D. MARTINY (HRSG.), *Internationales Vertragsrecht – Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 9ª ed., Köln, O. Schmidt, 2022.
- P. MEDER, *Unternehmerische Haftung in grenzüberschreitenden Wertschöpfungsketten: eine international-privatrechtliche und international-prozessrechtliche Untersuchung rechtsträgerübergreifender Verkehrspflichten*, Berlin, Duncker & Humblot, 2022.
- W. MONSALVE GARCÍA, “Los Principios Unidroit, como *Lex Mercatoria*, en los arbitrajes comerciales internacionales”, en J.G. SALAVERRÍA LANDER (COORD.), *XII Jornada Aníbal Dominici: en homenaje a Eugenio Hernandez-Bretón*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2022.
- J.I. PAREDES PÉREZ, “Régimen jurídico de las ‘invitaciones a comprar’ en el Derecho internacional privado europeo”, *AEDIPr*, t. XXII, 2022, pp. 237-267.
- M.A. PENADÉS FONTS, “La ley aplicable a las obligaciones contractuales tras Brexit”, *La Ley Unión Europea*, nº 100 (Especial 100), 2022.
- P.P. PENASTHIKA, *Unravelling choice of law in international commercial contracts: Indonesia as an illustrative case study*, The Hague, Eleven, 2022.
- M. PENDL, *Emojis im (Privat-)Recht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022.
- M. PENDL, “Emojis auf dem Weg ins (Privat-)Recht – ein Schlaglicht”, *NJW*, 2022, pp. 1054-1058.
- L. RADEMACHER, “Musik ohne Ton: Die Bedeutung des hypothetischen Parteiwillens für die Vertragsergänzung”, en N. JANSEN/S. MEIER (HRSG.), *Iurium itinera: historische Rechtsvergleichung und vergleichende Rechtsgeschichte: historical comparative law and comparative legal history: Reinhard Zimmermann zum 70. Geburtstag am 10. Oktober 2022*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 403-418.
- R. REINHART SCHULLER, “Criptoactivos: Categorización jurídica de los criptoactivos e introducción a la tecnología DLT/Blockchain”, *CDT*, 14, 2, 2022, pp. 737-769.
- M. SENLLE CARIDE, “La batalla de los formularios en la contratación internacional”, *CDT*, 14, 2, 2022, pp. 804-824.
- F.G. SOURGENS, *Good Faith in Transnational Law: A Pluralist Account*, Leiden, Boston, Brill Nijhoff, 2022.
- A. STADLER, “Grenzüberschreitende Inkassotätigkeit nach dem Zessionsmodell”, en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 499-514.
- D. STEFER, *Zession und Zuständigkeit unter der EuGVO: Eine rechtsvergleichende Untersuchung der Auswirkungen von Abtretung und Legalzession auf die Bestimmung des nach Maßgabe der Brüssel Ia-VO zuständigen Gerichts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022.
- J.H.V. STUYCK, “La protection des entreprises par le droit des contrats et le droit européen”, *Revue des affaires européennes*, 27, 1, 2022, pp. 69-81.
- A.K. SUZUKI-KLASSEN, *A Comparative Study of the Formation of Contracts in Japanese, English, and German Law*, Baden-Baden, Nomos, 2022.
- V. TRSTENJAK, “The impact of the DCFR on the case law of the CJEU”, en H. GROTHE/P. MANKOWSKI (HRSG.), *Europäisches und internationales Privatrecht: Festschrift für Christian von Bar zum 70. Geburtstag*, München, C.H. Beck, 2022, pp. 397-404.

Contratos internacionales (II). Contratos en particular

- H. AGUILAR GRIEDER, “Contratos internacionales regulados por Directivas UE sectoriales (Derecho internacional privado)”, *CDT*, 14, 2, 2022, pp. 47-70.
- J.J. ÁLVAREZ RUBIO, “Implicaciones del Brexit para el transporte marítimo”, *La Ley Unión Europea*, nº 100 (Especial 100), 2022.

- V. ANDREEVA ANDREEVA, “Conflicto de leyes en las transacciones de cryptomonedas”, *AEDIPr*, t. XXII, 2022, pp. 21-47.
- S. ARNOLD, “Künstliche Intelligenz und Parteiautonomie – Rechtsfähigkeit und Rechtswahlfähigkeit im Internationalen Privatrecht”, *IPRax*, 2022, 1, pp. 13-22.
- J. BASEDOW, “Die obligatorische Haftpflichtversicherung à l’européenne”, en J. GROTE/R. RIXECKER/M. WANDT (EDS.), *Versicherungsrecht in Wissenschaft und Praxis, Festschrift für Theo Langheid zum 70. Geburtstag*, München, C.H. Beck, 2022, pp. 13-27.
- F. BENATTI/S. GARCÍA LONG/F. VIGLIONE (EDS.), *The transnational sales contract: 40 years influence of the CISG on national jurisdictions*, Milano, Wolters Kluwer, Padova, CEDAM, 2022.
- K. BOOSFELD, “Das anwendbare Recht auf Verträge über digitale Produkte nach den §§ 327 ff. BGB n.F.”, *GPR*, 19, 2, 2022, pp. 70-77.
- C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “Contrato internacional de seguro”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Tomo III, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 3389-3435.
- A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales II: Contratos en particular”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Tomo III, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 3177-3388.
- M.J. CASTELLANOS RUIZ, “Acción de cesación contra un propietario en el uso con fines turísticos de un bien inmueble en régimen de propiedad horizontal cuando su uso declarado es el de vivienda, ¿foro exclusivo o foro en materia contractual?: A propósito de la Sentencia del TJUE 11 noviembre 2020, Ellmes Property Services Limited C. Sp, C-433/19”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 684-706.
- P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Los servicios de intermediación de datos en el nuevo Reglamento de Gobernanza de Datos”, *La Ley Unión Europea*, nº 105, 2022.
- P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Plataformas de intercambio de vídeos, influyentes y streamers en la Ley 13/2022 General de Comunicación Audiovisual”, *La Ley Unión Europea*, nº 106, 2022.
- P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Instrumentos financieros y tecnología de registros distribuidos en el Proyecto de Ley de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión: cuestiones de Derecho aplicable”, *La Ley Unión Europea*, nº 107, 2022.
- D. EINSELE, *Bank- und Kapitalmarktrecht: nationale und internationale Bankgeschäfte*, 5ª ed., Tübingen, Mohr Siebeck, 2022.
- S. FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, “La localización del lugar de prestación de servicios como criterio atributivo de jurisdicción en materia de contratos de transporte aéreo de pasajeros: Sentencia del Tribunal de Justicia 3 de febrero de 2022, Asunto C- 20/21: LOT Polish Airlines”, *La Ley Unión Europea*, nº 103, 2022.
- P. FRANZINA, “Il ruolo degli Incoterms nella determinazione convenzionale del luogo della consegna: note critiche sulla giurisprudenza della Cassazione”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2022-III, pp. 562-590.
- J. GAL, *Die Mitversicherung: das konsortiale Geschäft in der Versicherungswirtschaft im Spannungsfeld von Privatautonomie, Regulierung und Wettbewerb*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022.
- G. GARRIGA SUAU, “El art. 13.3º del Reglamento 1215/2012 no puede ser invocado por el tercero perjudicado para demandar al responsable del daño (asegurado): Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de diciembre de 2021, Asunto C-708/20: BT”, *La Ley Unión Europea*, nº 103, 2022.
- H. GAUDEMET-TALLON, “L’action directe en matière d’assurances en droit européen: un contentieux toujours abondant (Civ. 1re, 13 octobre 2021 no 20-15.052 et CJUE 21 octobre 2021, aff. C-393/20, T.B., D.sp.z o.o. c. G.I. A/S, D. 2021. 1966) - Cour de cassation (1re civ.), 13 octobre 2021, no 20-15.052 et Cour de justice de l’Union européenne, 21 octobre 2021, nº C-393/20, T.B., D.sp.z o.o. c/ G.I. A/S”, *Revue critique de droit international privé*, 2022-I, pp. 119-136.
- A. GELGEÇ, *Allocation of Liability for Dangerous Goods under International Trade Law: CIF and FOB Contracts*, London, Hart Publishing, 2022.
- E. GÓMEZ VALENZUELA, *Ley aplicable al perfeccionamiento del contrato electrónico*, A Coruña, Colex, 2022.

- D.P. HANLEY, *Aircraft operating leasing: a legal and practical analysis in the context of public and private international air law*, 3ª ed., Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2022.
- L. HANNER, *Internationales Kryptowerterecht: die internationale Zuständigkeit und das anwendbare Recht bei Sachverhalten mit Kryptowerten*, Baden-Baden, Nomos, 2022.
- P. HELLWEGE, “Der Beitrag der englischen Privatversicherungspraxis zur Entstehung der deutschen Sozialversicherung”, en N. JANSEN/S. MEIER (HRSG.), *Iurium itinera: historische Rechtsvergleichung und vergleichende Rechtsgeschichte: historical comparative law and comparative legal history: Reinhard Zimmermann zum 70. Geburtstag am 10. Oktober 2022*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 467-488.
- A. HEMLER, “Das offenkundige Handeln in Vollmacht und der Baubetreuungsvertrag mit ausländischer Baustelle: Welches Recht ist anwendbar? (OLG Köln, S. 524)”, *IPRax*, 2022, 5, pp. 485-489.
- B. HESS/A.J. WILLE, “Russische Verzugszinsen vor dem deutschen Richter: Ist ein Zinssatz von 37,5% pro Jahresquartal akzeptabel? (LG Frankfurt a.M., S. 177)”, *IPRax*, 2022, 2, pp. 164-167.
- K.J. HOPT/H. MERKT (HRSG.), *Vertrags- und Formularbuch zum Handels-, Gesellschafts-, Bank- und Kapitalmarktrecht*, 5ª ed., München, C.H. Beck, 2022.
- M. ILLMER, *Strukturen eines Dienstleistungsvertragsrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022.
- N. JÄÄSKINEN, “Asegurador domiciliado en un Estado miembro, y que posee un establecimiento en otro Estado miembro, demandado ante el órgano jurisdiccional en cuya demarcación se encuentre dicho establecimiento: TJ, Sala Octava, S 30 Jun. 2022. Asunto C-652/20: HW, ZF, MZ y Allianz Elementar Versicherungs AG”, *La Ley Unión Europea*, nº 107, 2022.
- H. JACOBSEN, *Der grenzüberschreitende Bauvertrag in der Europäischen Union*, Berlin, Peter Lang, 2022.
- N. JEVREMOVIC, “Article 79 CISG: Testing the Effectiveness of the CISG in International Trade Through the Lens of the COVID-19 Outbreak”, en P. SOOKSRIPAIARNKIT/D. PRASAD (EDS.), *Blurry boundaries of public and private international law: Towards convergence or divergent still?*, Singapore, Springer, 2022, pp. 127-156.
- R. KOCH (HRSG.), *Aktuelle Probleme des Versicherungsvertrags-, Versicherungsaufsichts- und Vermittlerrechts*, Karlsruhe, Verlag Versicherungswirtschaft, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2022.
- S. KORCH/J.D. LÜTTRINGHAUS (HRSG.), *Transaktionsversicherungen – W&I und Contingent Specific Risk Insurance in der M&A-Praxis*, München, C.H. Beck, 2022.
- R. LAFUENTE SÁNCHEZ, “Competencia internacional y territorial de los tribunales de un Estado miembro en materia de seguros: acción directa contra el asegurador ante los tribunales del domicilio de la persona perjudicada: Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de junio de 2022, asunto C-652/20: Allianz Elementar Versicherungs”, *La Ley Unión Europea*, nº 107, 2022.
- M. LEHMANN, “La Ley aplicable a la cadena de bloques”, *AEDIPr*, t. XXII, 2022, pp.181-202.
- C. LÜKE, *Reverse Factoring: eine rechtliche und ökonomische Analyse*, Frankfurt am Main, Fachmedien Recht und Wirtschaft, dfv Mediengruppe, 2022.
- J.D. LÜTTRINGHAUS/S. KORCH, “Formbedürftigkeit von W&I-Versicherungsverträgen”, *WM*, 2022, pp. 1-7.
- P. MAZZACANO, “Public International Law Versus Private International Law: Competing or Complementary Intersectionality in the CISG?”, en P. SOOKSRIPAIARNKIT/D. PRASAD (EDS.), *Blurry boundaries of public and private international law: Towards convergence or divergent still?*, Singapore, Springer, 2022, pp. 179-196.
- P. PAILLER, “Précisions relatives au régime de l’obligation précontractuelle d’information en matière de contrats collectifs d’assurance-vie ‘unit-linked’: CJUE, 24 février 2022, A/O et G. W. et E. S./A. Towarzystwo Ubezpieczeń Życie S.A., aff. C-143/20 et C-213/20, ECLI:EU:C:2022:118”, *Revue des affaires européennes*, 27, 1, 2022, pp. 175-180.
- J. PÉREZ FONT, “Accidentes de circulación por carretera: competencia judicial internacional, ley aplicable e intereses en caso de mora del asegurador”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 835-852.

- D. PHILIPPE, “Article 79 of the CISG, hardship, risk and renegotiation of the contract”, en H. GROTHE/P. MANKOWSKI (HRSG.), *Europäisches und internationales Privatrecht: Festschrift für Christian von Bar zum 70. Geburtstag*, München, C.H. Beck, 2022, pp. 281-294.
- M. PIKA, “Harte Patronatserklärungen und Wahlschulden nach EuGVVO und Rom I-VO (OLG Brandenburg., S. 175)”, *IPRax*, 2022, 2, pp. 159-164.
- M. SABIDO RODRÍGUEZ, “Contratos internacionales de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, algunas cuestiones planteadas a la luz de la jurisprudencia española”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 471-488.
- L. SISULA-TULOKAS, “Sales law and the climate considerations”, en H. GROTHE/P. MANKOWSKI (HRSG.), *Europäisches und internationales Privatrecht: Festschrift für Christian von Bar zum 70. Geburtstag*, München, C.H. Beck, 2022, pp. 343-354.
- A. STAUDINGER/F. SCHARNETZKI, “Regressstatut beim Innenausgleich zwischen zwei Haftpflichtversicherern eines Gespannes – Karlsruhe locuta, causa non finita (BGH, S. 631)”, *IPRax*, 2022, 6, pp. 589-594.
- A.J. TAPIA HERMIDA, “Distribución de los seguros colectivos e identificación del tomador impropio como intermediario o distribuidor de seguros”, *La Ley Unión Europea*, nº 108, 2022.
- A.J. TAPIA HERMIDA, “Competencia judicial internacional e interna para conocer de la acción directa del perjudicado contra el asegurador en un seguro de responsabilidad civil (STJ 8a 30 de junio de 2022, as. C-652/20: Allianz Elementar Versicherung)”, *La Ley Unión Europea*, nº 109, 2022.
- D. WIEDEMANN, “Anmerkung zu EuGH, 10. Februar 2022 – C-595/20 (Internationales Privatrecht: Anwendbares Recht auf Kaufverträge grüner Anlagen – ShareWood Switzerland)”, *EuZW*, 2022, pp. 270-271.
- C. WITZ/B.G. KÖHLER, “Le Covid-19 et les ventes internationales régies par la Convention de Vienne”, *Recueil Dalloz*, 2022, pp. 754-764.
- C. WITZ/B.G. KÖHLER, “Droit uniforme de la vente internationale de marchandises”, *Recueil Dalloz*, 2022, pp. 2193-2202.
- B. YÜKSEL RIPLEY/Ü. HALATÇI ULUSOY, “COVID-19 Related Export Bans and Restrictions Under WTO Law and the Determination of Their Legal Effects on International Sale of Goods Contracts Between Parties Located in WTO Member States: Interplay Between Public and Private International Law”, en P. SOOKSRIPAISARNKIT/D. PRASAD (EDS.), *Blurry boundaries of public and private international law: Towards convergence or divergent still?*, Singapore, Springer, 2022, pp. 157-178.

Contratos internacionales de consumo

- D. AGULLÓ AGULLÓ, “The interplay of data, consumer and Private International Law rules in the area of collective access to justice in the European Union”, *CDT*, 14, 2, 2022, pp. 71-91.
- S. ARNOLD, “Verbraucherschutz im internationalen Zuständigkeitsrecht bei Wegzug des Verbrauchers (EuGH, Rs. C-296/20, S. 627)”, *IPRax*, 2022, 6, pp. 585-589.
- E. ASSFALG, “Die Wiederbelebung des Widerrufsjokers: zugleich Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 9.9.2021, C 33/20, C-155/20 und C-187/20, Volkswagen Bank und BGH, Beschl. v. 31.1.2022: XI ZR 113/21 u.a.”, *GPR*, 19, 2, 2022, pp. 77-97.
- J. BOMBARDIER, “La protection des entreprises au moyen du droit européen de la consommation”, *Revue des affaires européennes*, 27, 1, 2022, pp. 49-57.
- A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales de consumo”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Tomo III, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 3437-3523.
- J. BASEDOW, “Der Verbraucher verbraucht (nicht immer)”, *ZEuP*, 2022, p. 746.
- S. CANALES GUTIÉRREZ, “Análisis comparado de los ADRs disponibles en la UE, México, Argentina y Colombia para el huésped consumidor frente a las plataformas digitales de alojamiento turístico”, *AEDIPr*, t. XXII, 2022, pp. 517-539.

- M. CARBALLO FIDALGO, “La Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas y su desarrollo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Aportaciones a la construcción de una disciplina protectora y cuestiones abiertas”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 65-87.
- A. CASADO NAVARRO, “Consecuencias negociales de las prácticas desleales con consumidores: soluciones de Derecho comparado y recientes desarrollos normativos en la Unión Europea”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 116-149.
- Z. CHEN, “Jurisdiction and choice of law rules over electronic consumer contracts: the nexus between the concluded contract and the targeting activity”, *Maastricht journal of European and comparative law*, 29, 3, 2022, pp. 328-350.
- A.M. CHOCRÓN GIRÁLDEZ, “El marco jurídico de la Directiva 2020/1828 en relación con la tutela judicial de los intereses colectivos de los consumidores”, *CDT*, 14, 2, 2022, pp. 275-293.
- S. DEURING, “Kauf von in Brasilien wachsenden Bäumen: kein Vertrag über dingliches Recht an unbeweglichen Sachen bzw. keine Pacht unbeweglicher Sachen (EuGH, Rs. C-595/20, S. 640)”, *IPRax*, 2022, 6, pp. 600-604.
- T. DOMEJ, “Internationale Zuständigkeit für Abhilfeklagen nach der EU-V erbandsklagen-Richtlinie”, en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 564-573.
- J. DRECHSLER, “Zur richtlinienkonformen Rechtsfortbildung anhand der Insolvenzsicherung im Pauschalreisevertragsrecht”, *EuZW*, 33, 6, 2022, pp. 261-266.
- M. EBERS/B.M. QUARCH, “The new EU crowdfunding regulation: a new tool for protecting consumers?”, *Journal of European consumer and market law*, 11, 4, 2022, pp. 122-129.
- Y. EL HAGE, “L’influence de la jurisprudence européenne sur les équilibres politiques en droit international privé de la cyberconsommation”, en *Le droit européen de la consommation au XXI^e siècle*, 2022, pp. 501-514.
- F. ESPOSITO/L. GAMBÔA MACHADO/M. GROCHOWSKI, “Será que o Direito Português confere melhor proteção aos consumidores vulneráveis que o Direito da União Europeia no contexto de cláusulas abusivas em contratos de consumo? Uma análise jurídica e económica”, *Católica Law Review*, 6, 2, 2022, pp. 83-111.
- F. ESPOSITO/M. GROCHOWSKI, “The Consumer Benchmark, Vulnerability, and the Contract Terms Transparency: A Plea for Reconsideration”, *ERCL*, 18, 2022, pp. 1-31.
- A.-C. FORNAGE/M.-H. DUROUX, “Calibrer le droit privé de la consommation aux limites planétaires”, en E.M. BELSER/P. PICHONNAZ/H. STÖCKLI (EDS.), *Le droit sans frontières, Recht ohne Grenzen, Law without borders: Mélanges pour Franz Werro*, Bern, Stämpfli Editions, 2022, pp. 233-246.
- M. GROCHOWSKI ET AL., “Algorithmic Price Discrimination and Consumer Protection. A Digital Arms Race?”, *Technology and Regulation, Special Issue: Should Data Drive Private Law?*, 2022, pp. 36-47.
- M. HO-DAC, “Du dialogue interprétatif entre droit (matériel) de la consommation et droit international privé de l’Union – L’exemple du ‘for du consommateur’”, *Revue critique de droit international privé*, 2022-I, pp. 47-62.
- C. HUBER, “Widerrufsausschluss bei Ticketvermittlungen für Freizeitveranstaltungen: vermittelter Unternehmensschutz im Widerspruch zum Urteil easyCar?: Anmerkung zu EuGH vom 31.3.2022-C-96/21-CTS Eventim”, *GPR*, 19, 4, 2022, pp. 171-178.
- Ó. IBÁÑEZ VICENTE, “Valve contra UFC-Que Choisir: videojuegos digitales frente al derecho”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 977-997.
- L. LARRIBÈRE, “Le difficile maniement des critères d’applicabilité de la compétence de protection des consommateurs (Civ. 1re, 15 décembre 2021, n° 19-23.666, Gaz. Pal., 8 févr. 2022, p. 65, obs. J. Clavel-Thoraval) - Cour de cassation (1re civ.), 15 décembre 2021, n° 19-23.666”, *Revue critique de droit international privé*, 2022-II, pp. 387-398.
- J. LIEBRECHT, “Das Ideal selbstbestimmter Willensbildung in den Entstehungsjahren des europarechtlichen Verbrauchers”, en N. JANSEN ET AL. (EDS.), *Iurium Itinera. Historische Rechtsvergleichung und vergleichende Rechtsgeschichte / Historical Comparative Law and Comparative Legal*

- History. Reinhard Zimmermann zum 70. Geburtstag am 10. Oktober 2022*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 333-352.
- M.B.M. LOOS, “No plan B for traders using unfair terms”, *Journal of European consumer and market law*, 11, 1, 2022, pp. 23-26.
- C.I. NAGY, “Die EU-Richtlinie über Verbandsklagen: die Verwandlung von ‘Sein’ in ‘Sollen’?”, *EuZW*, 33, 14, 2022, pp. 637-641.
- A. ORTEGA GIMÉNEZ, “Competencia judicial internacional en materia de contratos celebrados por los consumidores en el marco del Convenio de ‘Lugano II’, a propósito de la STJUE de 30 septiembre de 2021, asunto C-296/20”, *Diario La Ley*, nº 10071, Sección Tribuna, 18 mayo 2022.
- A. PABEL, “Grundkonzept der Missbrauchskontrolle gem. Art 3 I Klausel-RL: zur Berücksichtigung individueller Momente trotz überindividuell-generalisierenden Prüfungsmaßstabs”, *EuZW*, 2022, 22, pp. 1047-1052.
- P.M. QUESADA LÓPEZ, “La delicada compatibilidad con el Derecho europeo de la condena en costas en supuestos de satisfacción extraprocésal en materia de consumidores”, *La Ley Unión Europea*, nº 108, 2022.
- F. RIELÄNDER, “‘Dienste gegen Daten’ - Zu den Herausforderungen für die Schuldrechtswissenschaft im digitalen Zeitalter”, en H. GROTHE/P. MANKOWSKI (HRSG.), *Europäisches und internationales Privatrecht: Festschrift für Christian von Bar zum 70. Geburtstag*, München, C.H. Beck, 2022, pp. 307-318.
- S. RODIN, “Los principios procesales nacionales no pueden ser un obstáculo para los derechos que el Derecho de la Unión confiere en materia de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores: TJ, Gran Sala, SS 17 May. 2022. Asuntos C-869/19: Unicaja Banco; Asunto C-600/19: Ibercaja Banco; Asuntos acumulados C-693/19, SPV Project 1503, y C-831/19: Banco di Desio e della Brianza y otros; Asunto C-725/19: Impuls Leasing România”, *La Ley Unión Europea*, nº 105, 2022.
- M. SABIDO RODRÍGUEZ, “Contratos internacionales de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, algunas cuestiones planteadas a la luz de la jurisprudencia española”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 471-488.
- M. SAFJAN, “Contenido de la información que debe comunicarse al consumidor en relación con la garantía comercial del productor: TJ, Sala Tercera, S 5 May. 2022. Asunto C-179/21: Victorinox”, *La Ley Unión Europea*, nº 104, 2022.
- A. SCHUSCHNIGG, “Die Verbandsklagen-Richtlinie: Umsetzungsbreite und ihre Grenzen”, *EuZW*, 2022, 22, pp. 1043-1046.
- D. STAUDENMAYER, “Daten als Gegenleistung im Europäischen Vertragsrecht”, en H. GROTHE/P. MANKOWSKI (HRSG.), *Europäisches und internationales Privatrecht: Festschrift für Christian von Bar zum 70. Geburtstag*, München, C.H. Beck, 2022, pp. 367-374.
- M.E. STORME, “Path dependency - the example of retention of ownership devices”, en H. GROTHE/P. MANKOWSKI (HRSG.), *Europäisches und internationales Privatrecht: Festschrift für Christian von Bar zum 70. Geburtstag*, München, C.H. Beck, 2022, pp. 375-386.
- V. STÜRMER, *Regulierte Selbstregulierung im europäischen Datenschutzrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022.
- A.J. TAPIA HERMIDA, “Decálogo de la normativa de protección del consumidor en la Unión Europea”, *Diario La Ley*, nº 10019, Sección Tribuna, 1 marzo 2022.
- A.J. TAPIA HERMIDA, “La ‘codificación’ de la normativa de protección del consumidor en la Unión Europea”, *La Ley Unión Europea*, nº 101, 2022.
- A.J. TAPIA HERMIDA, “Honorarios de abogados y defensa del consumidor en los litigios sobre cláusulas abusivas: un equilibrio inestable: Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de abril de 2022, asunto C- 385/20: Caixabank SA”, *La Ley Unión Europea*, nº 103, 2022.
- A.J. TAPIA HERMIDA, “Efectividad de la tutela judicial de los consumidores frente a las cláusulas abusivas de los contratos bancarios: Sentencias del Tribunal de Justicia 17 de mayo de 2022, asuntos C-600/19: Ibercaja Banco, C-869/19: Unicaja banco y otros asuntos acumulados”, *La Ley Unión Europea*, nº 105, 2022.

- P.J. VELA TORRES, “El Tribunal Supremo formula al Tribunal de Justicia las peticiones de la decisión prejudicial en relación a la acción colectiva de ADICAE contra las ‘cláusulas suelo’: TS, Sala de lo Civil, Pleno, A 29 Jun. 2022”, *La Ley Unión Europea*, nº 106, 2022.
- C. VON BARY, “Neues zum prozessualen Verbraucherschutz aus Luxemburg: Verbrauchereigenschaft und Wohnsitzwechsel (EuGH, Rs. C-98/20 und EuGH, Rs. C-774/19, S. 497 und 499)”, *IPRax*, 2022, 5, pp. 456-461.
- H. WAIS/G.-L. ZIDARU, “Anmerkung zu EuGH, Beschl. v. 14.4.2021, C-364/19: Credit Europe Ipotecar”, *GPR*, 19, 1, 2022, pp. 41-45.
- F. ZOLL, “Die Umsetzung der Richtlinien 770/2019 und 771/2019 in das polnische und deutsche Recht: Das Ende der Idee der Europäisierung des Privatrechts?”, en H. GROTHE/P. MANKOWSKI (HRSG.), *Europäisches und internationales Privatrecht: Festschrift für Christian von Bar zum 70. Geburtstag*, München, C.H. Beck, 2022, pp. 435-448.

Contrato internacional de trabajo

- A. ARABADJIEV, “No consideración de la experiencia profesional adquirida en los servicios de salud de otro Estado miembro para el reconocimiento de la carrera profesional de los profesionales sanitarios: TJ, Sala Sexta, S 28 Abr. 2022. Asunto C-86/21: Gerencia Regional de Salud de Castilla y León”, *La Ley Unión Europea*, nº 105, 2022.
- Á. ARIAS DOMÍNGUEZ, “Crónica de jurisprudencia laboral internacional 2021”, *CDT*, 14, 2, 2022, pp. 927-953.
- M.J. ASQUERINO LAMPARERO, “Jornada y tiempo de descanso en la jurisprudencia del TJUE”, *CDT*, 14, 2, 2022, pp. 166-185.
- R. BABAYEV, “Setting out the boundaries of jobseekers’ residence status and beyond: case C-710/19 G.M.A. v État belge”, *Maastricht journal of European and comparative law*, 29, 2, 2022, pp. 286-297.
- S. BAGARI/M. SAGMEISTER, “Economic dependence and parental protection: a comparative analysis of Austrian and Slovenian labour and social security rights of economically dependent self-employed parents”, *European labour law journal*, 13, 1, 2022, pp. 86-107.
- P. BENNETT/H. VAN MEERTEN, “Bauer and beyond: the changing interpretation of Article 8 of Directive 2008/94/EC and its impact on EU Member State (and UK) pension protection arrangements on employer insolvency”, *European Review of Private Law*, 30, 4, 2022, pp. 541-580.
- F. BERNAL SANTAMARÍA, “El pilar europeo de los derechos sociales y el plan de acción: por fin, ¿el modelo social europeo?”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 47-64.
- K. BOURAZERI, “Altersdiskriminierung: Versetzung von Beschäftigten des öffentlichen Sektors in eine geringer vergütete Arbeitskräftereserve: Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 15.4.2021 : C-511/19, Rechtssache Olympiako Athlitiko Kentro Athinon”, *EuZA*, 2, 2022, pp. 221-232.
- A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contrato internacional de trabajo”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Tomo III, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 3525-3588.
- S. CAÑAMARES ARRIBAS, “La relación laboral de los profesores de religión católica en centros públicos ante el Derecho de la Unión Europea: Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de enero de 2022, as. C- 282/19: MIUR y Ufficio Scolastico Regionale per la Campania”, *La Ley Unión Europea*, nº 102, 2022.
- D. CARRIZO AGUADO, “Las relaciones internacionales de trabajo tras el asunto ROI Land Investments: la importancia del nexo de subordinación entre el empleado y la empresa (STJ 3ª 20 de octubre de 2022, as. C-604/20: ROI Inversiones Terrestres)”, *La Ley Unión Europea*, nº 109, 2022.
- M.A. CASTRO ARGÜELLES, “Implicaciones del Brexit en la Política Social”, *La Ley Unión Europea*, nº 100 (Especial 100), 2022.
- C. CERETELLI, “La clausola sociale nei trattati di libero scambio di nuova generazione dell’Unione Europea”, *Rivista di diritto internazionale*, 105, 4, 2022, pp. 1013-1055.

- A. DONNETTE-BOISSIÈRE, “Jurisprudence de la C.J.U.E. sur le contrat de travail à durée déterminée”, *Revue du droit de l’Union européenne*, 3, 2022, pp. 190-200.
- T. ESCHERICH, “Der Ausschluss des Hinweisgeberschutzes nach Art. 21 Abs. 3 der Hinweisgeberrichtlinie (EU) 2019/1937”, *EuZA*, 3, 2022, pp. 307-328.
- Á. ESPINIELLA MENÉNDEZ, *La relación laboral internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.
- N. FERNÁNDEZ AVELLO, “Establecimiento contratante, intermediación y *dumping* social en los contratos de trabajo del transporte internacional”, *AEDIPr*, t. XXII, 2022, pp. 359-387.
- A. FEUERBORN, “Der vorübergehende Charakter der Leiharbeit und seine Konkretisierung im Wege der Rechtsmissbrauchskontrolle: Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 14.10.2020: Rechtssache KG”, *EuZA*, 1, 2022, pp. 109-121.
- M. FRANZEN, “Der Gesamtschutz der Leiharbeitnehmer nach Art. 5 Abs. 3 Richtlinie 2008/104/EG: Überlegungen zum Vorlagebeschluss des BAG 16.12.2020: 5 AZR 143/19 (A)”, *EuZA*, 1, 2022, pp. 3-22.
- M. FRANZEN, “Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs im Arbeitsrecht im Jahr 2021”, *EuZA*, 2, 2022, pp. 186-210.
- C. GARCÍA GALLEGO, “El alcance de la obligación preventiva durante el desplazamiento transnacional de trabajadores: riesgos específicos y accidente en misión”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, Extra 1, 2022, pp. 102-119.
- C. GARCÍA GALLEGO, “La subcontratación como factor de riesgo específico en el desplazamiento transnacional de trabajadores”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, Extra 1, 2022, pp. 120-139.
- J. GRUYTERS, “The internal market for supplementary pensions: a long and winding road”, *Maastricht journal of European and comparative law*, 29, 3, 2022, pp. 375-398.
- S. HÄUSSINGER, “Diskriminierung eines hörbehinderten Strafvollzugsbeamten: Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 15.7.2021: C-795/19, Rechtssache Tartu Vangla”, *EuZA*, 2, 2022, pp. 211-220.
- W. HAMANN/L. RATHMANN, “A1-Bescheinigung bei Entsendungen: zwischen Binnenmarktförderung und integrationshemmender Wirkung”, *EuZA*, 3, 2022, pp. 280-306.
- P. HELLWEGE, “Der Beitrag der englischen Privatversicherungspraxis zur Entstehung der deutschen Sozialversicherung”, en N. JANSEN/S. MEIER (HRSG.), *Iurium itinera: historische Rechtsvergleichung und vergleichende Rechtsgeschichte: historical comparative law and comparative legal history: Reinhard Zimmermann zum 70. Geburtstag am 10. Oktober 2022*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 467-488.
- E. HOWARD, “Headscarves and the CJEU: protecting fundamental rights and pandering to prejudice, the CJEU does both”, *Maastricht journal of European and comparative law*, 29, 2, 2022, pp. 245-262.
- T. HUSEMANN, “Der Richtlinienentwurf der Kommission zur Stärkung des Grundsatzes der Entgeltgleichheit”, *EuZA*, 2, 2022, pp. 166-185.
- M. JACOBS/C. MESSNER/C. SCHINDLER, “Keine Anwendung des unionsrechtlichen Gleichheitssatzes auf tarifvertragliche Regelungen über Nachtarbeitszuschläge”, *EuZA*, 1, 2022, pp. 23-33.
- D. JACOTOT, “Réception par le législateur de la jurisprudence de la C.J.U.E.: le cas du CDD spécifique dans le sport”, *Revue du droit de l’Union européenne*, 3, 2022, pp. 214-219.
- Y. JORENS, *Cross-border EU employment and its enforcement: an analysis of the labour and social security law aspects and a quest for solutions*, Cham, Springer, 2022.
- P. JUÁREZ PÉREZ, “Tripulantes de cabina de pasajeros y contrato internacional de trabajo (STSJ de Islas Baleares núm. 54/2021, de 19 febrero)”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 745-757.
- P. JUÁREZ PÉREZ, “Aplicabilidad del Reglamento 1215/2012 (‘Bruselas I bis’) a un contrato de trabajo no ejecutado: la STJUE de 25 de febrero de 2021 (C-804/19)”, *CDT*, 14, 2, 2022, pp. 1117-1125.
- A. JUNKER, “Rumänische Lastwagenfahrer in Italien und Deutschland: anwendbares Recht und Mindestlohn: Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 15.7.2021: C-152/20 und C-218/20: Rechtssache SC Gruber Logistics”, *EuZA*, 1, 2022, pp. 64-72.

- A. JUNKER, “Internationale Zuständigkeit nach der Brüssel Ia-Verordnung bei Mitarbeiterschaft zweier Konzernunternehmen nach französischem Recht”, *EuZA*, 3, 2022, pp. 362-371.
- F. KAINER, “Der EuGH in der Rechtssache Team Power Europe: auf dem Weg zum sozialrechtlichen Bestimmungslandprinzip?: Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 3.6.2021: C-784/19: Rechtssache Team Power Europe”, *EuZA*, 1, 2022, pp. 98-108.
- A.-K. KLUS, “Intersektionelle Diskriminierung im Kontext des europäischen Antidiskriminierungsrechts: Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 15.7.2021: C-804/18 und C-341/19: Rechtssachen WABE und MH Müller Handel”, *EuZA*, 1, 2022, pp. 73-86.
- O.L. KNÖFEL, “Arbeitsrechtsstreitigkeiten mit Auslandsvertretungen von Mitgliedstaaten im Europäischen Zivilprozessrecht: Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 3.6.2021: C-280/20: Rechtssache Generalno konsulstvo na Republika Bulgaria”, *EuZA*, 1, 2022, pp. 87-97.
- M. KÖRNER, “Anwendungsvorrang des Unionsrechts beim Datenschutz: die ersten Vorlagen des BAG an den EuGH”, *EuZA*, 1, 2022, pp. 122-132.
- S. KREBBER, “Einzelfragen zur Anwendung der Entsenderichtlinie und von Verordnung (EG) Nr. 561/2006 zu Lenkzeiten, Fahrtunterbrechungen und Ruhezeiten für Kraftfahrer: anwendbarkeit der Entsenderichtlinie auf den Straßenverkehrssektor, internationale Zuständigkeit, Zulagen und unmittelbare horizontale Anwendung der Entsenderichtlinie: Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 8.7.2021: C-428/19, Rechtssache Rapisped”, *EuZA*, 3, 2022, pp. 329-338.
- M.A. KUMIN, “Medidas que tienen por objeto prevenir y sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada en el sector público (TJ, Sala Segunda, S 3 Jun. 2021): TJ, Sala Segunda, S 3 Jun. 2021. Asunto C-726/19: Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario”, *La Ley Unión Europea*, nº 101, 2022.
- A.J. KUMIN, “Razones objetivas que justifican la renovación de contratos de trabajo de duración determinada en el sector público de profesores de religión católica: TJ, Sala Segunda, S 13 Ene. 2022. Asunto C-282/19: MIUR y Ufficio Scolastico Regionale per la Campania”, *La Ley Unión Europea*, nº 102, 2022.
- A. LAMBERTI, “La condizione giuridica dello straniero e il godimento dei diritti sociali fondamentali: la recente giurisprudenza costituzionale (e il dialogo con la Corte di Lussemburgo)”, *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2022, 2, pp. 42-87.
- U. LIUKKUNEN, “Decent Work and Private International Law”, *RabelsZ*, 86, 4, 2022, pp. 876-904.
- M. LLOBERA, “El desplazamiento transnacional de larga duración: ¿cómo afecta a las pensiones futuras de los trabajadores?”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, Extra 1, 2022, pp. 42-75.
- M. LLOBERA, “Dimensión socio-laboral de las relaciones comerciales trasatlánticas: algunas lecciones del pasado”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, Extra 1, 2022, pp. 170-199.
- V. LOMAS HERNÁNDEZ, “La reforma laboral y su incidencia en la contratación de profesionales sanitarios extracomunitarios por los servicios públicos de salud”, *Diario La Ley*, nº 10060, Sección Tribuna, 3 mayo 2022.
- J. LÓPEZ GANDÍA, “El desplazamiento transnacional de trabajadores: regulación aplicable en materia de Seguridad Social”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, Extra 1, 2022, pp. 15-41.
- J. LÓPEZ GANDÍA, “Régimen de Seguridad Social aplicable a los desplazamientos fuera de la Unión y a los trabajadores extracomunitarios”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, 2022, pp. 76-101.
- C. LYCOURGOS, “El Tribunal de Justicia precisa el alcance del concepto de ‘tiempo de trabajo’ para un período de guardia en régimen de disponibilidad no presencial (TJ, Sala Quinta, S 11 Nov. 2021, Asunto C-214/20: Dublin City Council): TJ, Sala Quinta, S 11 Nov. 2021. Asunto C-214/20: Dublin City Council”, *La Ley Unión Europea*, 2022, nº 99.
- P. MANKOWSKI, “Gesetzlicher Mindestlohn für eine Pflegekraft aus Bulgarien: Internationale Zuständigkeit, anwendbares Recht und Eingriffsnormen”, *EuZA*, 3, 2022, pp. 352-361.
- P. MEDER, *Unternehmerische Haftung in grenzüberschreitenden Wertschöpfungsketten: eine international-privatrechtliche und international-prozessrechtliche Untersuchung rechtsträgerübergreifender Verkehrspflichten*, Berlin, Duncker & Humblot, 2022.

- L. MERRETT, *Employment contracts in private international law*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2022.
- N. MIHMAN, *Les rapports de travail mobiles*, Paris, LGDJ, 2022.
- L. MITRUS, “Entsenderecht zwischen Arbeitnehmerschutz und Protektionismus: Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 8.12.2020: C-620/18, Rechtssachen Ungarn/Parlament und Rat und Polen/Parlament und Rat”, *EuZA*, 2, 2022, pp. 233-243.
- C.R. MÖLLER, *Lex Sportiva: zur Verfassung der transnationalen Dopingregulierung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022.
- J.L. MONEREO PÉREZ, “Reflexiones sobre la doctrina jurisprudencial respecto a los efectos subrogatorios o sucesorios jurídico-laborales en supuestos de reversión y reasunción de los servicios: personal indefinido no fijo vs personal laboral fijo”, *La Ley Unión Europea*, nº 107, 2022.
- J.L. MONEREO PÉREZ/S. GUINDO MORALES, “La conversión en indefinido no fijo del personal interino por vacante en el sector público por fraude y uso abusivo tras la dilación injustificada a la hora de proveer la plaza: Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Séptima, de 3 de junio de 2021, asunto C-726/19: Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario”, *La Ley Unión Europea*, nº 101, 2022.
- J.L. MONEREO PÉREZ/S. GUINDO MORALES, “El principio fundamental comunitario de no discriminación: La desigualdad de trato ante la negativa a tomar en consideración, en concepto de antigüedad del trabajador, la experiencia profesional adquirida por los trabajadores en un servicio público de salud de otro Estado miembro de la Unión Europea: Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de abril de 2022, C-86/21 - Gerencia Regional de Salud de la Junta de Castilla y León”, *La Ley Unión Europea*, nº 105, 2022.
- J.L. MONEREO PÉREZ/B. DEL M. LÓPEZ INSUA, “Mantenimiento de la coordinación en materia de Seguridad Social tras el Brexit”, *La Ley Unión Europea*, nº 100 (Especial 100), 2022.
- J.L. MONEREO PÉREZ/B. DEL M. LÓPEZ INSUA, “Discriminación indirecta y reconocimiento de las prestaciones por desempleo a las empleadas del hogar: un punto de partida para la consecución de una plena igualdad”, *La Ley Unión Europea*, nº 101, 2022.
- J.L. MONEREO PÉREZ/B. DEL M. LÓPEZ INSUA, “El concepto de ‘trabajador a tiempo determinado’ en el marco comunitario: la figura del indefinido no fijo como ‘sanción’ a la Administración Pública ante el abuso de la temporalidad”, *La Ley Unión Europea*, nº 106, 2022.
- J.L. MONEREO PÉREZ/S. LÓPEZ VICO, “Trabajadores con discapacidad: principio de igualdad de trato y alcance del concepto de ajustes razonables: Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de febrero de 2022, as. C- 485/20: HR Rail”, *La Ley Unión Europea*, nº 102, 2022.
- J.L. MONEREO PÉREZ/S. LÓPEZ VICO, “De nuevo en torno a la ordenación del tiempo de trabajo: igualdad de trato y protección de la salud y seguridad de los trabajadores nocturnos: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de febrero de 2022, asunto C-262/20: VB”, *La Ley Unión Europea*, nº 103, 2022.
- J.L. MONEREO PÉREZ/S. LÓPEZ VICO, “La protección jurídico social de los trabajadores en el trabajo a través de las Empresas de Trabajo Temporal en el plano internacional (STJ 2ª 13 de octubre de 2022, as. C-713/20: Raad van bestuur van de Sociale verzekeringsbank)”, *La Ley Unión Europea*, nº 109, 2022.
- J.L. MONEREO PÉREZ/A. MUROS POLO, “Duración del período de puesta a disposición en empresas de trabajo temporal: abuso en las sucesivas cesiones y límite temporal máximo: Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de marzo de 2022, asunto C- 232/20: NP y Daimler AG, Mercedes-Benz Werk Berlin”, *La Ley Unión Europea*, nº 104, 2022.
- J.L. MONEREO PÉREZ/A. MUROS POLO, “Derecho a vacaciones anuales retribuidas e incapacidad temporal en la última doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *La Ley Unión Europea*, nº 108, 2022.
- C. NIVARD/S. ANGELERI (EDS.), *The European Social Charter: A Commentary*, vol. 1, *Cross-cutting Themes*, Leiden, Boston, Brill Nijhoff, 2022.
- P. OLIVERIA, “Discrimination within a group of workers with disabilities: comment to Court of Justice of the European Union, case C-16/19”, *European labour law journal*, 13, 1, 2022, pp. 127-134.

- M. PENDL, *Emojis im (Privat-)Recht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022.
- M. PENDL, “Emojis auf dem Weg ins (Privat-)Recht – ein Schlaglicht”, *NJW*, 2022, pp. 1054-1058.
- C. PERONA MATA, “¿Es de aplicación el Reglamento CE/883/04 a los efectos de Seguridad Social al personal contratado o desplazado que presta servicios en la Unión Europea?”, *La Ley Unión Europea*, nº 99, 2022.
- C. PERONA MATA/J. ARRIBAS CÁMARA, “Libertad religiosa en relación con el carácter ideológico del empleador. margen de actuación de los Estados miembros”, *La Ley Unión Europea*, nº 109, 2022.
- A. PRECHAL, “Normativa nacional que establece la incompatibilidad de dos o más pensiones de incapacidad permanente total reconocidas en virtud del mismo régimen legal de seguridad social: TJ, Sala Segunda, S 30 Jun. 2022. Asunto C-625/20: KM e Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)”, *La Ley Unión Europea*, nº 106, 2022.
- Z. RASNACA/A. KOUKIADAKI/N. BRUUN/K. LRCHER (EDS.), *Effective enforcement of European Union labour law*, London, Hart Publishing, Bloomsbury Publishing, 2022.
- M.I. RIBES MORENO, “La compleja inclusión de los pescadores en el control del tiempo de trabajo”, *CDT*, 14, 2, 2022, pp. 770-789.
- J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Lugar de trabajo habitual a la luz del artículo 8.2 del Reglamento Roma I. Comentario de la STJUE de 15 julio 2021, asuntos acumulados C-152/20 y C-218/20”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 858-869.
- L.S. ROSSI, “Protección contra el desempleo de los empleados de hogar (TJ, Sala Tercera, S 24 Feb. 2021): TJ, Sala Tercera, S 24 Feb. 2021. Asunto C-389/20: Tesorería General de la Seguridad Social”, *La Ley Unión Europea*, nº 101, 2022.
- M. SAFJAN, “Despido de un trabajador declarado definitivamente no apto para desempeñar las funciones esenciales de su puesto de trabajo: TJ, Sala Tercera, S 10 Feb. 2022. Asunto C-485/20: HR Rial”, *La Ley Unión Europea*, nº 102, 2022.
- C. TATAY PUCHADES, “El teletrabajo y el desplazamiento de trabajadores a través de plataformas digitales”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, Extra 1, 2022, pp. 140-169.
- M. VAN DEN BRINK, “When can religious employers discriminate?: the scope of the religious ethos exemption in EU law”, *European law open*, 1, 1, 2022, pp. 89-112.
- C. VILLÁN DURÁN/C. FALEH PÉREZ, “España ante la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares”, *REDI*, 74, 1, 2022, pp. 65-80.
- P. VON WILMOWSKY, “Betriebsübertragung im Insolvenzverfahren: einschränkung der Erwerberhaftung (§ 613a Bürgerliches Gesetzbuch): Schwächen in den Konzeptionen von Bundesarbeitsgericht und Europäischem Gerichtshof”, *EuZA*, 1, 2022, pp. 34-63.
- I. VORONOVA, “Die Übermittlungspflicht nach § 17 Abs. 3 Satz 1 KSchG: ein unscheinbarer Fallstrick bei der Massenentlassung?”, *EuZA*, 3, 2022, pp. 372-377.
- S. ZIEGELMAYR, *Mitbestimmung bei der SE & Co. KG*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2022.

Derechos reales

- I. ADAMCZYK/ J.F. STAGL, “Der Eigentumserwerb an Fahrnis im polnischen Recht”, *RabelsZ*, 86, 2022, pp. 473-501.
- G. ALONSO LANDETA, “La sentencia Grossmania o de cómo ha de actuar el Registrador ante una norma incompatible con el Derecho de la Unión: Sentencia del Tribunal de Justicia 10 de marzo de 2022, asunto C- 177/20: Grossmania”, *La Ley Unión Europea*, nº 104, 2022.
- K. BOOSFELD, “Zu den Wurzeln des sachenrechtlichen *Numerus clausus*: Niederländische Kodifikationsentwürfe und die grotianische Eigentumslehre”, en N. JANSEN/S. MEIER (HRSG.), *Iurium itinera: historische Rechtsvergleichung und vergleichende Rechtsgeschichte: historical comparative law and comparative legal history: Reinhard Zimmermann zum 70. Geburtstag am 10. Oktober 2022*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 759-778.

- C. BRÜNING, “Staatliche Kulturpflege im liberalen Rechtsstaat”, en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 27-38.
- C. BUSCH, “Granuläres Sachenrecht. Abschied vom numerus clausus im Internet of Things?”, en H. GROTHE/P. MANKOWSKI (HRSG.), *Europäisches und internationales Privatrecht: Festschrift für Christian von Bar zum 70. Geburtstag*, München, C.H. Beck, 2022, pp. 39-48.
- J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Derechos reales”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Tomo III, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 3589-3721.
- M.J. CASTELLANOS RUIZ, “Acción de cesación contra un propietario en el uso con fines turísticos de un bien inmueble en régimen de propiedad horizontal cuando su uso declarado es el de vivienda, ¿foro exclusivo o foro en materia contractual?: A propósito de la Sentencia del TJUE 11 noviembre 2020, Ellmes Property Services Limited C. Sp, C-433/19”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 684-706.
- B. DRAZEWSKA, *Military Necessity in International Cultural Heritage Law*, Leiden, Boston, Brill Nijhoff, 2022.
- G. GARRIGA SUAU/C.A. WHYTOCK, “Choice of law for immovable property issues: new directions in the European Union and the United States”, *REDI*, 74, 1, 2022, pp. 81-108.
- F. GIGLIO, “Roman dominium and the Common-Law Concept of Ownership”, *RebelsZ*, 86, 1, 2022, pp. 91-118.
- R. HÜTTEMANN/P. RAWERT, “NS-verfolgungsbedingt entzogenes Kulturgut und der stiftungsrechtliche Grundsatz der Vermögenserhaltung”, en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 50-61.
- A. JAGIELSKA-BURDUK, *Cultural Heritage as a Legal Hybrid: Between Public and Private Law*, Cham, Springer International Publishing, 2022.
- E. JAYME, “Restitution von Kolonialgut: Narrative Wiedergutmachung und kulturelle Identität im Kunstrecht”, en ID., *Internationales Privatrecht - Rechtsvergleichung und Rechtsgeschichte - Kulturgüterschutz, Kunstrecht und Urheberrecht: Vorträge - Aufsätze – Betrachtungen*, Heidelberg, C.F. Müller, 2022, pp. 390-398.
- E. JAYME, “Spannungen zwischen Eigentum und Restitutionsforderungen bei der Eintragung von Kulturgütern in die Lost Art-Datenbank der Stiftung Deutsches Zentrum Kulturgutverluste: Auswirkungen auf das Internationale Privat- und Verfahrensrecht (zu LG Magdeburg, 27.11.2019 - 2 S 599/1)”, en ID., *Internationales Privatrecht - Rechtsvergleichung und Rechtsgeschichte - Kulturgüterschutz, Kunstrecht und Urheberrecht: Vorträge - Aufsätze – Betrachtungen*, Heidelberg, C.F. Müller, 2022, pp. 367-373.
- E. JAYME, “Die Lost Art-Datenbank der Stiftung Deutsches Zentrum Kulturgutverluste in Magdeburg und das internationale Kunsthandelsrecht”, en ID., *Internationales Privatrecht - Rechtsvergleichung und Rechtsgeschichte - Kulturgüterschutz, Kunstrecht und Urheberrecht: Vorträge - Aufsätze – Betrachtungen*, Heidelberg, C.F. Müller, 2022, pp. 399-410.
- T. KEIJSER (ED.), *Transnational securities law*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2022.
- J.C. KOCKROW, *Dingliche Sicherungsrechte in grenzüberschreitenden Restrukturierungen: die Wirkung von Art. 8 EuInsVO auf die Behandlung von Sicherungsrechten am Beispiel des Insolvenzplans*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2022.
- L.F. LUEG, *Teleologische Theorien des Urheberrechts: Der angloamerikanische Urheberrechtsdiskurs zwischen Rechtfertigung und Rechtskritik*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022.
- G. MAGRI, “Der gutgläubige Erwerb vom Nichtberechtigten und die Besonderheiten des italienischen Rechts im europäischen Kontext”, en H. GROTHE/P. MANKOWSKI (HRSG.), *Europäisches und internationales Privatrecht: Festschrift für Christian von Bar zum 70. Geburtstag*, München, C.H. Beck, 2022, pp. 215-224.
- A. MOSNA, “Give art market regulation a chance”, *Maastricht journal of European and comparative law*, 29, 3, 2022, pp. 304-327.

- X. ORBEGOZO MIGUEL, “Denegación de embargo preventivo de buque contra deudor no propietario del buque por la inexistencia de ‘crédito marítimo’ (auto del Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Barcelona de 21 de mayo de 2021)”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 809-815.
- M. PERKOWSKI/W. ZOŃ/P. SAGANEK, *The Disputed Bialowieża Forest: Legal Remedies for the Protection of Cross-Border Properties*, Boston, Brill, 2022.
- A. PRECHAL, “Obligación de un órgano jurisdiccional nacional de dejar inaplicada una normativa nacional contraria al Derecho de la Unión tal como ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia: TJ, Sala Tercera, S 10 Mar. 2022. Asunto C-177/20: Grossmania”, *La Ley Unión Europea*, nº 104, 2022.
- W.H. RECHBERGER, “Adele, Amalie und das Belvedere. Zur Kunstrückgabe am Beispiel zweier Klimt-Porträts”, en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 62-73.
- T. SCOVAZZI, “Luci e ombre della Convenzione di Nicosia”, *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2022, 2, pp. 140-150.
- I. STAMATOUDI, *Research Handbook on Intellectual Property and Cultural Heritage*, Northampton, Edward Elgar Publishing, 2022.
- M.E. STORME, “Path dependency - the example of retention of ownership devices”, en H. GROTHE/P. MANKOWSKI (HRSG.), *Europäisches und internationales Privatrecht: Festschrift für Christian von Bar zum 70. Geburtstag*, München, C.H. Beck, 2022, pp. 375-386.
- M. WELLER, “Restitution nationalsozialistischer Raubkunst. Das deutsche Zurechnungsmodell unter der Lupe”, en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 85-98.
- J. ZHANG, “Functional Reform of the Chinese Law of Secured Transactions in Movable from a Comparative Perspective”, *RabelsZ*, 86, 1, 2022, pp. 119-165.

Propiedad intelectual e industrial

- C.V. CARANI, *Design Rights*, 2ª ed., Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer Law International, 2022.
- J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Propiedad intelectual e industrial”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Tomo III, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 3723-3774.
- K. DE LA DURANTAYE, “‘Gutes Design ist ästhetisch’. Urheberrechtlicher Schutz für Werke der angewandten Kunst in der EU und den U.S.A.”, en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 136-146.
- P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Lugar de la infracción y ley aplicable a los derechos de propiedad industrial unitarios: Sentencia TJUE de 3 de marzo de 2022, as. C-421/20: Acacia”, *La Ley Unión Europea*, nº 102, 2022.
- M. DESANTES REAL, “Efectos del Brexit en los derechos de propiedad industrial”, *La Ley Unión Europea*, nº 100 (Especial 100), 2022.
- J. DREXL, “Die Kyoto Guidelines 2020 der International Law Association. Zur Reichweite des Schutzlandprinzips im Urheberkollisionsrecht”, en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 123-135.
- P. ENGLAND, *A Practitioner’s Guide to the Unified Patent Court and Unitary Patent*, Hart Publishing, 2022.
- A. FOLLIARD-MONGUIRAL/B. SAVIN, “La loi du plus for (règles de compétence et de conflit applicables aux marques, dessins et modèles de l’Union européenne”, *Revue des affaires européennes*, 27, 2, 2022, pp. 301-311.
- A. GARCÍA VIDAL, “Marcas compuestas por nombres de celebridades: implicaciones jurídicas de la fama del personaje”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 255-285.

- I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, “Los derechos de propiedad intelectual tras el primer año del Brexit”, *La Ley Unión Europea*, nº 100 (Especial 100), 2022.
- S. GÖSSL, “Altersgrenzen bei der datenschutzrechtlichen Einwilligung aus internationaler Perspektive”, en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 417-427.
- M. GRÜNBERGER, “Die internationale Dimension des UrhDaG”, en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 147-158.
- H. HENKE, “Kulturelle Integration in der Europäischen Union unter dem europäischen Urheberrecht”, en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 159-170.
- C. HILTGEN-LEBOUVIER, “La protection des entreprises au moyen de la marque de l’Union européenne”, *Revue des affaires européennes*, 27, 1, 2022, pp. 83-97.
- F. HOFMANN, “Aktuelle Entwicklungen der Rechtsprechung zum europäischen Urheberrecht von April 2020 bis April 2022”, *EuZW*, 33, 11, 2022, pp. 493-498.
- J. JICKELI, “Kartellrechtliche Grenzen von Immaterialgüterrechten”, en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 194-204.
- J. JUŘIČKOVÁ, “Something old, something new”, *Journal of intellectual property law & practice*, 17, 5, 2022, pp. 465-472.
- N. KESSLER/C. PALZER, “Die (vermeintliche) deutsche Gerichtspraxis der patentrechtlichen Unterlassungsverfügung auf dem Prüfstand des EuGH: Luxemburg locuta, causa finita?: zugleich Bespr. von EuGH 28.4.2022, Phoenix Contact (C-44/21)”, *EuZW*, 33, 12, 2022, pp. 562-566.
- L.F. LUEG, *Teleologische Theorien des Urheberrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022.
- C. LYCOURGOS, “Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales que remite al país en el que se ha cometido la infracción de un derecho de propiedad intelectual: TJ, Sala Quinta, S3 Mar. 2022. Asunto C-421/20: Acacia”, *La Ley Unión Europea*, nº 102, 2022.
- A.L. MARISCAL GONZÁLEZ, “La consideración del lugar de la infracción en la ley aplicable a las pretensiones conexas a una acción por infracción de dibujo o modelo comunitario, a propósito de la STJUE de 3 de marzo de 2022, Acacia y BMW, C-421/20”, *CDT*, 14, 2, 2022, pp. 1151-1159.
- C. MELLER-HANNICH, “Verbandsklagerechte im Urhebervertragsrecht und die Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt (DSM-Richtlinie)”, en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 214-226.
- A. METZGER, “Die RAAP-Entscheidung des EuGH (C-265/19). Bruch mit den Grundsätzen der urheberrechtlichen Konventionen?”, en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 227-236.
- R. MICHAELS, “Das Persönlichkeitsrecht am Bild der eigenen Sache”, en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 974-985.
- P.S. MORRIS (ED.), *Intellectual Property and the Law of Nations, 1860-1920*, Leiden, Boston, Brill Nijhoff, 2022.
- A. NORDEMANN-SCHIFFEL/A. NORDEMANN, “Alles Käse oder vielleicht doch mehr? Gedanken zum Werkbegriff des EuGH”, en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 237-244.
- E.I. OBERGFELL, “Ein europäisches Urheberpersönlichkeitsrecht jenseits der Utopie”, en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 245-255.
- E.K. OKE, *Patents, Human Rights, and Access to Medicines*, Cambridge, England, New York, New York, Cambridge University Press, 2022.

- E.K. OKE, *The Policy Space in International Intellectual Property Law*, Leiden, Boston, Brill Nijhoff, 2022.
- M. PENDL, *Emojis im (Privat-)Recht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022.
- M. PENDL, “Emojis auf dem Weg ins (Privat-)Recht – ein Schlaglicht”, *NJW*, 2022, pp. 1054-1058.
- T. PERISIN, “Denegación de una solicitud de marca figurativa de la Unión Andorra (STG, Sala Novena, S 23 Feb. 2022): STG, Sala Novena, S 23 Feb. 2022. Asunto T-806/19: Govern d’Andorra/EUIPO (Andorra)”, *La Ley Unión Europea*, nº 101, 2022.
- O. REMIEN, “Einheitliche Patentgerichtsbarkeit und Zwangsgeld. Zu einem der Elemente des Europäischen Zivilprozessrechts im EPGÜ”, en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 815-826.
- J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Consecuencias sobre la patente europea con efecto unitario”, *La Ley Unión Europea*, nº 100 (Especial 100), 2022.
- S.J. SCHAAPFEMA, *Intellectual property in the conflict of laws: the hidden conflict-of-law rule in the principle of national treatment*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2022.
- G. SPINDLER, “Künstliche Intelligenz und Urheberrecht aus europäischer Perspektive”, en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 340-352.
- I. STAMATOUDI, *Research Handbook on Intellectual Property and Cultural Heritage*, Northampton, Edward Elgar Publishing, 2022.
- A. TAUBMAN/J. WATAL (EDS.), *Trade in knowledge: intellectual property, trade and development in a transformed global economy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2022.
- P.N. UPRETI, *Intellectual Property Objectives in International Investment Agreements*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing, 2022.
- I. ZIEMELE, “Los titulares de derechos deben recibir una compensación equitativa, que, sin embargo, no debe necesariamente imponerse a los proveedores de servicios en la nube: TJ, Sala Segunda, S 24 Mar. 2022. Asunto C-433/20: Austro-Mechana”, *La Ley Unión Europea*, nº 104, 2022.

Obligaciones extracontractuales

- V. ANDREEVA ANDREEVA, “La culpa in contrahendo y el Reglamento 1215/2012: más preguntas que respuestas”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 44, diciembre 2022.
- L. ANTONIOLLI, “Tort Law and Civil Litigation as an Instrument for Fighting Climate Change: The Royal Dutch Shell Case”, en E.M. BELSER/P. PICHONNAZ/H. STÖCKLI (EDS.), *Le droit sans frontières, Recht ohne Grenzen, Law without borders: Mélanges pour Franz Werro*, Bern, Stämpfli Editions, 2022, pp. 21-32.
- E. BECKER-EBERHARD, “Vererblich- und Abtretbarkeit des Geldentschädigungsanspruchs wegen Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts (spätestens) mit Rechtshängigkeit”, en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 939-950.
- A. BIONDI/G. MUSCOLO/R. NAZZINI, *After the Damages Directive: Policy and Practice in the EU Member States and the United Kingdom*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer Law International, 2022.
- A. BIZER, *Persönlichkeitsrechtsverletzung in sozialen Medien: Fragen des anwendbaren Rechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022.
- O. BOSKOVIC, “Tribunal compétent en matière d’action en restitution fondée sur l’enrichissement sans cause - (CJUE, 9 déc. 2021, aff. C-242/20)”, *Revue critique de droit international privé*, 2022-III, pp. 542-554.
- T. BRAND, *Internationale Zuständigkeit für ubiquitäre deliktische Schutzrechtsverletzungen: zur Bedeutung der Staats- und Parteiinteressen für die Streitbeilegung in der EU*, Berlin, Duncker & Humblot, 2022.

- R. BRAY/I. PRETELLI/D. WALLIS, “Access to Justice in the EU for Victims of Socio-Environmental Damages Occurring in Non-EU Countries – The Proper Law of Torts in the Value Chain”, *Yearbook of Private International Law*, XXIII, 2021/2022, pp. 211-244.
- B. BRUNK, *Menschenrechtscompliance: Eine Untersuchung menschenrechtlicher Verhaltenspflichten von Unternehmen und ihrer Umsetzung im Gesellschaftsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022.
- S. BURCHARDI, “Risikotragung für KI-Systeme: zur Zweckmäßigkeit einer europäischen Betreiberhaftung”, *EuZW*, 33, 15, 2022, pp. 685-692.
- D. BUREAU, “Aspects internationaux du devoir de diligence d’une société ‘grand-mère’ - (CJUE, 10 mars 2022, aff. C-498/20)”, pp. 606-618.
- A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Obligaciones extracontractuales”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Tomo III, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 3775-4049.
- B. CAPPIELLO, *AI-systems and non-contractual liability: a european private international law analysis*, Torino, Giappichelli, 2022.
- G. CARELLA, “La responsabilità civile dell’impresa transnazionale per violazioni ambientali e di diritti umani: il contributo della proposta di direttiva sulla due diligence societaria a fini di sostenibilità”, *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2022, 2, pp. 10-41.
- Á. CARRASCO PERERA, “El TJUE construye un laberinto para el Derecho transitorio de la prescripción en el cártel de los camiones (STJUE 22 junio 2022, as C-267/20)”, *La Ley Mercantil*, nº 93, julio-agosto 2022.
- B. CARRON, “À la frontière entre droit matériel de la concurrence et illicéité extracontractuelle”, en E.M. BELSER/P. PICHONNAZ/H. STÖCKLI (EDS.), *Le droit sans frontières, Recht ohne Grenzen, Law without borders: Mélanges pour Franz Werro*, Bern, Stämpfli Editions, 2022, pp. 155-172.
- J.J. CASTELLÓ PASTOR, *Daños digitales y derechos de la personalidad: determinación del tribunal competente en conflictos internacionales originados en la red*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2022.
- M. CASTENDIEK, “‘Vertragliche’ Ansprüche Dritter im internationalen Privatrecht”, *IPRax*, 2022, 5, pp. 449-456.
- C. CASTRONOVO, “La responsabilità extracontrattuale nei principles of European law: una rivisitazione”, *Europa e diritto privato*, 2022, 1, pp. 1-20.
- C. CASTRONOVO, “Extracontractual liability in the Principles of European Law. A re-appraisal”, en H. GROTHE/P. MANKOWSKI (HRSG.), *Europäisches und internationales Privatrecht: Festschrift für Christian von Bar zum 70. Geburtstag*, München, C.H. Beck, 2022, pp. 49-58.
- E. DACORONIA, “Compensation for Pecuniary and Non-Pecuniary Loss of Secondary Victims in Greek Law and in the Draft Common Frame of Reference (DCFR)”, en H. GROTHE/P. MANKOWSKI (HRSG.), *Europäisches und internationales Privatrecht: Festschrift für Christian von Bar zum 70. Geburtstag*, München, C.H. Beck, 2022, pp. 69-76.
- A. DAVÌ, “La localisation du dommage d’origine délictuelle en droit international privé italien et dans la jurisprudence de la Cour de justice européenne”, *Rivista di diritto internazionale*, 105, 3, 2022, pp. 657-718.
- L. DE LIMA PINHEIRO, “Some Reflections on the Spatial Reach of Injunctions for Privacy and Personal Data Protection on the Internet”, en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 732-741.
- P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Competencia judicial internacional y actividades ilícitas en línea (Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de diciembre de 2021, asunto C-251/20: Gtflix Tv)”, *La Ley Unión Europea*, nº 99, 2022.
- P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Lugar de la infracción y ley aplicable a los derechos de propiedad industrial unitarios: Sentencia TJUE de 3 de marzo de 2022, as. C-421/20: Acacia”, *La Ley Unión Europea*, nº 102, 2022.
- J. DU PLESSIS, “Basic Features and Problems of the South African Law of Unjustified Enrichment”, en N. JANSSEN/S. MEIER (HRSG.), *Iurium itinera: historische Rechtsvergleichung und vergleichende Re-*

- chtsgeschichte: historical comparative law and comparative legal history: Reinhard Zimmermann zum 70. Geburtstag am 10. Oktober 2022*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 553-574.
- A. DURÁN AYAGO, “Derechos humanos, diligencia debida y sostenibilidad empresarial: implicaciones para el Derecho Internacional Privado europeo a propósito de una Propuesta de Directiva en el aire”, *AEDIPr*, t. XXII, 2022, pp. 329-357.
- M. DYSON, “Prescriptions and Prolegomena: What the End of Tort Can Tell Us About Its Beginning”, en N. JANSEN/S. MEIER (HRSG.), *Iurium itinera: historische Rechtsvergleichung und vergleichende Rechtsgeschichte: historical comparative law and comparative legal history: Reinhard Zimmermann zum 70. Geburtstag am 10. Oktober 2022*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 699-720.
- Y. EL HAGE, “Cyberdélits: nouvelle avancée du critère du centre des intérêts de la victime? (Com. 16 mars 2022, no 20-22.000)”, *Revue critique de droit international privé*, 2022-IV, pp. 807-819.
- P. ETZKORN, *Der Schiffszusammenstoß unter Beteiligung autonom fahrender Schiffe*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2022.
- E. FARNOUX, *Les considérations substantielles dans le règlement de la compétence internationale des juridictions: réflexion autour de la matière délictuelle*, Paris, LGDJ, 2022.
- J. FRITSCH, *Das Kollisionsrecht der Geschäftsführung ohne Auftrag: zugleich ein Beitrag zu den methodischen Grundlagen des (europäischen) Kollisionsrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022.
- F. GEHANN, “Ein Stern, der Deinen Namen trägt: das Lkw-Kartell und die Unternehmenshaftung im europäischen Kartellrecht: zugleich Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 6.10.2021, C-882/19: Sumal”, *GPR*, 19, 1, 2022, pp. 46-50.
- M. GERVASI, “Immunità giurisdizionale degli Stati ed eccezione umanitaria: in margine alla recente giurisprudenza sudcoreana sul sistema delle ‘donne di conforto’”, *Rivista di diritto internazionale*, 105, 1, 2022, pp. 167-180.
- A. GILABERT GASCÓN, “El caso ‘Prestige’ en el año de su vigésimo aniversario: problemas pasados, presentes y futuros”, *Revista de Derecho del Sistema Financiero*, 4, Julio-Diciembre 2022, pp. 241-272.
- C.-L. GÖTZ, “Ein Lieferkettengesetz nordischer Prägung – Norwegens neues Transparenzgesetz”, *RIW*, 2022, pp. 99-105.
- C. GUTIÉRREZ ESPADA, “La creciente necesidad de legislación contra las amenazas cibernéticas, fuentes de graves daños transnacionales”, *CDT*, 14, 2, 2022, pp. 10-46.
- C. GÓRRIZ LÓPEZ, “Responsabilidad de la filial por los ilícitos anticoncurrenciales de la matriz (Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 2021: Asunto C-882/19: Sumai)”, *La Ley Unión Europea*, n° 99, 2022.
- C. GUILLARD, “Protection de l’environnement et justice conflictuelle: une nouvelle équation pour le droit international privé? Cour de cassation (1re civ.), 9 mars 2022, n° 20-22.444”, *Revue critique de droit international privé*, 2022-II, pp. 251-271.
- D. HALLINAN/R. LEENES/P. DE HERT (EDS.), *Data protection and privacy: enforcing rights in a changing world*, London, Bloomsbury Publishing, 2022.
- W. HAU, “Zur persönlichen Betroffenheit als Voraussetzung des europäischen Deliktgerichtsstands am Mittelpunkt der Klägerinteressen (EuGH, Rs. C-800/19, S. 49)”, *IPRax*, 2022, 1, pp. 30-34.
- A. HEINEN, *Deliktische Sorgfaltspflichten in transnationalen Lieferketten: Ansätze einer Haftung für Menschenrechtsbeeinträchtigungen durch Unternehmen*, Baden-Baden, Nomos, 2022.
- T.G. HEINKE, *Normenkollisionen von völkerrechtlichen Übereinkommen mit der EuGVO im Kontext von seerechtlichen Haftungsbeschränkungen*, Berlin, Münster, LIT, 2022.
- R. HÖLL, *Prozessuale Handlungsortzurechnung: eine Untersuchung der internationalen Zuständigkeit am Handlungsort gemäß Art. 7 Nr. 2 EuGVVO sowie gemäß § 32 ZPO am Beispiel arbeitsteilig verwirklichter Kapitalanlagendelikte*, Berlin, Duncker & Humblot, 2022.
- L. HORNKOHL, “Internationale Zuständigkeit im Gestattungsverfahren nach TMG bei Verdacht auf missbräuchliche Kundenbeschwerden bei Online-Marktplätzen (OLG Köln, S. 509)”, *IPRax*, 2022, 5, pp. 469-476.
- L. HORNKOHL/C. WERN, “Schadensersatz gegen Schuldnermehrheiten nach der DS-GVO”, *EuZW*, 2022, 21, pp. 994-999.

- J.G. HORRACH ARMO, *Jurisdicción y ley aplicable en materia de competencia desleal en el marco de la economía de las plataformas virtuales*, Madrid, Marcial Pons, 2022.
- L. HÜBNER, *Unternehmenshaftung für Menschenrechtsverletzungen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022.
- L. HÜBNER, “Climate Change Litigation an der Schnittstelle von öffentlichem Recht und Privatrecht – Die ausländische Anlagengenehmigung”, *IPRax*, 2022, 3, pp. 219-226.
- H. JACOBS, “Art. 4 Abs. 2 und Abs. 3 Rom II-VO im Fall einer Schädigermehrheit Internationale Abkommen”, *IPRax*, 2022, 1, pp. 85-90.
- I. JARUKAITIS, “Responsabilidad del Estado por los daños causados a los particulares por infracción del Derecho de la Unión: TJ, Gran Sala, S 28 Jun 2022. Asunto C-278/20: Comisión/España (Infracción del Derecho de la Unión por el legislador)”, *La Ley Unión Europea*, nº 106, 2022,
- F. JAULT-SESEKE, “The French Duty of Care after a few Years of Application”, *Yearbook of Private International Law*, XXIII, 2021/2022, pp. 245-260.
- K. JÜRIMÄE, “La acción de restitución del pago indebido por razón de enriquecimiento injusto no constituye una competencia exclusiva en el sentido del Reglamento Bruselas I: TJ, Sala Cuarta, S 9 Dic. 2021. Asunto C-242/20: Hrvatske Šume”, *La Ley Unión Europea*, nº 102, 2022.
- A. JUNKER, “Zwei Schritte vor, einer zurück. Die Abgrenzung von Vertrags- und Deliktsgerichtsstand in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs”, en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 653-665.
- T. KADNER GRAZIANO, “50 Years of the 1971 Hague Traffic Accident Convention – Time to Say Goodbye”, *Yearbook of Private International Law*, XXIII, 2021/2022, pp. 59-80.
- L.T. KALLER, “Deliktshaftung im Konzern – Entscheidung des Supreme Court of the United Kingdom vom 12. Februar 2021”, *ZEuP*, 2022, pp. 164-177.
- E.-M. KIENINGER, “Sorgfaltspflichtengesetz und internationale Zuständigkeit. Für einen autonomen Gerichtsstand des Sachzusammenhangs”, en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 666-675.
- E.-M. KIENINGER, “Das internationale Privat- und Verfahrensrecht der Klimahaftung”, *IPRax*, 2022, 1, pp. 1-13.
- U. KOHL, “Les Lignes directrices 05/2021 du CEPD sur l’interaction entre l’article 3 et le chapitre V du RGPD Le RGPD entre protection accrue et faiblesse inhérente Cour de justice de l’Union européenne, 13 mai 2014, nº C-131/12, Google Spain SL et Google Inc c/ Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) et Mario Costeja González, Cour de justice de l’Union européenne, 24 septembre 2019, nº C-507/17, Google LLC c/ Commission nationale de l’informatique et des libertés (CNIL), Cour de justice de l’Union européenne, 6 octobre 2015, nº C-362/14, Maximillian Schrems c/ Data Protection Commissioner et Cour de justice de l’Union européenne, 16 juillet 2020, nº C-311/18, Commissaire à la protection des données c/ Facebook Ireland Ltd et Maximillian Schrems”, *Revue critique de droit international privé*, 2022-II, pp. 287-304.
- C. KOHLER, “Private International Law Aspects of the European Commission’s Proposal for a Directive on SLAPPs (*Strategic Lawsuits Against Public Participation*)”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2022-IV, pp. 813-827.
- L.-C. KRAUSE, *Der Schutz des postmortalen Persönlichkeitsrechts im Internet: internationale Zuständigkeit und Kollisionsrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2022.
- K. KRÖTZ, *Das Verhältnis von Kapitalmarkt- und Gesellschaftsrecht am Beispiel der Ad-hoc-Publizität bei Compliance-Sachverhalten*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2022.
- S. KUBIS, “Qualifikation oder ‘Pleading the Law’? Zur Konkurrenz von Vertrag und Delikt im europäischen Zuständigkeitsrecht”, en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 697-709.
- R. LAFUENTE SÁNCHEZ, “Compatibilidad del futuro régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial con las normas de Derecho internacional privado en los accidentes de tráfico transfronterizos causados por vehículos automatizados”, *AEDIPr*, t. XXII, 2022, pp. 139-180.

- G. LAGANIÈRE, *Liability for transboundary pollution at the intersection of public and private international law*, Oxford, Hart, 2022.
- L. LARRIBÈRE, “La proportionnalité des dommages-intérêts punitifs et le droit de toute personne au respect de ses biens- (Civ. V, 12 janv. 2022, no 20-16.189)”, *Revue critique de droit international privé*, 2022-III, pp. 589-601.
- M. LEHMANN, “Lokalisierung von Vermögensschäden und Verbandsklage im Fall unrichtiger Anlegerinformation: Das Urteil des EuGH in der Rechtssache VEB ./ BP (EuGH, Rs. C-709/19, S. 172)”, *IPRax*, 2022, 2, pp. 147-159.
- S. LINDROOS-HOVINHEIMO, “Jurisdiction and personality rights: in which Member State should harmful online content be assessed?: case C-800/19 Mittelbayerischer Verlag KG v. SM”, *Maastricht journal of European and comparative law*, 29, 2, 2022, pp. 201-214.
- S. LOHSSE, “Die *condictio ob causam finitam*”, en N. JANSEN/S. MEIER (HRSG.), *Iurium itinera: historische Rechtsvergleichung und vergleichende Rechtsgeschichte: historical comparative law and comparative legal history: Reinhard Zimmermann zum 70. Geburtstag am 10. Oktober 2022*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 575-600.
- C. LOY, *Kartellschadensersatzverfahren am Justizstandort Deutschland: empirische Basis und Impulse aus England*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, München, C.H. Beck, 2022.
- M. LUTZ, *Die Gerichtszuständigkeit und Kognitionsbefugnis nach Art. 7 Nr. 2 Brüssel Ia-VO im Lauterkeitsrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2022.
- C. LYCOURGOS, “Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales que remite al país en el que se ha cometido la infracción de un derecho de propiedad intelectual: TJ, Sala Quinta, S3 Mar. 2022. Asunto C-421/20: Acacia”, *La Ley Unión Europea*, nº 102, 2022.
- H.L. MACQUEEN, “Illegality and Unjustified Enrichment”, en H. GROTHE/P. MANKOWSKI (HRSG.), *Europäisches und internationales Privatrecht: Festschrift für Christian von Bar zum 70. Geburtstag*, München, C.H. Beck, 2022, pp. 207-214.
- G. MÄSCH/C. WITTEBOL, “None of our concern? – Grenzüberschreitende Umweltschadenshaftung im Konzern vor niederländischen Gerichten”, *IPRax*, 2022, 1, pp. 78-85.
- N. MAGALLÓN ELÓSEGUI, “El Reglamento Roma II y la ley aplicable a la responsabilidad civil derivada de actos contrarios a derechos humanos realizados por empresas en sus actividades transfronterizas”, *AEDIPr*, t. XXII, 2022, pp. 203-235.
- H.-P. MANSSEL/R. KÜHL, “Delikts- und Gesellschaftsstatut: Qualifikation der Unternehmensverantwortlichkeit in Lieferketten und bei einer Klimahaftung”, en H. GROTHE/P. MANKOWSKI (HRSG.), *Europäisches und internationales Privatrecht: Festschrift für Christian von Bar zum 70. Geburtstag*, München, C.H. Beck, 2022, pp. 251-272.
- S. MARINO, “Gruppi di società e giurisdizione nell’ambito del private enforcement del Diritto della Concorrenza dell’Unione Europea”, *CDT*, 14, 2, 2022, pp. 1137-1150.
- D. MARTIN, “Grundprinzipien des europäischen Schadensrechts”, *GPR*, 19, 4, 2022, pp. 178-187.
- G.A. MARTÍN MARTÍN, “Cuantificando daños por ilícitos antitrust, ¿quo vadimus?”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 387-404.
- M.C. MARULLO/J.E. ESTEVE-MOLTÓ/F.J. ZAMORA-CABOT, “La responsabilidad de las empresas multinacionales a través de la litigación transnacional: estudio comparado de casos de relieve”, *Iberoamerican Journal of Development Studies*, 11, 2, 2022, pp. 170-194.
- P. MEDER, *Unternehmerische Haftung in grenzüberschreitenden Wertschöpfungsketten: eine international-privatrechtliche und international-prozessrechtliche Untersuchung rechtsträgerübergreifender Verkehrspflichten*, Berlin, Duncker & Humblot, 2022.
- H. MUIR WATT, “Les actions de groupe et le droit international privé: une lame de fond? Cour d’appel de Paris, 28 avril 2010, nº 10/01643, Cour de cassation (1re civ.), 9 mars 2022, nº 20-22.444 et Cour suprême du Royaume-Uni, 10 novembre 2021, nº [2021] UKSC 50, Lloyd v Google LLC”, *Revue critique de droit international privé*, 2022-II, pp. 305-315.
- H. MUIR WATT, “La matérialisation du dommage en ligne et le spectre de Fiona Shevill: la mosaïque juridictionnelle de l’article 7.2 Bruxelles 1 bis - (CJUE, 21 déc. 2021, aff. C-251/20)”, *Revue critique de droit international privé*, 2022-III, pp. 571-589.

- J. MURILLO BALLELL, “Responsabilidad civil profesional derivada de la telemedicina transfronteriza en la sanidad privada: ley aplicable y jurisdicción competente”, *Diario La Ley*, nº 10103, Sección Tribuna, 5 julio 2022.
- M. NARCISO, “The unfair commercial practices directive: fit for digital challenges?: an analysis of the European Commission’s guidance (C/2021/9320)”, *Journal of European consumer and market law*, 11, 4, 2022, pp. 147-153.
- G. NAZIROGLOU, “États membres de l’Union européenne et pesticides: *ad impossibilia nemo tenetur?*”, *Revue des affaires européennes*, 27, 1, 2022, pp. 115-124.
- M.-L. NIBOYET, “Action collective pour la défense de l’environnement, mesure d’instruction *in futurum*, dans un contexte international (Civ. 1, 29 mars 2022, nº 20-22.444)”, *Revue critique de droit international privé*, 2022-IV, pp. 749-758.
- M. OROZCO HERMOSO, “Acciones por enriquecimiento injusto y competencia judicial internacional: Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de diciembre de 2021, C- 242/20, Hrvatske Šume”, *La Ley Unión Europea*, nº 102, 2022.
- P. PAPADOPOULOS, *Das internationale Zuständigkeitsrecht bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen im Internet unter dem Einfluss von Geoblocking*, Jena, JWV, Jenaer Wissenschaftliche Verlags-gesellschaft, 2022.
- M. PETERSEN WEINER/M.-P. WELLER, “The ‘Event Giving Rise to the Damage’ under Art. 7 Rome II Regulation in CO₂ Reduction Claims”, *Yearbook of Private International Law*, XXIII, 2021/2022, pp. 261-280.
- M.V. PETIT LAVALL, “El Convenio de Montreal y el concepto de daño corporal (STJ 3ª 20 de octubre de 2022, as. C 111/21: BT y Laudamotion GmbH)”, *La Ley Unión Europea*, nº 109, 2022.
- P. PICHONNAZ, “Some Diachronie Reflections on the Scope of Error in Unjustified Enrichment”, en N. JANSEN/S. MEIER (HRSG.), *Iurium itinera: historische Rechtsvergleichung und vergleichende Rechtsgeschichte: historical comparative law and comparative legal history: Reinhard Zimmermann zum 70. Geburtstag am 10. Oktober 2022*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 601-626.
- J.J. PIERNAS LÓPEZ, “The European Union as an international actor in cybersecurity”, *CDT*, 14, 2, 2022, pp. 712-736.
- F. PUEL/A. MARESCAUX, “La protection des entreprises au moyen du droit européen des pratiques anti-concurrentielles”, *Revue des affaires européennes*, 27, 1, 2022, pp. 19-28.
- L. RASKING/E. MAES, “The burden of family relations: how the subsidiary is held liable for competition law infringements of its parent company: C-882/19, Sumal”, *Revue de droit commercial belge*, 128, 2, 2022, pp. 275-287.
- E.C. REID, “Comparative Law and the Scope of Duty: New Parables for Ancient Riddles”, en N. JANSEN/S. MEIER (HRSG.), *Iurium itinera: historische Rechtsvergleichung und vergleichende Rechtsgeschichte: historical comparative law and comparative legal history: Reinhard Zimmermann zum 70. Geburtstag am 10. Oktober 2022*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 743-758.
- M. REIMANN, “Human Rights Litigation Beyond the Alien Tort Claims Act: The Crucial Role of the Act of State Doctrine”, *IPRax*, 2022, 2, pp. 187-194.
- M. REIMANN, “Jurisdiction in Product Liability Litigation: The US Supreme Court Finally Turns Against Corporate Defendants, Ford Motor Co. v. Montana Eighth Judicial District Court / Ford Motor Company v. Bandemer (2021)”, *IPRax*, 2022, 3, pp. 300-306.
- M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, “Nuevos pasos en la jurisprudencia del TJUE sobre el principio ne bis in ídem”, *Diario La Ley*, nº 10081, Sección Tribuna, 2 junio 2022.
- H.C. RÖHL, “Konflikt statt Koexistenz?: die drohende Entwertung des EU-Produktrechts durch das private Haftungsrecht”, *EuZW*, 33, 20, 2022, pp. 933-940.
- H. ROTH, “Zum Verhältnis von deliktischem Opferschutz und prozessualer Beweisnähe im Falle der negativen Feststellungsklage des angeblichen Schädigers nach Art. 7 Nr. 2 Brüssel Ia-VO”, en H. GROTHE/P. MANKOWSKI (HRSG.), *Europäisches und internationales Privatrecht: Festschrift für Christian von Bar zum 70. Geburtstag*, München, C.H. Beck, 2022, pp. 319-332.

- H. ROTH, “Internationale Zuständigkeit bei Verletzungen des Persönlichkeitsrechts”, en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 827-844.
- M. ROUSSILLE, “Déploiement de la responsabilité sociale et environnementale des entreprises (RSE) dans l’Union: la proposition de directive devoir de vigilance”, *Revue des affaires européennes*, 27, 2, 2022, pp. 241-245.
- M. SAFJAN, “Lugar de materialización del daño para determinar la competencia especial en materia delictual o cuasidelictual por una publicación en Internet de comentarios supuestamente denigrantes para una persona (TJ, Gran Sala, S 21 Dic. 2021, Asunto C-251/20: Gtflix Tv): TJ, Gran Sala, S 21 Dic. 2021. Asunto C-251/20: Gtflix Tv”, *La Ley Unión Europea*, nº 99, 2022.
- M. SAFJAN, “Determinación del lugar en el que se ha producido el hecho dañoso en una acción ejercitada por un síndico contra un tercero en interés de los acreedores: TJ, Sala Octava, S 10 Mar. 2022. Asunto C-498/20: ZK y BMA”, *La Ley Unión Europea*, nº 104, 2022.
- E. SANJUÁN Y MUÑOZ, “Los acuerdos extrajudiciales en las reclamaciones privadas de daños por infracción de las normas de la libre competencia (el tercer pilar)”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 11, 2022.
- H. SCOTT, “What Mistake Can Do”, en N. JANSEN/S. MEIER (HRSG.), *Iurium itinera: historische Rechtsvergleichung und vergleichende Rechtsgeschichte: historical comparative law and comparative legal history: Reinhard Zimmermann zum 70. Geburtstag am 10. Oktober 2022*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 627-650.
- L. SISULA-TULOKAS, “Sales law and the climate considerations”, en H. GROTHE/P. MANKOWSKI (HRSG.), *Europäisches und internationales Privatrecht: Festschrift für Christian von Bar zum 70. Geburtstag*, München, C.H. Beck, 2022, pp. 343-354.
- A. SPICKHOFF, “Die Geschäftsführung ohne Auftrag zwischen Selbst- und Fremdbestimmung - Anmerkungen zum Suizid”, en H. GROTHE/P. MANKOWSKI (HRSG.), *Europäisches und internationales Privatrecht: Festschrift für Christian von Bar zum 70. Geburtstag*, München, C.H. Beck, 2022, pp. 355-366.
- A. SPICKHOFF, “Vertrag und Delikt im Europäischen Zuständigkeitsrecht – Neuere Entwicklungen (BGH, S. 519)”, *IPRax*, 2022, 5, pp. 476-481.
- D. SVABY, “La víctima de una infracción del Derecho de la competencia de la Unión cometida por una sociedad matriz puede reclamar a la filial de esta el resarcimiento de los daños derivados de dicha infracción (TJ, Gran Sala, S 6 Oct. 2021, Asunto C-882/19: Sumai): TJ, Gran Sala, S 6 Oct. 2021. Asunto C-882/19: Sumai”, *La Ley Unión Europea*, nº 99, 2022.
- S.C. SYMEONIDES, “Rome II and Cross-Border Violations of Human Rights, Infringements of Personality Rights, and other Cross-Border Torts”, *Yearbook of Private International Law*, XXIII, 2021/2022, pp. 171-210.
- S.C. SYMEONIDES, “Rome II et la responsabilité délictuelle transfrontière: une nécessaire refonte”, *Revue critique de droit international privé*, 2022-IV, pp. 683-718.
- M. URAKAWA, “Schadensersatz und Ausgleich durch ADR beim Autounfall in Japan”, en H. GROTHE/P. MANKOWSKI (HRSG.), *Europäisches und internationales Privatrecht: Festschrift für Christian von Bar zum 70. Geburtstag*, München, C.H. Beck, 2022, pp. 405-412.
- G. VAN CALSTER, “Lex ecologia. On applicable law for environmental pollution (Article 7 Rome II), a pinnacle of business and human rights as well as climate change litigation”, *IPRax*, 2022, 5, pp. 441-449.
- E. VANNATA, “Environmental Solidarity in the Area of Freedom, Security and Justice. Towards the Judicial Protection of (Intergenerational) Environmental Rights in the EU”, *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2022, 3, pp. 266-288.
- J.C. VELASCO-PERDIGONES, “La realidad profesional de ‘Compliance’ y algunos aspectos de su relación jurídica: Ordenamiento español e italiano”, *CDT*, 14, 2, 2022, pp. 851-870.
- D. VISSER, “Unrequested Improvements in English Law: The Search for Relational Justice in Comparative Perspective”, en N. JANSEN/S. MEIER (HRSG.), *Iurium itinera: historische Rechtsvergleichung und vergleichende Rechtsgeschichte: historical comparative law and comparative legal history:*

- Reinhard Zimmermann zum 70. Geburtstag am 10. Oktober 2022*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 651-676.
- J. VON HEIN, “Künstliche Intelligenz im Internationalen Deliktsrecht der EU”, en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 428-439.
- J. VON HEIN/C.M. MARIOTTINI, “The ‘Lisbon Guidelines on Privacy’ – A Path Forward for the Protection of Privacy in Private International and Procedural Law”, *Yearbook of Private International Law*, XXIII, 2021/2022, pp. 103-134.
- W. VOSS, “Das forum delicti commissi bei reinen Vermögensschäden – ein internationalzivilprozessuales Cum-Ex-Nachspiel (OLG München, S. 502)”, *IPRax*, 2022, 5, pp. 461-469.
- H. WAIS, “Kollektiver Rechtsschutz und das auf unerlaubte Handlungen anwendbare Recht”, *IPRax*, 2022, 2, pp. 141-147.
- K. WEIGELT, *Haftung Privater für Beiträge zum Klimawandel*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2022.
- S. ZEIDLER, *Klimahaftungsklagen: die internationale Haftung für die Folgen des Klimawandels: zugleich eine Untersuchung des Europäischen Zuständigkeitsrechts und des Europäischen Internationalen Privatrechts der Umwelthaftung*, Berlin, Duncker & Humblot, 2022.

Insolvencia internacional

- N. ALTMAYER, *Insolvenzverwalterhaftung in Deutschland und den USA*, Baden-Baden, Nomos, 2022.
- Á.M. BALLESTEROS BARROS, “Perpetuatio fori, traslado de COMI y Brexit: Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de marzo de 2022, asunto C- 723/20: Galapagos BidCo”, *La Ley Unión Europea*, nº 105, 2022.
- S. BARIATTI, “Sul riconoscimento in Italia dei restructuring plans inglesi”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2022-I, pp. 5-23.
- A. BAUMGARTNER, *Handlungsbefugnisse der ausländischen Konkursverwaltung in der Schweiz: Eine Würdigung der Revision des IPRG vom 1. Januar 2019 unter Prüfung einer weiteren Harmonisierung mit der EuInsVO*, Zürich, Basel, Genf, Schulthess, 2022.
- P. BENNETT/H. VAN MEERTEN, “Bauer and beyond: the changing interpretation of Article 8 of Directive 2008/94/EC and its impact on EU Member State (and UK) pension protection arrangements on employer insolvency”, *European Review of Private Law*, 30, 4, 2022, pp. 541-580.
- R. BORK, “Vorinsolvenzliche Moratorien. Ein Rechtsvergleich”, en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 1048-1059.
- R. BORK ET AL., *Harmonisation of transactions avoidance laws*, Cambridge, Antwerp, Chicago, Intersentia, 2022.
- R. BORK/R. MANGANO, *European cross-border insolvency law*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2022.
- A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Insolvencia internacional”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo III, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 4233-4557.
- D. D’ALVIA, *International insolvency and finance law: legal constants in times of crisis*, London, New York, Routledge, 2022.
- J.M. DE DIOS MARCER, “Acciones de las administraciones concursales contra terceros, en interés de los acreedores: Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 10 de marzo de 2022, asunto C-498/20: ZK y BMA Braunschweigische Maschinenbauanstalt AG”, *La Ley Unión Europea*, nº 104, 2022.
- J. DRECHSLER, “Zur richtlinienkonformen Rechtsfortbildung anhand der Insolvenzversicherung im Pauschalreisevertragsrecht”, *EuZW*, 33, 6, 2022, pp. 261-266.
- S. DROBNIK, *Krise und Insolvenz der Scheinauslandsgesellschaft*, Wien, Jan Sramek Verlag, 2022.

- Á. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “Insolvencia transfronteriza en tiempos de Brexit”, *La Ley Unión Europea*, nº 100 (Especial 100), 2022.
- F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El Derecho preconcursal: una visión general”, *Anuario de Derecho concursal*, nº 57, 2022, pp. 9-49.
- F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Sobre el nuevo régimen aplicable a los planes de reestructuración (y algunas novedades en el Libro IV)”, *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones: Journal of Insolvency & Restructuring (I&R)*, Nº. Extra 7, 2022 (Ejemplar dedicado a: Reforma del Texto refundido de la Ley Concursal para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023), pp. 51-91.
- F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ/J.I. MARCUELLO SALTO, “Jurisprudencia Internacional”, *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones: Journal of Insolvency & Restructuring (I&R)*, Nº. 5, 2022, pp. 499-502.
- F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ/J.I. MARCUELLO SALTO, “Reseña de jurisprudencia internacional”, *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones: Journal of Insolvency & Restructuring (I&R)*, Nº. 6, 2022, pp. 407-409.
- F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ/J.I. MARCUELLO SALTO, “Jurisprudencia Internacional”, *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones: Journal of Insolvency & Restructuring (I&R)*, Nº. 8, 2022, pp. 317-319.
- C. GREMME, *Die Suspektperioden des Art. 3 Abs. 1 EuInsVO 2015: Analyse und Bewertung der Neuregelung zur Verhinderung von betrügerischem und missbräuchlichem forum shopping*, Hürth, Carl Heymanns Verlag, 2022.
- A. GURREA MARTÍNEZ/A. ROUILLON (DIR.), *Derecho de la insolvencia: un enfoque comparado y funcional*, Barcelona, Bosch, 2022.
- I. HEREDIA CERVANTES, “Insolvencia internacional y pre-concursos: tres novedades contempladas en el Proyecto de ley de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal”, *La Ley Unión Europea*, nº 102, 2022.
- I. JARUKAITIS, “Traslado del centro de intereses principales del deudor a otro Estado miembro con posterioridad a la presentación de una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia principal: TJ, Sala Quinta, S 24 Mar. 2022. Asunto C-723/20: Galapagos BidCo”, *La Ley Unión Europea*, nº 105, 2022.
- K. JÜRIMÄE, “Plazo imperativo para la presentación de créditos en un procedimiento secundario de insolvencia en curso en un Estado miembro por el síndico del procedimiento principal en curso en otro Estado miembro (TJ, Sala Tercera, S 25 Nov. 2021): TJ, Sala Tercera, S 25 Nov. 2021. Asunto C-25/20: Alpine BAU”, *La Ley Unión Europea*, nº 101, 2022.
- J.C. KOCKROW, *Dingliche Sicherungsrechte in grenzüberschreitenden Restrukturierungen: die Wirkung von Art. 8 EuInsVO auf die Behandlung von Sicherungsrechten am Beispiel des Insolvenzplans*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2022.
- G. KODEK, “Nationale Regelungen zur Bewältigung von Staateninsolvenz: Königsweg oder Sackgasse?”, en H. GROTHE/P. MANKOWSKI (HRSG.), *Europäisches und internationales Privatrecht: Festschrift für Christian von Bar zum 70. Geburtstag*, München, C.H. Beck, 2022, pp. 173-186.
- B. LAUKEMANN, “Prozessualer Vertrauensschutz gegen die Insolvenzmasse? (EuGH, Rs. C-724/20, S. 621)”, *IPRax*, 2022, 6, pp. 567-577.
- G. McCORMACK, *EU Insolvency Law: Cross Border Insolvency Law in Comparative Focus*, Northampton, Edward Elgar Publishing, 2022.
- A.M. RUIZ MARTÍN, “Sobre la ley aplicable a los actos perjudiciales y subrogación de pagos de terceros en procedimientos de insolvencia transfronterizos: comentarios a la STJUE C-73/20 Frerichs ‘nemo datur quod non habet’”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 893-903.
- A.M. RUIZ MARTÍN, “Ley aplicable a los plazos para la reclamación de créditos en procedimientos secundarios de insolvencia transfronterizos: Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de noviembre de 2021, asunto C-25/20, Alpine Bau GmbH”, *La Ley Unión Europea*, nº 101, 2022.
- M. SAFJAN, “Determinación del lugar en el que se ha producido el hecho dañoso en una acción ejercitada por un síndico contra un tercero en interés de los acreedores: TJ, Sala Octava, S 10 Mar. 2022. Asunto C-498/20: ZK y BMA”, *La Ley Unión Europea*, nº 104, 2022.

- J.P. SCHMIDT, “Zusammenspiel von Erb-, Insolvenz- und Prozessstatut – Anmerkung zu OGH, 22. Juni 2021 – 10 Ob 42/20 d”, *Zeitschrift für Familien- und Erbrecht*, 17, 2022, p. 48.
- P. SCHOLZ, “Nachlass- und Eigengläubigerschutz in der Erbeninsolvenz de lege lata und de lege lata ferenda”, *KTS*, 2022, pp. 1-34.
- P. THAO PHAN, “Contractual performance by a third party governed by lex contractus and the effectiveness of avoidance action in insolvency proceedings: note to the Judgement of the Court of Justice of European Union, April 22 2021, C-73/20”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 853-857.
- C. THOLE, “Die perpetuatio fori im europäischen Insolvenzrecht”, en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 880-892.
- C. THOLE, “Anfechtbare Drittzahlung auf fremde Schuld und das anwendbare Recht unter Art. 16 EuInsVO (EuGH, Rs. C-73/20, S. 384)”, *IPRax*, 2022, 4, pp. 351-356.
- E. TORRALBA MENDIOLA, “Sobre la ley aplicable a los actos realizados en perjuicio de los acreedores”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 927-934.
- A. TRUNK, “Übernahme und Adaptation des UNCTRAL Model Law on Cross-Border Insolvency in der EU: die Beispiele Polen, Rumänien, Slowenien”, en *Prozess als Wirklichkeit des Rechts: Festschrift für Stefan Smid zum 65. Geburtstag*, München, C.H. Beck, 2022, pp. 453-465.
- P. VON WILMOWSKY, “Betriebsübertragung im Insolvenzverfahren: einschränkung der Erwerberhaftung (§ 613a Bürgerliches Gesetzbuch): Schwächen in den Konzeptionen von Bundesarbeitsgericht und Europäischem Gerichtshof”, *EuZA*, 1, 2022, pp. 34-63.
- B. WESSELS, *Global perspectives on cross-border insolvency law*, 5ª ed., Deventer, Wolters Kluwer, 2022.
- B. WESSELS, *European insolvency law*, 5ª ed., Deventer, Wolters Kluwer, 2022.

Libre circulación de decisiones en el ámbito patrimonial

- D. BUREAU, “Le contrôle d’un jugement européen, entre loi de police, révision et ordre public international (Civ. 1, 15 juin 2022, n° 20-23.115)”, *Revue critique de droit international privé*, 2022-IV, pp. 764 -774.
- A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Libre circulación de decisiones judiciales y extrajudiciales en el ámbito patrimonial. El Reglamento Bruselas I-bis”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Tomo III, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 4051-4151.
- M. CAPOZZOLO, “L’ordine pubblico processuale e la tutela dei diritti di difesa tra Corti europee e italiane”, *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2022, 1, pp. 40-72.
- P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Nuevas perspectivas acerca de la ejecución de resoluciones de terceros Estados en la Unión Europea: Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de abril de 2022, asunto C-568: H Limited”, *La Ley Unión Europea*, n° 103, 2022.
- Y. EL HAGE, “Sur l’adhésion de l’Union européenne à la convention de la Haye du 2 juillet 2019 sur la reconnaissance et l’exécution des jugements étrangers en matière civile ou commerciale”, *Revue critique de droit international privé*, 2022-IV, pp. 819-829.
- E. FOHRER-DEOEURWAEROER, “L’effet du Brexit sur la reconnaissance et l’exécution des jugements des deux côtés de la Manche”, *JDI Clunet*, 149, 4, 2022, pp. 1249-1268.
- S. GUO, *Recognition of foreign bank resolution actions*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2022.
- W. HAU, “Stand und Fortentwicklung der Europäischen Verordnung über geringfügige Forderungen”, en T. PFEIFFER/Q.C. LOBACH (HRSG.), *Effektive grenzüberschreitende Vollstreckung in der Europäischen Union: Anwendungsprobleme der EuVTVO, EuGFVO, EuMahnVO und EuKpFVO*, Baden-Baden, Nomos, 2022, pp. 77-94.
- B. HESS, “Exequatur sur exequatur (ne) vaut? Der EuGH erweitert die Freizügigkeit von Drittstaateurteilen nach Art. 39 ff. EuGVVO (EuGH, Rs. C-568/20, S. 381)”, *IPRax*, 2022, 4, pp. 349-351.

- C. KOHLER, “Private International Law Aspects of the European Commission’s Proposal for a Directive on SLAPPs (*Strategic Lawsuits Against Public Participation*)”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2022-IV, pp. 813-827.
- P. KREUTZ, “Die europäische vorläufige Kontenpfändung: Konzept, Umsetzung, Bewährung”, en T. PFEIFFER/Q.C. LOBACH (HRSG.), *Effektive grenzüberschreitende Vollstreckung in der Europäischen Union: Anwendungsprobleme der EuVTVO, EuGFVO, EuMahnVO und EuKpfVO*, Baden-Baden, Nomos, 2022, pp. 95-120.
- A.M. LÓPEZ RODRÍGUEZ, “Jurisdiction, Recognition and Enforcement of Judgments in Claims Arising out of Smart Contracts under the Brussels I Regulation (recast) and on the Blockchain”, *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2022, 1, pp. 151-171.
- O. LÜCKE, “Problemfelder der Anerkennung von bestimmten schweizerischen Entscheidungen nach Schuldbetreibung und ZPO gemäß Lugano Übereinkommen”, *ZfRV*, 63, 2, 2022, pp. 71-92.
- R. MAGNUS, “Herausforderungen bei der Anwendung der Europäischen Mahnverordnung”, en T. PFEIFFER/Q.C. LOBACH (HRSG.), *Effektive grenzüberschreitende Vollstreckung in der Europäischen Union: Anwendungsprobleme der EuVTVO, EuGFVO, EuMahnVO und EuKpfVO*, Baden-Baden, Nomos, 2022, pp. 49-76.
- P. MANKOWSKI, “Wer ist in Deutschland die richtige Einlegestelle für eine Beschwerde unter Art. 49 Abs. 2 EuGVVO?”, *IPRax*, 2022, 3, pp. 251-256.
- J. PÉREZ FONT, “La falta de notificación del certificado previsto en el Artículo 53 del Reglamento Bruselas I bis como motivo de denegación de la ejecución”, *CDT*, 14, 2, 2022, pp. 1191-1198.
- T. PFEIFFER/Q.C. LOBACH (HRSG.), *Effektive grenzüberschreitende Vollstreckung in der Europäischen Union: Anwendungsprobleme der EuVTVO, EuGFVO, EuMahnVO und EuKpfVO*, Baden-Baden, Nomos, 2022.
- J. RICHARDT, “Die Erfahrungen der Justiz mit der Europäischen Mahnverordnung”, en T. PFEIFFER/Q.C. LOBACH (HRSG.), *Effektive grenzüberschreitende Vollstreckung in der Europäischen Union: Anwendungsprobleme der EuVTVO, EuGFVO, EuMahnVO und EuKpfVO*, Baden-Baden, Nomos, 2022, pp. 41-48.
- D. TSIKRIKAS, “Einstweilige Maßnahmen zur Sicherung der grenzüberschreitenden Zwangsvollstreckung gem. Art. 40 EuGVVO”, en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 893-901.
- R. WAGNER, “Vollstreckungsabwehrklage vor dem EuGH. Ein Evergreen?”, en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 902-911.
- R. WAGNER, “Die Verordnungen des Europäischen Vollstreckungsrechts - rechtspolitische Hintergründe”, en T. PFEIFFER/Q.C. LOBACH (HRSG.), *Effektive grenzüberschreitende Vollstreckung in der Europäischen Union: Anwendungsprobleme der EuVTVO, EuGFVO, EuMahnVO und EuKpfVO*, Baden-Baden, Nomos, 2022, pp. 13-40.

Arbitraje y mediación

- B. ALANDETE SÁNCHEZ, “Jurisdicción versus arbitraje en procedimientos multiparte”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 10, 2022.
- N. ALEXANDER/S. CHONG/V. GIORGADZE, *The Singapore Convention on Mediation: a commentary*, 2ª ed., Québec, Wolters Kluwer Law International, 2022.
- W. ALSCHNER, *Investment Arbitration and State-Driven Reform*, New York, NY, Oxford University Press, 2022.
- J.-P. ANCEL, “Emmanuel Gaillard et la jurisprudence française en matière d’arbitrage international, Variations sur la notion d’autonomie internationale”, *JDI Clunet*, 149, 4, 2022, pp. 1175-1180.

- R. ARENAS GARCÍA, “Verificación de la existencia de una cláusula de sometimiento a arbitraje ¿cabe el control de oficio? (SAP Madrid 11ª 10 de febrero de 2022)”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 11, 2022.
- K. BÄLZ, “Schiedsgerichtsbarkeit, nationale Souveränität und öffentliches Interesse, Ägyptischer Kassationshof vom 8. Juli 2021 – E 1964 und E 1968/91 – ‘Damietta Port’”, *IPRax*, 2022, 3, pp. 310-314.
- M. BALDZHEVA/S. TITARENKO, “Towards the Institutionalisation of international family mediation: the role of the International Social Service”, en P. WAUTELET/C. CORSO (DIR.), *L'accès aux droits de la personne et de la famille en Europe / Access to personal and family rights in Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2022, pp. 263-278.
- Á.M. BALLESTEROS BARROS, “Exequátur en España de laudo arbitral extranjero por acuerdo de las partes pronunciado en Nueva York en el seno de la American Arbitration Association (ATSJ Madrid de 15 de marzo de 2022)”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 13, 2022.
- Y. BANIFATEMI ET AL., “L'influence de la pensée d'Emmanuel Gaillard sur le droit de l'arbitrage en matière d'investissement” (Table ronde), *JDI ChUNET*, 149, 4, 2022, pp. 1227-1248.
- U. BELINTXON MARTÍN, “La Orden TMA/201/2022, de 14 de marzo y el sistema alternativo de resolución de conflictos ante la Agencia Estatal de Seguridad Aérea: ¿seguridad jurídica y especialización? Resolución alternativa de litigios de los usuarios de transporte aéreo en el ámbito de la Unión Europea en materia de compensación y asistencia en caso de denegación de embarque y otros (17 marzo 2022)”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 13, 2022.
- A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Arbitraje privado internacional”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo III, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 4559-4694.
- J. CAMPO CANDELAS, “Acerca de la recurrente invocación del orden público para sustentar la acción de anulación y de supuesta intangibilidad material del laudo que contrarie normas imperativas (STSJ País Vasco CP 1ª 1 de junio de 2022)”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 13, 2022.
- S. CANALES GUTIÉRREZ, “Análisis comparado de los ADRs disponibles en la UE, México, Argentina y Colombia para el huésped consumidor frente a las plataformas digitales de alojamiento turístico”, *AEDIPr*, t. XXII, 2022, pp. 517-539.
- R. CANALS VAQUER, “Back to basics: la buena fe en el uso del arbitraje (a propósito de la STJ de 20 julio de 2022 en el asunto C-700/20, derivada del naufragio del Prestige)”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 13, 2022.
- A. CARLEVARIS, “La legge-delega per la riforma dell'arbitrato: verso il riconoscimento dei poteri cautelari degli arbitri?”, *Rivista di diritto internazionale*, 105, 1, 2022, pp. 157-167.
- J. CARO CATALÁN, “El derecho a la ejecución del laudo en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos: reflexiones a la luz del caso Holding, A.S. c. Eslovaquia (STEDH nº 55617/17 de 30 de junio de 2022)”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 12, 2022.
- M.J. CASTELLANOS RUIZ, “Prohibición de revisión del fondo del asunto en sede de ‘exequatur’ de laudos arbitrales extranjeros (ATSJ Madrid CP 1ª 9 marzo de 2022)”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 11, 2022.
- J.J. CASTELLÓ PASTOR, “Sistema de resolución extrajudicial de controversias en el mercado único de servicios digitales”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 13, 2022.
- L.F. CASTRESANA, “Los arbitradores, antecedente e inevitable referente para la determinación por expertos (expert determination)”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 13, 2022.
- M. DEL C. CAZORLA GONZÁLEZSERRANO, “Técnicas, habilidades y estrategias del mediador en los procesos de mediación”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 13, 2022.
- M. CERRADA PÉREZ, “Reflexiones sobre la determinación preliminar y la desestimación temprana a propósito del 76º Periodo de Sesiones del Grupo de Trabajo II de la CNUDMI (octubre 2022)”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 13, 2022.
- Y. CHERNYKH, *Contract interpretation in investment treaty arbitration: a theory of the incidental issue*, Leiden, Boston, Brill Nijhoff, 2022.

- A.F. COELHO FRAGA DE OLIVEIRA, *L' exécution des mesures à titre provisoire rendues par un tribunal arbitral situé à l'étranger*, Paris, L'Harmattan, 2022.
- M. DE BOECK, *EU Law and International Investment Arbitration: The compatibility of ISDS in Bilateral Investment Treaties (BITs) and the Energy Charter Treaty (ECT) with the autonomy of EU law*, Leiden, Boston, Brill Nijhoff, 2022.
- M. DEGUCHI, "Aktueller Stand und Probleme der Online Dispute Resolution (ODR)", en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 554-563.
- P.A. DE MIGUEL ASENSIO, "Arbitraje y reconocimiento de resoluciones judiciales en el Reglamento Bruselas I bis: Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de junio de 2022", *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 12, 2022.
- S. DOMHAN, *Internationale private Streitschlichtung: Impulse für die Errichtung eines Europäischen Handelsgerichts*, Berlin, Duncker & Humblot, 2022.
- J.A. ELÍAZ RODRÍGUEZ, "Las ventajas y desventajas del procedimiento expedito en el arbitraje: una mirada a lo interno y a lo internacional", en J.G. SALAVERRÍA LANDER (COORD.), *XII Jornada Aníbal Dominici: en homenaje a Eugenio Hernandez-Bretón*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2022, pp. 179-202.
- O. ERGÖNEN, *Das türkische Schiedsrecht und die Rolle der türkischen Gerichte in der internen und internationalen Schiedsgerichtsbarkeit: Mit vergleichenden Erörterungen zum deutschen und schweizerischen Recht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022.
- R. ESCOVAR ALVARADO, "El problema de la representación: ¿son eficaces los acuerdos de arbitraje suscritos por representantes sin facultades expresas de disposición?", en J.G. SALAVERRÍA LANDER (COORD.), *XII Jornada Aníbal Dominici: en homenaje a Eugenio Hernandez-Bretón*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2022, pp. 203-220.
- C. ESPLUGUES MOTA, "Adiós justicia arbitral, adiós? El fomento de la figura de la desestimación temprana de la demanda ('early dismissal') como síntoma", *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 196-238.
- A. FAVRO, "Duty to disclose third-party funding in international arbitration: scope, purpose and limits", *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 12, 2022.
- R. FEEHILY, *International Commercial Mediation: Law and Regulation in Comparative Context*, Cambridge, Cambridge University Press, 2022.
- J. FELIU REY, "La mediación en asuntos civiles y mercantiles en España: De la voluntariedad a la obligatoriedad", *CDT*, 14, 2, 2022, pp. 407-426.
- A. FERNÁNDEZ PÉREZ, "El arbitraje como foro de resolución de controversias en los contenciosos relacionados con el cambio climático", *CDT*, 14, 2, 2022, pp. 456-492.
- A. FERNÁNDEZ PÉREZ, "Compatibilidad del Tratado de la Carta de la Energía y de su procedimiento de arreglo de controversias con el Derecho de la Unión Europea: entre la modernización y la denuncia", *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 13, 2022.
- J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, "Abuso del procedimiento arbitral y debido proceso", *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 10, 2022.
- J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, "Actualidad de la solución de controversias por el dictamen de experto independiente", *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 11, 2022.
- J. FERRERO, "Las nuevas enmiendas a las reglas del CIADI y su rol de mejorar y hacer más eficiente el sistema de solución de controversias inversionista-Estado", *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 11, 2022.
- A.F.C. FRAGA DE OLIVEIRA, *L' exécution des mesures à titre provisoire rendues par un tribunal arbitral situé à l'étranger*, Paris, L'Harmattan, 2022.
- P. FU ET AL., "Le rayonnement de la pensée d'Emmanuel Gaillard en droit de l'arbitrage commercial international", *JDI Clunet*, 149, 4, 2022, pp. 1203-1127.
- R. GEIMER, "Zustellung an fremde Staaten während eines Bürgerkriegs am Beispiel eines Antrags auf Vollstreckbarerklärung eines ausländischen Schiedsspruchs nach der New Yorker Konvention, zu U.K. Supreme Court 25.6.2021 – General Dynamics United Kingdom Ltd ./ State of Libya [2021] UKSC 22 on appeal from [2019] EWCA Civ 1110", *IPRax*, 2022, 3, pp. 306-310.

- Á. GIL ARRONDO/H. LÓPEZ CASTRO/C. GUAL GRAU, “Daños y perjuicios en arbitraje de inversión: una primera cartografía”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 10, 2022.
- A. GILBERT GASCÓN, “La oponibilidad al tercero perjudicado de las cláusulas arbitrales contenidas en los seguros de P&I en aplicación del Reglamento Bruselas I bis”, en M.V. PETIT LAVALL/A. PUETZ (DIRS.), *Transporte, competencia y nuevas tecnologías*, Madrid, Marcial Pons, 2022, pp. 117-136.
- M. GÓMEZ JENE, “Prestige y Arbitraje europeo: a propósito de la sentencia London Steam-Ship del TJUE (asunto C-700/20)”, *CDT*, 14, 2, 2022, pp. 1088-1099.
- N. GROHMANN, *Internationalisierung der Handelsgerichtsbarkeit: Eine Frage des Managements*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022.
- R. HAPP/S. WILSKE (ED.), *ICSID Rules and Regulations 2022: Article-by-Article Commentary*, London, Bloomsbury Publishing, Beck/Hart/Nomos, 2022.
- R. HINOJOSA SEGOVIA, “La judicialización del arbitraje”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 12, 2022.
- A.M. HOLZER, *Inhärente Befugnisse internationaler Schiedsgerichte: Eine Untersuchung anhand der investitionsschiedsgerichtlichen Kompetenz zur Wiederbefassung (reconsideration) mit Teilentscheidung*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2022.
- J.L. IRIARTE ÁNGEL, “La solicitud de la adopción inaudita parte de una medida cautelar como objeto de una demanda de reconocimiento de laudo arbitral extranjero (Auto del TSJ Madrid CP 1ª 15 de marzo de 2022)”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 13, 2022.
- Í. IRURETAGOIANA AGIRREZABALAGA, “El Tribunal de Justicia cierra el círculo tras confirmar la inaplicabilidad del arbitraje de inversiones del Tratado sobre la Carta de la Energía en los litigios intra-UE: análisis crítico de la decisión en el asunto República de Moldavia / Komstroy (STJ 2 de septiembre de 2021, asunto C-741/19)”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 10, 2022.
- Í. IRURETAGOIANA AGIRREZABALAGA, “Asunto PL Holding: el limitado alcance de la decisión del Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad del arbitraje de inversiones derivado de un convenio arbitral ad hoc con el Derecho de la Unión (STJ GS 26 de octubre de 2021, asunto C-109/20: PL Holdings)”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 11, 2022.
- J. IZQUIERDO/M. ROBLES, “Las medidas cautelares: garantía de éxito de la ejecución de sentencias y laudos extranjeros”, *Diario La Ley*, nº 10170, Sección Tribuna, 15 noviembre 2022.
- A. KARST, “Die Rechtsprechung der Unionsgerichte zum Direct Settlement-Verfahren”, *EuZW*, 33, 15, 2022, pp. 699-705.
- L. KRÄMER, *Möglichkeiten und Grenzen der Rechtswahl in Schiedsverfahren in Deutschland*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2022.
- H. KRONKE, “Standard of Proof in International Arbitration. Principles, Contingencies and Practice”, en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 687-696.
- A.M. LOHMANN, *The arbitrator’s discretion in conflict of law matters: article 1(1) of the CISG in international arbitration*, Baden-Baden, Nomos, 2022.
- É. LOQUIN, “L’ordre juridique arbitral”, *JDI Clunet*, 149, 4, 2022, pp. 1157-1174.
- C. MAMMINO, “Recent Developments in International Mediation”, *Yearbook of Private International Law*, XXIII, 2021/2022, pp. 439-454.
- M.A. MANINAT LIZARRAGA, “Uso y abuso del orden público en los procedimientos de reconocimiento y ejecución bajo la Convención de Nueva York y en los procedimientos de anulación, y sus consecuencias para el arbitraje”, en J.G. SALAVERRÍA LANDER (COORD.), *XII Jornada Aníbal Dominici: en homenaje a Eugenio Hernandez-Bretón*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2022, pp. 341-366.
- M.R. MAURO, “Diritto dell’Unione Europea e arbitrato sugli investimenti: recenti sviluppi alla luce della sentenza Komstroy”, *Diritto del commercio internazionale*, 36.2, 2022, pp. 277-339.
- P. MAYER, “Partie impécunieuse et arbitrage, lois de police et arbitrage. À propos de deux arrêts récents de la cour d’appel de Paris rendus dans les affaires Monster Energy et AccessoiresCompany”, *JDI Clunet*, 149, 2, 2022, pp. 483-502.

- J.F. MERINO MERCHÁN, “La responsabilidad manifiesta como causa de responsabilidad arbitral (ATS Civ 1a 26 octubre 2022)”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 13, 2022.
- R.M. MLAMBE, “The Missing Link in the Resolution of International Investment Disputes Affecting Host States’ Citizens Under Public and Private International Law”, en P. SOOKSRIPAISARNKIT/D. PRASAD (EDS.), *Blurry boundaries of public and private international law: Towards convergence or divergent still?*, Singapore, Springer, 2022, pp. 87-102.
- G. MOHANTY, “Visualizing the Role of International Rule of Law in ‘Not-For-Profit Funding’ in Investment Arbitration”, en P. SOOKSRIPAISARNKIT/D. PRASAD (EDS.), *Blurry boundaries of public and private international law: Towards convergence or divergent still?*, Singapore, Springer, 2022, pp. 103-126.
- W. MONSALVE GARCÍA, “Los Principios Unidroit, como *Lex Mercatoria*, en los arbitrajes comerciales internacionales”, en J.G. SALAVERRÍA LANDER (COORD.), *XII Jornada Aníbal Dominici: en homenaje a Eugenio Hernandez-Bretón*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2022, pp. 109-146.
- J.A. MUCI BORJA, “Los expertos de Derecho promovidos por las partes en el marco de un arbitraje internacional”, en J.G. SALAVERRÍA LANDER (COORD.), *XII Jornada Aníbal Dominici: en homenaje a Eugenio Hernandez-Bretón*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2022, pp. 299-314.
- S. NADAL, “Límites al ‘orden público’, como excusa para anular un arbitraje. Sentencias del Tribunal Constitucional”, *Diario La Ley*, nº 10076, Sección Tribuna, 25 mayo 2022.
- R. NAZZINI (ED.), *Construction arbitration and alternative dispute resolution: theory and practice around the world*, Abingdon, Oxon, New York, NY, Routledge, 2022.
- C.M. NORIEGA LINARES, “Derecho de defensa, desconocimiento del idioma y falta de notificación. El orden público internacional y el exequátur de laudos arbitrales”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 791-808.
- J.L. OCHOA-MUÑOZ, “Hacia un ‘principio de equivalencia favorable’ del arbitraje interno y el internacional”, en J.G. SALAVERRÍA LANDER (COORD.), *XII Jornada Aníbal Dominici: en homenaje a Eugenio Hernandez-Bretón*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2022, pp. 263-278.
- I. ORDEÑANA GERURAGA, “Renovar o morir: sobre la necesidad de reconfigurar la mediación intercultural en nuestro ordenamiento jurídico”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 10, 2022.
- G. ORMAZABAL SÁNCHEZ, “El largo camino hacia la equiparación entre laudos y resoluciones judiciales: la necesidad de acudir al auxilio judicial para inscribir un laudo cautelar decretando una anotación preventiva de demanda (SAP Girona 4 de marzo de 2022)”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 13, 2022.
- A. ORTEGA GIMÉNEZ/E. GARCÍA ESCOBAR, “Algunos apuntes prácticos acerca de la resolución de controversias del Contrato de Franquicia comercial internacional”, *Diario La Ley*, nº 10003, Sección Tribuna, 4 febrero 2022.
- L. PALACIOS MÁRQUEZ, “Una aproximación a las bases constitucionales del arbitraje”, en J.G. SALAVERRÍA LANDER (COORD.), *XII Jornada Aníbal Dominici: en homenaje a Eugenio Hernandez-Bretón*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2022, pp. 235-262.
- G. PALAO (ED.), *The Singapore Convention on Mediation: A Commentary on the United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation*, London, Edward Elgar Publishing, 2022.
- F. PASCUAL-VIVES, “El principio de autonomía y el arbitraje de inversión ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: A propósito de *Polonia c. PL Holdings*”, *CDT*, 14, 2, 2022, pp. 669-693.
- A. PÉREZ-GIL, “Avances en el proceso de elaboración de un Código de Conducta para decisores en controversias internacionales de inversión: uno de los principales instrumentos de la reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 13, 2022.
- E. PICAND ALBÓNICO, “¿Es procedente que las partes en un arbitraje comercial internacional acuerden la procedencia de recursos adicionales a la nulidad para impugnar el laudo arbitral?: a propósito de la SCS de Chile, de 14 de septiembre 2020”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 10, 2022.
- F.G. PROL PÉREZ, “El Tribunal Supremo confirma el efecto de cosa juzgada del laudo (STS 27 de abril de 2022)”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 13, 2022.

- L.A.S. RICCIO/G.J. MONGE, “Ejecución de convenios arbitrales en Nueva York: un caso de estudio”, en J.G. SALAVERRÍA LANDER (COORD.), *XII Jornada Aníbal Dominici: en homenaje a Eugenio Hernandez-Bretón*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2022, pp. 315-340.
- M.I. RODRÍGUEZ ROBLERO, “El Reglamento de Peritaje de la CCI para la Solución de Controversias en materia de Instrumentos Documentarios (DOCDEX) como un ejemplo de procedimiento de resolución de conflictos propio de los comerciantes”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 12, 2022.
- M.^a DE LAS M. ROSA RODRÍGUEZ, “Fundamentos filosóficos de la mediación: la justicia y la persona”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 10, 2022.
- M. RUBINO-SAMMARTANO, “La última reforma de la ley de arbitraje italiana”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 13, 2022.
- A.M. RUIZ MARTÍN, “Reconocimiento y causas de oposición al reconocimiento de un laudo arbitral panameño ¿“no firme”? En España: comentario del Auto nº 176/2020 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 10 de marzo de 2021”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 870-884.
- A.M. RUIZ MARTÍN, “Rebeldía estratégica y reconocimiento de laudos arbitrales: comentario del Auto 181/2021 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 22 de marzo de 2021”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 885-892.
- M. SAFJAN, “Naufragio del Prestige: el arbitraje entablado en el Reino Unido no puede bloquear el reconocimiento de la sentencia española que condena a la aseguradora a reparar los daños causados por la marea negra: TJ, Gran Sala, S 20 Jun. 2022. Asunto C-700/20: London Steam-Ship Owners’ Mutual Insurance Association Limited”, *La Ley Unión Europea*, nº 107, 2022.
- M.E. SALAZAR-FURIATI, “Doble nacionalidad en el arbitraje de inversión”, en J.G. SALAVERRÍA LANDER (COORD.), *XII Jornada Aníbal Dominici: en homenaje a Eugenio Hernandez-Bretón*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2022, pp. 279-298.
- M.V. SÁNCHEZ POS, “La adopción de medidas cautelares previas e inaudita parte pendiente el reconocimiento de un laudo arbitral extranjero (AAP Madrid 7 julio 2021)”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 10, 2022.
- J. SCHEU/R. HOFMANN/S.W. SCHILL/C.J. TAMS (EDS.), *Investment protection, human rights, and international arbitration in extraordinary times*, Baden-Baden, Nomos, 2022.
- H.J. SNIJDERS, “Enforcement of foreign award (in online arbitration) ex officio refused because of violation of the defendant’s right to be heard”, *IPRax*, 2022, 5, pp. 533-537.
- D. SOLOMON, “Das Statut der Schiedsvereinbarung im Spannungsfeld von kollisionsrechtlichen Interessen und internationalem Regelungsrahmen”, en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 488-498.
- D.C. SUCIU, “La problemática confluencia entre el ordenamiento jurídico europeo y el Derecho internacional de las inversiones: un capítulo más en la saga Micula: Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de enero de 2022, asunto C- 638/19P, Comisión Europea c. European Food SA y otros”, *La Ley Unión Europea*, nº 103, 2022.
- P. TENT ALONSO, “Cave cavtelam!: reflexiones acerca de la autoridad cautelar de los árbitros en el marco de la Ley 60/2003 y los recelos subsistentes al respecto”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 10, 2022.
- P. TERCIER, “L’art. 404 CO et l’arbitrage international: Une illustration”, en E.M. BELSER/P. PICHONNAZ/H. STÖCKLI (EDS.), *Le droit sans frontières, Recht ohne Grenzen, Law without borders: Mélanges pour Franz Werro*, Bern, Stämpfli Editions, 2022, pp. 649-659.
- C. THOMALE, “Rechtsarbitrage im Mitbestimmungsstatut der SE (BAG, S. 389 und LAG Hamburg, S. 392)”, *IPRax*, 2022, 4, pp. 364-399.
- M. URAKAWA, “Schadensersatz und Ausgleich durch ADR beim Autounfall in Japan”, en H. GROTHE/P. MANKOWSKI (HRSG.), *Europäisches und internationales Privatrecht: Festschrift für Christian von Bar zum 70. Geburtstag*, München, C.H. Beck, 2022, pp. 405-412.
- D.E. VIELLEVILLE, “Ejecución y cesión de laudos de arbitraje de inversión. La experiencia de los Estados Unidos”, en J.G. SALAVERRÍA LANDER (COORD.), *XII Jornada Aníbal Dominici: en homenaje a Eugenio Hernandez-Bretón*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2022, pp. 367-388.

- F. VIRZI/R. VILLLAURIZ, “La falta de motivación como causas de anulación del laudo arbitral por vulneración del orden público (STSJ Madrid CP 1a 6 de septiembre de 2022)”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 13, 2022.
- A.A. WASEL, “A conclusion to the longest-running ICSID dispute in history: an examination of the res judicata principle within the El Clarín dispute saga”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 12, 2022.
- D. WIEGANDT, “Zum Verhältnis von Kartellrecht und Schiedsgerichtsbarkeit”, *ZWeR*, 20, 2, 2022, pp. 185-199.
- R. WOLFRUM, “Achmea – neglecting of international public law – some afterthoughts”, *IPRax*, 2022, 4, pp. 321-326.

Derecho de familia internacional

- S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Primeras repercusiones del Brexit en el Derecho internacional privado de la familia”, *La Ley Unión Europea*, nº 100 (Especial 100), 2022.
- S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “La UE, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Derecho de familia: ¿es-tribo, espuela o meros observadores?”, en J. SOLÉ RESINA (COORD.), *Persona, familia y género: Liber Amicorum a M^a del Carmen Gete-Alonso y Calera*, Barcelona, Atelier, 2022, pp. 169-182.
- N.-C. ANITEL, “El orden público en el Derecho internacional privado rumano en materia de relaciones familiares”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 956-976.
- M. BALDZHIEVA/S. TITARENKO, “Towards the Institutionalisation of international family mediation: the role of the International Social Service”, en P. WAUTELET/C. CORSO (DIR.), *L'accès aux droits de la personne et de la famille en Europe / Access to personal and family rights in Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2022, pp. 263-278.
- C. BUDZIKIEWICZ/B. HEIDERHOFF/F. KLINKHAMMER/K. NIETHAMMER-JÜRGENS (HRSG.), *Europa als Taktgeber für das internationale Familienrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2022.
- J. CROON-GESTEFELD, “Der Einfluss der Unionsbürgerschaft auf das Internationale Familienrecht”, *RabelsZ*, 86, 1, 2022, pp. 32-64.
- M.V. CUARTERO RUBIO/J.M. VELASCO RETAMOSIA (DIR.), *La vida familiar internacional en una Europa compleja. Cuestiones abiertas y problemas de la práctica*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2022.
- A. DUTTA, *Familie und Personenstand: ein Handbuch zum deutschen und internationalen Privatrecht*, 4^a ed., Frankfurt am Main, Berlin, Verlag für Standesamtswesen, 2022.
- D. ENGELCKE, “Between Church and State: The Challenges of Reforming the Church Courts and Family Law in the Greek Orthodox Patriarchate of Jerusalem”, *International Journal of Middle East Studies*, 2022, pp. 1-20.
- C. FOSSATI, “La residenza abituale nei regolamenti europei di diritto internazionale privato della famiglia alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2022-II, pp. 283-302.
- S. FULLI-LEMAIRE, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, Paris, LGDJ, 2022.
- W. HAU, “Internationale Zuständigkeit kraft Staatsangehörigkeit im Europäischen Familienverfahrensrecht (EuGH, Rs. C-522/20, S. 374)”, *IPRax*, 2022, 4, pp. 342-345.
- L. HECKENDORN URSCHELER, “Transnationales Familienrecht?”, en E.M. BELSER/P. PICHONNAZ/H. STÖCKLI (EDS.), *Le droit sans frontières, Recht ohne Grenzen, Law without borders: Mélanges pour Franz Werro*, Bern, Stämpfli Editions, 2022, pp. 335-346.
- M. HELIN, “The Story of the Nordic Family Conventions – Approaching Its End?”, en *Festskrift till Marit Jänterä-Jareborg*, Uppsala, Iustus Förlag, 2022, pp. 157-172.
- C. HONORATI/G. RICCIARDI, “Violenza domestica e protezione cross-border”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2022-II, pp. 225-256.

- F. MARONGIU BUONAIUTI, “The evolution of the position of Italian Case law concerning public policy in transnational family matters, in view of some recent judgments of the Italian Court of Cassation and Constitutional Court”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 998-1010.
- M. NADEMLEINSKY, *Internationales Familienrecht*, 3ª ed., Wien, MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2022.
- K. NIETHAMMER-JÜRGENS/M. ERB-KLÜNEMANN, *Internationales Familienrecht in der Praxis: ein Leitfa-den*, 3ª ed., Frankfurt am Main, Wolfgang Metzner Verlag, 2022.
- C. NOURISSAT, “Questions générales sur l'accès aux droits et la mise en oeuvre des règlements de l'Union européenne”, en P. WAUTELET/C. CORSO (DIR.), *L'accès aux droits de la personne et de la famille en Europe / Access to personal and family rights in Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2022, pp. 17-24.
- S. PFEIFF, “Is there a fundamental right to cross-border permanence of elements of personal and family status?”, en P. WAUTELET/C. CORSO (DIR.), *L'accès aux droits de la personne et de la famille en Europe / Access to personal and family rights in Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2022, pp. 25-46.
- M.J. SÁNCHEZ CANO, “La libertad de circulación de personas a la luz de los nuevos modelos de familia. Una visión desde la sentencia Pancharevo”, *CDT*, 14, 2, 2022, pp. 1223-1233.
- A. SHEVELEV/G. SHEVELEV, “Proprietary Status of the Whole Body of a Living Person”, *RebelsZ*, 86, 4, 2022, pp. 976-997.
- R. TOVAR GALVÁN, *Legal pluralism and efficiency in marriage law*, Cambridge, Antwerp, Chicago, Intersentia, 2022.
- L. VÁLKOVÁ, *Choice-of-court agreements under the EU regulations in family and succession matters*, Milano, Wolters Kluwer, CEDAM, 2022.
- N. YASSARI/M.-C. FOBLETS (EDS.), *Normativity and Diversity in Family Law: Lessons from Comparative Law*, Cham, Springer, 2022.

Persona física

- D. BAETGE, *Der gewöhnliche Aufenthalt im internationalen Privatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022.
- M. BARRIO ANDRÉS, “La regulación del derecho a la protección de datos en los Estados Unidos: hacia un RGPD norteamericano”, *CDT*, 14, 2, 2022, pp. 186-193.
- C. BECKER, “Persönlichkeitsrecht in der Systematik der Zivilgesetzbücher”, en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 925-938.
- E. BECKER-EBERHARD, “Vererblich- und Abtretbarkeit des Geldentschädigungsanspruchs wegen Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts (spätestens) mit Rechtshängigkeit”, en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 939-950.
- T. BENS/M. PEERBOOM VAN DRUNICK, “Recognition of a status acquired abroad: Netherlands”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 1062-1082.
- C. BIDAUD, “La force probante des actes de l'état civil étrangers modifiée par la loi bioéthique: du sens à donner à l'exigence de conformité des faits à la réalité ‘appréciée au regard de la loi française’...”, *Revue critique de droit international privé*, 2022-I, pp. 35-46.
- A. BIZER, *Persönlichkeitsrechtsverletzung in sozialen Medien: Fragen des anwendbaren Rechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022.
- K. BOGDZEVICH/N. ŽITKEVIŠ, “Recognition of a status acquired abroad: the Baltic States”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 1083-1098.
- J.-C. BONICHOT, “Protección de las personas físicas ante la puesta a disposición de un periodista de documentos extraídos de un procedimiento judicial que contienen datos personales: TJ, Sala Primera, S 24 Mar. 2022. Asunto C-245/20: Autoriteit Persoonsgegevens”, *La Ley Unión Europea*, nº 104, 2022.
- V. BUMBACA, “The Hague Convention on the Protection of Adults – Plea for and Practice of an ‘Adult’ Approach”, *Yearbook of Private International Law*, XXIII, 2021/2022, pp. 365-392.

- A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Ley aplicable a la protección de personas mayores de edad en Derecho internacional privado español. Reflexiones críticas sobre la modificación del artículo 9.6, párrafo segundo, del Código civil”, en A.-CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ/F. CABELLO DE ALBA JURADO/C. PÉREZ RAMOS (COORDS.), *La reforma de la discapacidad: Comentarios a las nuevas reformas legislativas*, vol. 1, Madrid, Fundación Notariado, 2022, pp. 283-314.
- A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Persona física”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 1241-1373.
- C. CAMPIGLIO, “Circulation of Public Documents and Recognition of Civil Status Situations – Lights and Shadows”, *Yearbook of Private International Law*, XXIII, 2021/2022, pp. 1-24.
- J.J. CASTELLÓ PASTOR, *Daños digitales y derechos de la personalidad: determinación del tribunal competente en conflictos internacionales originados en la red*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2022.
- M.A. CEBRIÁN SALVAT/I. LORENTE MARTÍNEZ, “Recognition of a status acquired abroad: Spain”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 1099-1110.
- C. CONTE, *United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the European Union: the impact on law and governance*, Oxford, Hart, 2022.
- J. CROON-GESTEFELD ET AL. (HRSG.), *Das Private im Privatrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2022.
- S. DEN HAESE, “Recognition of a status acquired abroad: Belgium”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 1111-1129.
- N. DETHLOFF/J. WIELAND, “Der Schutz des Persönlichkeitsrechts minderjähriger Kinder von Prominenten. Das Recht auf Vergessen”, en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 1020-1034.
- M. DREGELIES, “Europäische Persönlichkeitsrecht(e)? Das Spannungsfeld von Persönlichkeitsschutz sowie Meinungs- und Pressefreiheit auf Ebene der EU”, en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 951-962.
- G. ESTEBAN DE LA ROSA, “Identidad personal transfronteriza y Derecho internacional privado europeo”, *REDI*, 74, 2, 2022, pp. 157-179.
- T. EVRARD, “Le Règlement 2016/1191 du 6 Juillet 2016: une simplification réussie des conditions de présentation des documents d’état civil?”, en P. WAUTELET/C. CORSO (DIR.), *L’accès aux droits de la personne et de la famille en Europe / Access to personal and family rights in Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2022, pp. 279-330.
- T. EVRARD/P. WAUTELET, “La réforme de la gestion des actes de l’état civil dans le contexte international: le droit subordonné à la technique”, en P. WAUTELET/S. PFEIFF (DIR.), *Droit familial international*, Liège, Anthemis, 2022, pp. 149-206.
- C. FOSSATI, “La residenza abituale nei regolamenti europei di diritto internazionale privato della famiglia alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2022-II, pp. 283-302.
- M. GIACOMINO/M. VIVIRITO PELLEGRINO, “Recognition of a status acquired abroad: Italy”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 1044-1061.
- S. GÖSSL/M. MELCHER, “Recognition of a status acquired abroad in the EU. – A challenge for national laws from evolving traditional methods to new forms of acceptance and bypassing alternatives”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 1012-1043.
- S.L. GÖSSL, “Recognition of a status acquired abroad: Germany”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 1130-1147.
- D. HALLINAN/R. LEENES/P. DE HERT (EDS.), *Data protection and privacy: enforcing rights in a changing world*, London, Bloomsbury Publishing, 2022.
- K. HAILBRONNER/M. KAU/T. GNATZY/F. WEBER, *Staatsangehörigkeitsrecht*, 7ª ed., München, C.H. Beck, 2022.
- B. HEIDERHOFF, “Geflüchtete und HKÜ (EuGH, Rs. C-262/21, S. 651)”, *IPRax*, 2022, 6, pp. 617-655.
- F. HEINDLER/M. MELCHER, “Recognition of a status acquired abroad: Austria”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 1148-1168.

- M. HO-DAC, “Recognition of a status acquired abroad: France”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 1169-1193.
- P.R. HOFFMANN, *Völkerrechtliche Vorgaben für die Verleihung der Staatsangehörigkeit*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022.
- T. HOŠKO, “Recognition of a status acquired abroad: Croatia”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 1194-1209.
- E. JAYME, “Giambattista Vico und Pasquale Stanislao Mancini: das Nationalitätsprinzip”, en ID., *Internationales Privatrecht - Rechtsvergleichung und Rechtsgeschichte - Kulturgüterschutz, Kunstrecht und Urheberrecht: Vorträge - Aufsätze – Betrachtungen*, Heidelberg, C.F. Müller, 2022, pp. 309-322.
- P. JUÁREZ PÉREZ, “El ‘cerco’ comunitario a la potestad de los Estados miembros en materia de nacionalidad: La STJUE de 18 de enero de 2022”, *CDT*, 14, 2, 2022, pp. 1126-1136.
- U. KOHL, “Les Lignes directrices 05/2021 du CEPD sur l’interaction entre l’article 3 et le chapitre V du RGPD Le RGPD entre protection accrue et faiblesse inhérente Cour de justice de l’Union européenne, 13 mai 2014, n° C-131/12, Google Spain SL et Google Inc c/ Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) et Mario Costeja González, Cour de justice de l’Union européenne, 24 septembre 2019, n° C-507/17, Google LLC c/ Commission nationale de l’informatique et des libertés (CNIL), Cour de justice de l’Union européenne, 6 octobre 2015, n° C-362/14, Maximilian Schrems c/ Data Protection Commissioner et Cour de justice de l’Union européenne, 16 juillet 2020, n° C-311/18, Commissaire à la protection des données c/ Facebook Ireland Ltd et Maximilian Schrems”, *Revue critique de droit international privé*, 2022-II, pp. 287-304.
- C. KOHLER, “Status und Mobilität in der Europäischen Union”, *IPRax*, 2022, 3, pp. 226-232.
- S. LINDROOS-HOVINHEIMO, “Jurisdiction and personality rights: in which Member State should harmful online content be assessed?: case C-800/19 Mittelbayerischer Verlag KG v. SM”, *Maastricht journal of European and comparative law*, 29, 2, 2022, pp. 201-214.
- C. LYCOURGOS, “Renuncia a la nacionalidad de un Estado miembro para obtener la nacionalidad de otro Estado miembro conforme a la seguridad dada por este último de que se naturalizaría al interesado (TJ, Gran Sala, S 18 Ene. 2022): TJ, Gran Sala, S 18 Ene. 2022. Asunto C-118/20: Wiener Landesregierung”, *La Ley Unión Europea*, n° 101, 2022.
- A. MERCHÁN MURILLO, “La residencia electrónica como criterio de conexión para determinar la ley personal”, *AEDIPr*, t. XXII, 2022, pp. 413-441.
- N. NORD, “The International Commission on Civil Status – Present and Future of International Cooperation in Civil Status Matters”, *Yearbook of Private International Law*, XXIII, 2021/2022, pp. 135-154.
- M. OROZCO HERMOSO, “La evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de nacionalidad”, *AEDIPr*, t. XXII, 2022, pp. 443-481.
- A. ORTEGA GIMÉNEZ, *El intercambio de datos de carácter personal como paradigma de desarrollo de una economía global: desde la óptica del Derecho internacional privado*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2022.
- A. ORTEGA GIMÉNEZ/L.S. HEREDIA SÁNCHEZ, “Cuestiones controvertidas sobre la determinación de la Competencia Judicial Internacional en supuestos internacionales de infracción de datos personales”, *Diario La Ley*, n° 10008, Sección Tribuna, 11 febrero 2022.
- M. ORTEGO RUIZ, *La personalidad jurídica internacional de los robots*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.
- É. PATAUT, “L’extension du domaine du juge européen: contrôle de proportionnalité et double nationalité (CJUE, gde ch., 18 janvier 2022, aff. C-118/20, JY c/ Wiener Landesregierung) - Cour de justice de l’Union européenne, 18 janvier 2022, n° C-118/20”, *Revue critique de droit international privé*, 2022-II, pp. 331-349.
- P. PAPADOPOULOS, *Das internationale Zuständigkeitsrecht bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen im Internet unter dem Einfluss von Geoblocking*, Jena, JWV, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2022.
- A. PEUKERT, “Das Marlene Dietrich-Urteil. Eine Bestandsaufnahme nach zwei Jahrzehnten”, en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 986-997.
- S. PFEIFF, “Is there a fundamental right to cross-border permanence of elements of personal and family status?”, en P. WAUTELET/C. CORSO (DIR.), *L’accès aux droits de la personne et de la famille en Europe / Access to personal and family rights in Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2022, pp. 25-46.

- V. PINEL LE DRET, “What’s in a Name”, *ZEuP*, 2022, pp. 1019-1021.
- E. PIOVESANI, “Der Falcone-Fall: Kollisionsrechtliche Fragen des Namens- und postmortalen Persönlichkeitsrechts”, *IPRax*, 2022, 3, pp. 264-268.
- H. ROTH, “Internationale Zuständigkeit bei Verletzungen des Persönlichkeitsrechts”, en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 827-844.
- A. SHEVELEV/G. SHEVELEV, “Proprietary Status of the Whole Body of a Living Person”, *RebelsZ*, 86, 4, 2022, pp. 976-997.
- L.M. SCHLÜRMAN, *Das Personalstatut im französischen IPR: Ideengeschichte und Methodik des statut personnel*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022.
- M. STIEPER, “Von blauen Engeln, Finanzministern und anderen Prominenten. Auswirkungen der Aufspaltung des postmortalen Persönlichkeitsrechts in ideelle und Vermögenswerte Bestandteile auf den Schutz der Persönlichkeit”, en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 1009-1019.
- T. SZABADOS, “Recognition of a status acquired abroad: Hungary”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 1210-1225.
- J.-L. VAN BOXSTAEL, “La protection internationale des adultes vulnérables - Un an et demi après l’entrée en vigueur de la Convention de La Haye”, en P. WAUTELET/S. PFEIFF (DIR.), *Droit familial international*, Liège, Anthemis, 2022, pp. 99-148.
- C. VLIKES, *Nationality and statelessness in Europe: European law on preventing and solving statelessness*, Antwerpen, Gent, Cambridge, Intersentia, 2022.
- J. VON HEIN/C.M. MARIOTTINI, “The ‘Lisbon Guidelines on Privacy’ – A Path Forward for the Protection of Privacy in Private International and Procedural Law”, *Yearbook of Private International Law*, XXIII, 2021/2022, pp. 103-134.
- P. WAUTELET, “Attribution de la nationalité belge et relations familiales: les interactions entre la filiation et la nationalité belge”, en P. WAUTELET/S. PFEIFF (DIR.), *Droit familial international*, Liège, Anthemis, 2022, pp. 207-266.
- N. ŽITKEVIŠ, “Recognition of a status acquired abroad: Poland”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 1226-1240.

Matrimonio y parejas de hecho

- L. BALTAR/L.B. SCOTTI, “Las Uniones Convivenciales en el Derecho Internacional Privado argentino”, *Rev. Fac. Der.*, Montevideo, n° 54, e202, 2022, disponible en http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2301-06652022000201202&lng=es&nrm=iso (último acceso el 3 diciembre 2022).
- J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonio y parejas de hecho”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 1376-1519.
- M. GÓMEZ SORIANO, “La igualdad de los integrantes de la pareja. Evolución legislativa y jurisprudencial. La pareja de hecho en la Unión Europea”, *Diario La Ley*, n° 10175, Sección Tribuna, 22 noviembre 2022.
- L. HOLTkamp, *Die gleichgeschlechtliche Ehe im internationalen Privat- und Verfahrensrecht*, Jena, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2022.
- H.-P. MANSEL, “Zur Liberalisierung des internationalen Ehe- und Lebenspartnerschaftsrechts des EGBGB: Bemerkungen zum Ort der Eheschließung und Registerort als Anknüpfungspunkte”, *IPRax*, 2022, 6, pp. 561-567.
- D. MARTINY, “De facto cohabitation in European private international law – Diversity rather than uniformity”, en M. LINTON/M. SAYED (EDS.), *Festschrift till Maarit Jänterä-Jareborg*, Uppsala, Iustus Förlag, 2022, pp. 217-230.

- C. MAYER, “Relevanz des Orts der Eheschließung für die Bestimmung des Formstatuts bei der doppelten Handschuhehe und Online-Ehe (BGH, S. 635 und VG Düsseldorf, S. 638)”, *IPRax*, 2022, 6, pp. 594-600.
- A. ORTEGA GIMÉNEZ, “¿Como regularizar la estancia como residente comunitario en España y poder adquirir la nacionalidad española gracias al matrimonio? (A propósito de la SAP Sevilla, de 15 de junio de 2021)”, *Diario La Ley*, nº 9988, Sección Doctrina, 13 enero 2022.
- A. ORTEGA GIMÉNEZ, “¿Es contrario a derecho que la celebración del matrimonio permita la obtención de la nacionalidad española o la residencia en España? (A propósito de la SAP de Burgos, de 22 de abril de 2022)”, *Diario La Ley*, nº 10169, Sección Comentarios de jurisprudencia, 14 noviembre 2022.
- K.B. PISSLER/T. VON HIPPEL, “Länderbericht China”, en A. BERGMANN ET AL. (HRSG.), *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht mit Staatsangehörigkeitsrecht*, 246. Lf., Frankfurt am Main, Verlag für Standesamtswesen, 2022, pp. 1-173.
- É. RALSER, “La bigamie de droit ou de fait constitue un obstacle à l’acquisition de la nationalité française par mariage (Civ. 1, 12 janv. 2022 no 20-50.036)”, *Revue critique de droit international privé*, 2022-IV, pp. 730-748.
- G. SIEGERT, *Der ordre public im internationalen Eheschließungsrecht: eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Berlin, Duncker & Humblot, 2022.
- L. VAIGÈ, “Emotions in Private International Law? The Example of Cross-Border Recognition of Formalized Same-Sex Relationships in Lithuania”, en M. LINTON/M. SAYED (EDS.), *Festschrift till Maarit Jänterä-Jareborg*, Uppsala, Iustus Förlag, 2022, pp. 311-324.
- L. VAIGÈ, *Cross-border recognition of formalized same-sex relationships: the role of Ordre Public*, Cambridge, Antwerp, Chicago, Intersentia, 2022.
- D. WIEDEMANN, “El Derecho Internacional Privado del matrimonio en América Latina”, *Revista Iberoamericana de Derecho internacional y de la integración*, 17, 2022, pp. 135-149.

Efectos personales del matrimonio. Régimen económico matrimonial y de parejas registradas

- L. ÁLVAREZ AGOUÉS, “Control de oficio de la competencia judicial internacional, determinación de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial y concreción del alcance y carga de la prueba del Derecho extranjero. A propósito de la sentencia n.º 1402/2021 de la Audiencia Provincial de Málaga (sección sexta)”, *CDT*, 14, 2, 2022, pp. 916-926.
- K. BEISSEL/B. HEIDERHOFF, “Die engere Verbindung der Ehe nach Art. 5 HUP”, *IPRax*, 2022, 3, pp. 256-260.
- A. BONOMI, “Les Règlements européens sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés”, en P. WAUTELET/C. CORSO (DIR.), *L’accès aux droits de la personne et de la famille en Europe / Access to personal and family rights in Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2022, pp. 201-236.
- S. BRÜSER, *Kollisionsrechtliche Probleme bei deutsch-italienischen Erbfällen: unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses von Erb- und Güterstatut*, Berlin, Peter Lang, 2022.
- C. BUDZIKIEWICZ, “Zur Qualifikation der Brautgabevereinbarung (BGH, S. 68)”, *IPRax*, 2022, 1, pp. 40-49.
- D. GLUHAIA, “No hay comunidad de bienes si la ley inglesa regula el régimen económico matrimonial del causante y no se ha acreditado la existencia del pacto entre los cónyuges”, *CDT*, 14, 2, 2022, pp. 1075-1087.
- M. JÄNTERÄ-JAREBORG, “Property relations in *de facto* unions”, en H. GROTHE/P. MANKOWSKI (HRSG.), *Europäisches und internationales Privatrecht: Festschrift für Christian von Bar zum 70. Geburtstag*, München, C.H. Beck, 2022, pp. 149-156.
- P.A. NIELSEN, “The New Danish Legislation on Choice of Law for Matrimonial Property Regimes”, en M. LINTON/M. SAYED (EDS.), *Festschrift till Maarit Jänterä-Jareborg*, Uppsala, Iustus Förlag, 2022, pp. 241-258.

- W. PINTENS, “Pension Rights and the Matrimonial Property Regulation”, en M. LINTON/M. SAYED (EDS.), *Festschrift till Maarit Jänterä-Jareborg*, Uppsala, Iustus Förlag, 2022, pp. 259-274.
- P. QUINZÁ REDONDO, *Uniones registradas en la Unión Europea: el reglamento (UE) N° 2016/1104 en perspectiva española*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.
- A. RODRÍGUEZ BENOT/C. HORNERO MÉNDEZ (DIR.), D. CARRIZO AGUADO (COORD.), *Régimen patrimonial de las uniones registradas: aspectos estatales y supraestatales (A propósito del Reglamento UE 2016/1104)*, Cizur Menor, Editorial Aranzadi-Thomson Reuters, 2022.
- J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Aplicación del foro de acumulación de competencias del art. 5 del Reglamento 2016/1103, sobre régimen económico matrimonial, cuando el proceso de divorcio finalizó hace tiempo. A propósito de la S de la AP de Orense, de 7 de oct. de 2021”, *CDT*, 14, 2, 2022, pp. 790-803.
- J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “El régimen económico matrimonial en el Derecho internacional privado”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 1547-1645.
- L. RUGGERI/A. LIMANTÉ/N. POGORELČNIK VOGRINC (EDS.), *The EU regulations on matrimonial property and property of registered partnerships*, Cambridge, Antwerp, Chicago, Intersentia, 2022.
- P. TWARDOCH, “Composite Marriage Contracts in Polish Private International Law”, *Yearbook of Private International Law*, XXIII, 2021/2022, pp. 295-322.
- I. VIARENGO, “The Coordination of Jurisdiction and Applicable Law in Proceedings Related to Economic Aspects of Family Law”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2022-II, pp. 257-282.

Crisis matrimoniales

- H. AL-DABBAGH, “Effet au Québec des divorces étrangers non dotés de l’exequatur. Le cas des divorces islamiques”, *Revue critique de droit international privé*, 2022-I, pp. 7-34.
- I. ANTÓN JUÁREZ, “La residencia habitual del cónyuge en un divorcio transfronterizo: ¿una residencia habitual múltiple podría preservar la seguridad jurídica? A propósito de la STJUE de 25 de noviembre de 2021, C-289/20, Ib c. Fa.”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 578-590.
- A. BALTHASAR-WACH, “Die Neufassung der Brüssel IIa-VO: Übersicht wesentlicher Änderungen von der Brüssel IIa-VO zur Brüssel IIb-VO”, *ZfRV*, 63, 1, 2022, pp. 20-30.
- J. BASEDOW, “Anmerkung zu EuGH, 10. Februar 2022 – Rs. C-522/20: OE ./ VY – ECLI:EU:C:2022:87 (Art. 3 I Brüssel IIa-VO, 18 AEUV: Staatsangehörigkeit und Zuständigkeit für Eheauflösung)”, *FamRZ*, 2022, pp. 512–514.
- A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Ley aplicable al divorcio internacional y autonomía de la voluntad en el Derecho internacional privado de la Unión Europea”, *CDT*, 14, 2, 2022, pp. 194-261.
- A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Crisis matrimoniales”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 1647-1852.
- L.F. CARRILLO POZO, “Competencia judicial internacional en supuestos de divorcio de mutuo acuerdo: auto de la AP de Alicante (Sección 4) Núm. 331/2020 de 22 de diciembre”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 673-683.
- A. DURÁN AYAGO, “¿Es la nacionalidad un criterio discriminatorio en la determinación de la competencia judicial internacional en crisis matrimoniales? A propósito de la STJUE de 10 de febrero de 2022, asunto C-522/20, OE y VY”, *CDT*, 14, 2, 2022, pp. 1069-1074.
- A. ERNOUX, “Divorce international: questions de compétence”, en P. WAUTELET/S. PFEIFF (DIR.), *Droit familial international*, Liège, Anthemis, 2022, pp. 7-34.
- A. FONT I SEGURA, “La nacionalidad como factor distintivo en la atribución de competencia judicial internacional en materia matrimonial: Sentencia del Tribunal de Justicia 10 de febrero de 2022, Asunto C- 522/20, OE y VY”, *La Ley Unión Europea*, nº 103, 2022.

- S. FULLI-LEMAIRE, “Résidence habituelle d’un époux au sens du Règlement ‘Bruxelles II bis’ (CJUE, 3^o ch., 25 nov. 2021, aff. C-289/20)”, *Revue critique de droit international privé*, 2022-IV, pp. 783-798.
- E. GALLANT, “Qu’est-ce que la loi du for au sens du règlement Rome III? (Civ. 1, 26 janvier 2022, n^o 20-21.542)”, *Revue critique de droit international privé*, 2022-IV, pp. 758-764.
- T. GARBER/K. LUGANI (HRSG.), *Die Brüssel Iib-Verordnung: Zuständigkeit, Anerkennung und Vollstreckung in Ehesachen und Kindschaftssachen einschließlich der internationalen Kindesentführung: Sammlung*, Wien, Verlag Österreich, Baden-Baden, Nomos, 2022.
- S.L. GÖSSL, “Rechtsaktbezogene Einzigartigkeit und subjektive Komponenten – Einige Notizen zum gewöhnlichen Aufenthalt im europäischen Kollisions- und Verfahrensrecht (EuGH, Rs. C-289/20, S. 526)”, *IPRax*, 2022, 5, pp. 489-489.
- M. GUZMÁN ZAPATER, “Divorcio internacional y alimentos: Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero 2021”, *CDT*, 14, 2, 2022, pp. 1108-1116.
- D. HENRICH, “Neues zu Privatscheidungen innerhalb und außerhalb der EU (BGH, S. 57 und S. 63)”, *IPRax*, 2022, 1, pp. 37-40.
- C. HONORATI/G. RICCIARDI, “Violenza domestica e protezione cross-border”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2022-II, pp. 225-256.
- U. JANZEN/R. WAGNER, “Die IntFamRVG-Novelle nach der Neufassung der EuEheVO”, *IPRax*, 2022, 6, pp. 545-552.
- E. JAYME/G. LIBERATI BUCCIANI, “Rechtswirkungen von Privatscheidungen im italienischen Recht: Fragen des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts”, *IPRax*, 2022, 1, pp. 74-78.
- P. JIMÉNEZ BLANCO, “La desjudicialización del divorcio en la Unión Europea y su impacto en los Reglamentos europeos”, *CDT*, 14, 2, 2022, pp. 555-579.
- M.A. LUPOI, *La crisi matrimoniale e genitoriale nello spazio di giustizia europeo: giurisdizione, circolazione delle decisioni e sottrazione internazionale di minori*, Pisa, Pacini giuridica, 2022.
- M. MAKOWSKY, “Die Anerkennung mitgliedstaatlicher Privatscheidungen nach der EuEheVO”, en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 754-763.
- N. MARCHAL ESCALONA, *El divorcio no judicial en Derecho Internacional Privado español*, Cizur Menor, Editorial Aranzadi - Thomson Reuters, 2022.
- F. MARONGIU BUONAIUTI, “The evolution of the position of Italian Case law concerning public policy in transnational family matters, in view of some recent judgments of the Italian Court of Cassation and Constitutional Court”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 998-1010.
- J. MASEDA RODRÍGUEZ, “Competencia judicial internacional en materia de crisis matrimoniales: cónyuge que comparte su vida en más de un Estado miembro y concepto de residencia habitual: Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Tercera, de 25 de noviembre de 2021 (asunto C-289/20: IB)”, *La Ley Unión Europea*, n^o 101, 2022.
- L. MÖLLER, *Ausländische einvernehmliche Privatscheidungen und hoheitliche Mitwirkung: zur Anerkennung und Wirksamkeitsprüfung von Scheidungen im autonomen IZVR und IPR*, Berlin, Duncker & Humblot, 2022.
- L. MONGE-TALAVERA, “Reconocimiento de sentencias extranjerías de divorcio en Perú”, *CDT*, 14, 2, 2022, pp. 1160-1177.
- G. MORENO CORDERO, *Validez de las resoluciones civiles y canónicas sobre crisis matrimoniales entre España y Colombia: una visión renovada*, Cizur Menor, Editorial Aranzadi, 2022.
- L.A. PÉREZ MARTÍN, “Concreción de la residencia habitual de los cónyuges en las crisis matrimoniales europeas, episodio 1: aún con vida entre varios Estados, solo hay una residencia habitual”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 422-443.
- L.S. ROSSI, “El Tribunal de Justicia precisa el sentido y el alcance del concepto de ‘residencia habitual’ de un cónyuge para determinar la competencia judicial en una demanda de divorcio (TJ, Sala Tercera, S 25 Nov. 2021): TJ, Sala Tercera, S 25 Nov. 2021. Asunto C-289/20: IB (Residencia habitual de un cónyuge — Divorcio)”, *La Ley Unión Europea*, n^o 101, 2022.

- M.J. SÁNCHEZ CANO, “Divorcio en España y cónyuges sin residencia habitual en nuestro país: ¿cómo han de proceder los tribunales españoles? Comentario del AAP Murcia 11 febrero 2021”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 904-914.
- M.Á. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, “Autoridad notarial española y divorcio transfronterizo. Particularidades y cuestiones que plantea la aplicación de los Reglamentos europeos”, *AEDIPr*, t. XXII, 2022, pp. 269-299.
- M. SONNENTAG/J. HASELBECK, “Scheidungen ohne Gericht in EU-Mitgliedstaaten und ihr Verhältnis zur EuEheVO und Rom III-VO”, *IPRax*, 2022, 1, pp. 22-30.

Filiación natural

- E. AGÜERA PERÁLVAREZ, “Determinación de la filiación en la gestación por sustitución”, *Diario La Ley*, nº 10116, Sección Tribuna, 22 julio 2022.
- S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Gestación por sustitución y Tribunal Supremo español: Nota breve a la STS de 31 de marzo de 2022”, *Diario La Ley*, nº 10069, 2022.
- S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “La Justicia europea no reconoce el derecho de los hijos de parejas LGTBI en toda la UE (o la Justicia europea no obliga a los Estados miembros a reconocer la homoparentalidad): Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 2021, as. C- 490/ Pancherevo”, *La Ley Unión Europea*, nº 102, 2022.
- M.C. BARUFFI, “Cittadinanza dell’Unione e maternità surrogata nella prospettiva del mercato interno alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia”, en F. PESCE (ED.), *La surrogazione di maternità nel prisma del diritto*, Napoli, Editoriale scientifica, 2022, pp. 13-34.
- M.C. BARUFFI, “Surrogacy in the recent ‘multilevel’ case law”, en P. WAUTELET/C. CORSO (DIR.), *L’accès aux droits de la personne et de la famille en Europe / Access to personal and family rights in Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2022, pp. 85-112.
- C. BIDAUD, “La force probante des actes de l’état civil étrangers modifiée par la loi bioéthique: du sens à donner à l’exigence de conformité des faits à la réalité ‘appréciée au regard de la loi française’...”, *Revue critique de droit international privé*, 2022-I, pp. 35-46.
- L. BRACKEN, “Recognition of LGBTQI+ parent families across European borders”, *Maastricht journal of European and comparative law*, 29, 3, 2022, pp. 399-406.
- R. CALVIGIONI, “La trascrizione dell’atto di nascita formato all’estero ed il ruolo dell’Ufficiale di stato civile”, en F. PESCE (ED.), *La surrogazione di maternità nel prisma del diritto*, Napoli, Editoriale scientifica, 2022, pp. 35-60.
- C. CAMPIGLIO, “Surrogazione di maternità transnazionale e limite dell’ordine pubblico”, en F. PESCE (ED.), *La surrogazione di maternità nel prisma del diritto*, Napoli, Editoriale scientifica, 2022, pp. 61-82.
- J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Filiación natural”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 1853-1964.
- M.J. CASTELLANOS RUIZ, “La filiación adoptiva, vía legal para la gestación por sustitución: A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2022”, *CDT*, 14, 2, 2022, pp. 1034-1052.
- M.J. CASTELLANOS RUIZ, “La gestación por sustitución caso por caso: A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de 27 de abril de 2021”, *CDT*, 14, 2, 2022, pp. 1053-1068.
- G. CHIAPPATA, “Tutela del minore e continuazione della responsabilità genitoriale *de facto*: una connessione da perfezionare”, en F. PESCE (ED.), *La surrogazione di maternità nel prisma del diritto*, Napoli, Editoriale scientifica, 2022, pp. 83-104.
- S. CORNELOUP, “Du couple à l’enfant, les libertés de circulation poursuivent leur chemin - (CJUE, 14 déc. 2021, aff. C-490/20)”, *Revue critique de droit international privé*, 2022-III, pp. 554-570.
- A.S. DE SOUSA GONÇALVE, “Ainda a gestação de substituição na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos”, *CDT*, 14, 2, 2022, pp. 1234-1240.

- J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, “La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida: reflexiones críticas a raíz de la jurisprudencia recaída sobre la materia”, *Diario La Ley*, nº 10182, Sección Tribuna, 2 diciembre 2022.
- E. FARNÓS AMORÓS, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la relevancia del vínculo genético: una revisión de la jurisprudencia sobre gestación por sustitución transfronteriza”, *Revista de bioética y Derecho: publicación del Máster en bioética y Derecho*, nº 56, 2022, pp. 29-54.
- E. FARNÓS AMORÓS, “La gestación por sustitución de nuevo ante el Tribunal Supremo: la STS, 1ª (Pleno), de 31 de marzo de 2022, como ejemplo de la encrucijada actual”, *ADC*, t. LXXV, fasc. 3, 2022, pp. 1281-1314.
- G. FERRANDO, “L’adozione in casi particolari e le nuove istanze di tutela”, en F. PESCE (ED.), *La surrogazione di maternità nel prisma del diritto*, Napoli, Editoriale scientifica, 2022, pp. 105-122.
- M.D.A. FREEMAN, *The Human Rights of Children: Selected Essays on Children’s Rights*, Boston, Brill, 2022.
- I. GARCÍA PRESAS, “El tratamiento jurídico de la gestación por sustitución en España a debate”, *Actualidad civil*, nº 3, 2022.
- M. GRASSI, “Riconoscimento del rapporto di filiazione omogenitoriale e libertà di circolazione all’interno dell’Unione europea”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2022-III, pp. 591-610.
- M. HELLNER, “International Surrogacy Arrangements. An Overview and Synthesis of the Case-Law of the European Court of Human Rights”, en *Festschrift till Maarit Jänterä-Jareborg*, Uppsala, Iustus Förlag, 2022, pp. 173-188.
- K.H. HOFFMEISTER, *Reproduktives Reisen und Elternschaft*, Baden-Baden, Nomos, 2022.
- M. ILESIC, “Negativa del Estado miembro de origen de una de las dos madres a expedir un certificado de nacimiento de una menor por falta de información sobre la identidad de la madre biológica: TJ, Gran Sala, S 14 Dic. 2021. Asunto C-490/20: V.M.A. y Stolichna obshtina, rayon ‘Pancharevo’”, *La Ley Unión Europea*, nº 102, 2022.
- E. LAMARQUE/G. MINGARDO, “Gestazione per altri e best interests of the child. La prospettiva della Corte costituzionale italiana”, en F. PESCE (ED.), *La surrogazione di maternità nel prisma del diritto*, Napoli, Editoriale scientifica, 2022, pp. 123-138.
- F. MARONGIU BUONAIUTI, “The evolution of the position of Italian Case law concerning public policy in transnational family matters, in view of some recent judgments of the Italian Court of Cassation and Constitutional Court”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 998-1010.
- F. MARCHADIER, “La nationalité de l’enfant né d’une gestation pour autrui (CEDH, déc.,9 déc. 2021, m 5684E/15 et 56849/15)”, *Revue critique de droit international privé*, 2022-IV, pp. 719-729.
- C. MAYER, “Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung in grenzüberschreitenden Fällen”, en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 463-474.
- G. MUÑOZ RODRIGO, “Maternidad subrogada: ni posesión de estado, ni negación de efectos. Adopción”, *Actualidad civil*, nº 5, 2022.
- L. MURA, “Predisposizione ai rapporti di schiavitù e ruolo del diritto internazionale privato al vaglio della giurisprudenza CEDU sulla maternità surrogata”, *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2022, 1, pp. 172-208.
- E. NALIN, “Dialogo tra Corti europee e giudici nazionali in tema di maternità surrogata: verso un bilanciamento tra limite dell’ordine pubblico e superiore interesse del minore”, *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2022, 1, pp. 237-257.
- M. PELISSERO, “Surrogazione di maternità: la pretesa di un potere punitivo universale”, en F. PESCE (ED.), *La surrogazione di maternità nel prisma del diritto*, Napoli, Editoriale scientifica, 2022, pp. 139-154.
- L.A. PÉREZ MARTÍN, “Doctrina del TJUE en *Pancharevo* y *Rzeczchnik*: un paso atrás en el ejercicio de los derechos europeos”, *AEDIPr*, t. XXII, 2022, pp. 483-514.

- F. PESCE, “Gestazione per altri e discrezionalità nazionale ‘depotenziata’ nella prospettiva della CEDU”, en F. PESCE (ED.), *La surrogazione di maternità nel prisma del diritto*, Napoli, Editoriale scientifica, 2022, pp. 155-168.
- F. PESCE (ED.), *La surrogazione di maternità nel prisma del diritto*, Napoli, Editoriale scientifica, 2022.
- K.B. PISSLER/T. VON HIPPEL, “Länderbericht China”, en A. BERGMANN ET AL. (HRSG.), *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht mit Staatsangehörigkeitsrecht*, 246. Lf., Frankfurt am Main, Verlag für Standesamtswesen, 2022, pp. 1-173.
- I. PRETELLI, “Il diritto di conoscere le proprie origini con particolare riferimento a figlie e figli di ascendenza multipla o complessa”, en F. PESCE (ED.), *La surrogazione di maternità nel prisma del diritto*, Napoli, Editoriale scientifica, 2022, pp. 169-204.
- A.M. RIVAS RIVAS/A. AYALA RUBIO/C. ÁLVAREZ PLAZA, “Emprendimiento y empleabilidad en la industria de la fertilidad: el caso de las gestantes ‘subrogadas’ de California (EUA)”, *Inter Disciplina*, 10, 28, 2022, pp. 153-180.
- L. VÁLKOVÁ, “The Commission Proposal for a Regulation on the Recognition of Parenthood and Other Legislative Trends Affecting Legal Parenthood”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2022-IV, pp. 854-899.
- S. VANNUCCINI, “Lo spazio europeo di tutela dei minori di età e il crescente ruolo del principio dei best interests of the child in relazione alla “Direttiva rimpatri” con particolare riferimento alla causa C- 112/20”, *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2022, 1, pp. 338-368.
- A.J. VELA SÁNCHEZ, “Régimen jurídico definitivo de la gestación por sustitución en Portugal. A propósito de la Ley portuguesa núm. 90/2021, de 16 de diciembre, que contiene el certificado de defunción del convenio gestacional luso”, *Diario La Ley*, nº 10003, Sección Doctrina, 4 febrero 2022.
- A. WYSOCKA-BAR, “Same-Sex Parenthood in a Cross-Border Landscape in Pancharevo”, *Yearbook of Private International Law*, XXIII, 2021/2022, pp. 333-348.
- N. YASSARI, “Gespaltene Elternschaft – zur kulturellen Bedeutung von Mutter und Vater im deutschen und iranischen Recht”, en A. DUTTA/H. GUHLING/F. KLINKHAMMER (HRSG.), *Das Familienrecht in seiner großen Vielfalt – Festschrift für Hans-Joachim Dose zum Ausscheiden aus dem Richterdienst*, Bielefeld, Giesecking Verlag, 2022, pp. 577-587.

Adopción internacional

- C. AZCÁRRAGA MONZONÍS, “La adopción nacional e internacional desde la perspectiva autonómica. El caso de la Comunidad Valenciana”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, nº 17, 2022, pp. 1034-1069.
- A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Adopción internacional”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 1965-2069.
- M. ELÓSEGUI, “La evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el acogimiento familiar y el derecho a mantener el vínculo familiar con los padres biológicos: Los casos noruegos y dos casos españoles”, *CDT*, 14, 2, 2022, pp. 375-406.
- G. FERRANDO, “L’adozione in casi particolari e le nuove istanze di tutela”, en F. PESCE (ED.), *La surrogazione di maternità nel prisma del diritto*, Napoli, Editoriale scientifica, 2022, pp. 105-122.
- R. MAGNUS, “Die Neuregelung des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts der Adoption”, *IPRax*, 2022, 6, pp. 552-561.
- F. MARONGIU BUONAIUTI, “The evolution of the position of Italian Case law concerning public policy in transnational family matters, in view of some recent judgments of the Italian Court of Cassation and Constitutional Court”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 998-1010.
- G. MUÑOZ RODRIGO, “Maternidad subrogada: ni posesión de estado, ni negación de efectos. Adopción”, *Actualidad civil*, nº 5, 2022.

- A. ORTEGA GIMÉNEZ, “La adopción internacional en España, tras la modificación del sistema de protección de la infancia y de la adolescencia”, *Revista de Derecho de Familia: doctrina, jurisprudencia, legislación*, nº 95, 2022, pp. 53-72.
- C. RAGNI, “Riconoscimento in Italia di adozioni omoparentali e ordine pubblico internazionale”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2022-I, pp. 43-64.
- M.J. SÁNCHEZ CANO, “El control de la validez de la adopción constituida por autoridad extranjera y la exigencia del certificado de idoneidad: Una cuestión de seguridad jurídica”, *CDT*, 14, 2, 2022, pp. 1213-1222.
- M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “Prohibición de constituir una adopción *ex novo* en España tras la *kafala* en el país de origen: de nuevo sobre las dudas de interpretación [AAP Cádiz 1500/2020 y AAP Logroño 173/2021]”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 947-953.

Protección de menores

- S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Traslado o retención ilícitos de menores y obligaciones alimenticias: Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de mayo de 2022, asunto C- 644/20: W.J.”, *La Ley Unión Europea*, nº 106, 2022.
- S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Traslado de la residencia habitual de un menor y competencia judicial internacional: Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de julio de 2022, en el asunto C-572/21: CC”, *La Ley Unión Europea*, nº 106, 2022.
- N.-C. ANIȚE/C. MAREȘ, “Some comments related to the international child abduction as regulated by the Council Regulation (EU) no. 1111/2019 and the Romanian Case Law”, *CDT*, 14, 2, 2022, pp. 1252-1265.
- C. ARGELICH COMELLES, “Guarda, tutela y protección de menores en el Derecho de familia marroquí desde el orden público español”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 25-30.
- Á.M. BALLESTEROS BARROS, “Restitución de menores y orden público europeo: la doctrina Bosphorus sobre protección equivalente”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 31-46.
- A. BALTHASAR-WACH, “Die Neufassung der Brüssel IIa-VO: Übersicht wesentlicher Änderungen von der Brüssel IIa-VO zur Brüssel IIb-VO”, *ZfRV*, 63, 1, 2022, pp. 20-30.
- J. BAYO DELGADO, “A propósito del nuevo Reglamento (UE) núm. 2109/1111”, *REDI*, 74, 2, 2022, pp. 499-506.
- A.I. BERROCAL LANZAROT, “El régimen jurídico de la tutela tras la Ley 8/2021, de 2 de junio”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año nº 98, nº 791, 2022, pp. 1673-1735.
- A. BLANQUET, “Le risque juridique au sein de la Convention de La Haye de 1980: le cas des enlèvements internationaux d’enfants au Japon – À propos de l’arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 28 janvier 2021”, *JDI Clunet*, 149, 1, 2022, pp. 103-117.
- F. CALVO BABÍO, “Traslado ilícito a Rumanía de un menor tutelado en Alemania por uno de sus padres con el consentimiento del otro: ¿delito de sustracción de menores? (STJUE de 19 de noviembre de 2020)”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 653-661.
- A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Protección de menores”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 2071-2284.
- A.J. CALZADO LLAMAS, “Panorámica y evaluación de la articulación en el ordenamiento jurídico español de las novedades introducidas por el Reglamento (UE) 2019/1111 en los procesos de restitución de menores”, *CDT*, 14, 2, 2022, pp. 1266-1292.
- B. CAMPUZANO DÍAZ (DIR.), *Estudio del Reglamento (UE) 2019/1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, 2022.
- S. CANTONI, “In tema di immunità dello Stato dalla giurisdizione: il complesso bilanciamento tra tutela dei diritti della persona e prerogative della Santa Sede”, *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2022, 3, pp. 16-38.

- L.F. CARRILLO POZO, “Litigios sobre responsabilidad parental: algunas notas sobre la coherencia e integridad de la disciplina”, *AEDIPr*, t. XXII, 2022, pp. 303-328.
- G. CHIAPPATA, “Tutela del minore e continuazione della responsabilità genitoriale *de facto*: una connessione da perfezionare”, en F. PESCE (ED.), *La surrogazione di maternità nel prisma del diritto*, Napoli, Editoriale scientifica, 2022, pp. 83-104.
- A. DURÁN AYAGO, “La actitud del demandado en la prórroga de la competencia en los casos de responsabilidad parental. A propósito de los autos de la Audiencia Provincial de Barcelona, 533/2020, de 18 de diciembre de 2020 y 24/2021, de 28 de enero de 2021”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 719-726.
- A. DURÁN AYAGO, “En la restitución de una menor trasladada a un tercer Estado no se aplican las normas europeas de competencia judicial internacional. A propósito de la STJUE de 24 de marzo de 2021, asunto C-603/20, PPU, SS y MCP”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 727-735.
- M. ELÓSEGUI, “La evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el acogimiento familiar y el derecho a mantener el vínculo familiar con los padres biológicos: Los casos noruegos y dos casos españoles”, *CDT*, 14, 2, 2022, pp. 375-406.
- M.D.A. FREEMAN, *The Human Rights of Children: Selected Essays on Children's Rights*, Boston, BRILL, 2022.
- T. GARBER/K. LUGANI (HRSG.), *Die Brüssel IIb-Verordnung: Zuständigkeit, Anerkennung und Vollstreckung in Ehesachen und Kindschaftssachen einschließlich der internationalen Kindesentführung: Sammlung*, Wien, Verlag Österreich, Baden-Baden, Nomos, 2022.
- C. GONZALEZ BEILFUSS, “Regulation (EU) No. 2019/1111 (Brussels II ter) and Third States: relations with other instruments”, en *Festskrift till Maarit Jänterä-Jareborg*, Uppsala, Iustus Förlag, 2022, pp. 129-142.
- M. GONZÁLEZ MARIMÓN, “La regulación de la sustracción internacional de menores en el Reglamento Bruselas II Ter y sus principales novedades: hacia una mejor protección del interés superior del menor”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 286-312.
- M. GONZÁLEZ MARIMÓN, *La sustracción internacional de menores en el espacio jurídico europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.
- S. GOYENECHÉ ECHEVERRÍA, “Residencia habitual del menor en un supuesto de responsabilidad parental: la compleja concreción de un concepto jurídico indeterminado”, *CDT*, 14, 2, 2022, pp. 1100-1107.
- C. GRIECO, “Il protocollo N. 16 allegato alla CEDU e la funzione consultiva della Corte Europea dei diritti dell'uomo anche alla luce della futura e ancora incerta ratifica italiana”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 313-333.
- M. GUZMÁN PECES, “El Reglamento (CE) 2019/1111: Principales novedades e interacción con el Convenio de la Haya de 1980 y de 1996”, *CDT*, 14, 2, 2022, pp. 1293-1309.
- R. HÜSSTEGE, “Das Verfahren zur Erteilung einer Widerrechtlichkeitsbescheinigung – de lege lata und de lege ferenda (KG, S. 645)”, *IPRax*, 2022, 6, pp. 613-615.
- U. JANZEN/R. WAGNER, “Die IntFamRVG-Novelle nach der Neufassung der EuEheVO”, *IPRax*, 2022, 6, pp. 545-552.
- T. KRUGER, “La responsabilité parentale: quelles nouveautés amène le règlement Bruxelles IIter?”, en P. WAUTELET/S. PFEIFF (DIR.), *Droit familial international*, Liège, Anthemis, 2022, pp. 35-54.
- T. KRUGER/L. VAN WYNSBERGHE, “Vulnerability, domestic violence and child abduction”, en P. WAUTELET/C. CORSO (DIR.), *L'accès aux droits de la personne et de la famille en Europe / Access to personal and family rights in Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2022, pp. 47-58.
- R. LÓPEZ JIMÉNEZ, “La adopción de medidas de apoyo a personas con discapacidad: la jurisdicción voluntaria y el procedimiento contencioso”, *CDT*, 14, 2, 2022, pp. 580-604.
- A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, “Análisis crítico e implicaciones prácticas de la competencia residual del Reglamento 2019/1111 en materia de responsabilidad parental”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 370-386.
- P. LORTIE, “The application of the 1996 Child Protection Convention to unaccompanied and separated children”, en P. WAUTELET/C. CORSO (DIR.), *L'accès aux droits de la personne et de la famille en Europe / Access to personal and family rights in Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2022, pp. 59-84.
- N. LOWE, “Operating Brussels II-ter in children cases involving third States”, en *Festskrift till Maarit Jänterä-Jareborg*, Uppsala, Iustus Förlag, 2022, pp. 203-216.

- M.A. LUPOI, *La crisi matrimoniale e genitoriale nello spazio di giustizia europeo: giurisdizione, circolazione delle decisioni e sottrazione internazionale di minori*, Pisa, Pacini giuridica, 2022.
- F.J. MARTÍN MAZUELOS, “Órganos y autoridades competentes respecto al nuevo Reglamento Bruselas II ter: dudas que plantea la comunicación del Estado español”, *Diario La Ley*, nº 10135, Sección Tribuna, 21 septiembre 2022.
- A. MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, “El Derecho de adquirir y cambiar de nacionalidad española por las personas extranjeras con discapacidad”, *CDT*, 14, 2, 2022, pp. 643-668.
- G. PALAO MORENO (DIR.), *El nuevo marco europeo en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción de menores. Comentarios al Reglamento (UE) nº 2019/1111*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.
- J. PEDROSA DEL PINO, “Restitución de menores en tiempos de pandemia”, *Diario La Ley*, nº 10017, Sección Tribuna, 24 febrero 2022.
- C. PERARO, “Kafala in the SM judgment of the Court of Justice and the Italian perspective”, en P. WAUTELET/C. CORSO (DIR.), *L'accès aux droits de la personne et de la famille en Europe / Access to personal and family rights in Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2022, pp. 113-144.
- G. PÉREZ DE COLOSÍA Y LÁZARO, “Restitución de menor a Chile: comentario a la sentencia nº 619/2020 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 29 de julio de 2020”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 816-826.
- S. PFEIFF, “L'enlèvement international d'enfant au sein de l'Union européenne: quelles nouveautés nous réserve le règlement Bruxelles IIter?”, en P. WAUTELET/S. PFEIFF (DIR.), *Droit familial international*, Liège, Anthemis, 2022, pp. 55-98.
- G. PIZZOLANTE, “Il diritto del minore alla libertà di religione: la recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e il rilievo della Convenzione sui diritti del fanciullo”, *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2022, 3, pp. 134-157.
- I. PRETELLI, “Una reinterpretación del Convenio de La Haya sobre la sustracción de menores para proteger a los niños de la exposición al sexismo, la misoginia y la violencia contra las mujeres”, *CDT*, 14, 2, 2022, pp. 1310-1337.
- M.A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “Supresión del exequátur y ejecución de resoluciones en materia de responsabilidad parental: la convivencia de dos soluciones en el Reglamento (UE) 2019/1111”, *REDI*, 74, 2, 2022, pp. 349-383.
- G.P. ROMANO, “European Family Courts and Inter-Country (Arbitration?) Courts to Deal with Cross-Border Custody Disputes”, *Yearbook of Private International Law*, XXIII, 2021/2022, pp. 155-170.
- L.S. ROSSI, “Traslado, durante el procedimiento, de la residencia habitual de un menor desde un Estado miembro de la Unión Europea a un tercer Estado parte del Convenio de La Haya de 1996: TJ, Sala Cuarta, S 14 Jul. 2022. Asunto C-572/21: CC”, *La Ley Unión Europea*, nº 106, 2022.
- C. RUIZ SUTIL, “International Removals in Contexts of Violence between European Asylum Law and the best Interests of the Child. The CJEU Case a. V. B., of 2 August 2021”, *Yearbook of Private International Law*, 23, 2021/2022, pp. 349-363.
- C. RUIZ SUTIL, “El principio de coherencia ante la interacción de los instrumentos de sustracción internacional de menores y el sistema de asilo europeo”, en A. FERNÁNDEZ PÉREZ (COORD.), *Perspectivas de la política de inmigración, asilo y refugio en la Unión Europea*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2022, pp. 43-62.
- C. RUIZ SUTIL, “La violence de genre/conjugale à l'égard des ressortissantes étrangères et leurs enfants face à la dimension transfrontalière dans l'Union européenne”, en P. WAUTELET/C. CORSO (DIR.), *L'accès aux droits de la personne et de la famille en Europe / Access to personal and family rights in Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2022, pp. 145-172.
- N.L. SWINKELS, *A consistent interpretation and application of articles 3 and 13 of the Hague Child Abduction Convention in the United States and the Netherlands: a matter of vigilance*, Tilburg, Tilburg University, 2022.
- K. TRIMMINGS ET AL. (EDS.), *Domestic violence and parental child abduction: the protection of abducting mothers in return proceedings*, Cambridge, Antwerp, Chicago, Intersentia, 2022.

- L. USUNIER, “Compétence internationale des juridictions françaises en matière de responsabilité parentale (Civ. 1re, 15 septembre 2021, no 19-24.779, AJ fam. 2022. 44, obs. A. Boiché; Dr. fam. 2021, comm. 169, note A. Devers; Gaz. Pal. 26 oct. 2021, no 37, p. 25, note A. Mars) - Cour de cassation (1re civ.), 15 septembre 2021, no 19-24.779”, *Revue critique de droit international privé*, 2022-I, pp. 110-118.
- M.J. VALVERDE MARTÍNEZ, “Determinación de la edad del ciudadano extranjero y pasaporte”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 935-946.
- T. VAN HOF, “Children’s Rights Law and Private International Law in Family Matters: What Do Referencing Patterns Reveal About Their Relationship?”, en P. SOOKSRIPAISARNKIT/D. PRASAD (EDS.), *Blurry boundaries of public and private international law: Towards convergence or divergent still?*, Singapore, Springer, 2022, pp. 239-260.
- D. WIEDEMANN, “Europareise oder Umzug nach Bordeaux: der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes nach dem HKÜ, Anmerkung zu Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentinien), 22. Oktober 2020 – CIV 62230/2019/1/RH1”, *IPRax*, 2022, 5, pp. 530-533.
- N. YAQUB, *Parental Child Abduction to Islamic Law Countries – A Child Rights Analysis of the Legal Framework*, London, Hart / Bloomsbury, 2022.

Alimentos

- S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Traslado o retención ilícitos de menores y obligaciones alimenticias: Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de mayo de 2022, asunto C- 644/20: W.J.”, *La Ley Unión Europea*, nº 106, 2022.
- K.E. BEISSEL, *Die Abänderung ausländischer Unterhaltstitel*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022.
- J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Alimentos”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 2285-2352.
- M. GUZMÁN ZAPATER, “Divorcio internacional y alimentos: Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero 2021”, *CDT*, 14, 2, 2022, pp. 1108-1116.
- V. LIPP, “Grenzüberschreitender Unterhaltsrückgriff öffentlicher Einrichtungen”, en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 742-753.
- M.A. LUPOI, *La crisi matrimoniale e genitoriale nello spazio di giustizia europeo: giurisdizione, circolazione delle decisioni e sottrazione internazionale di minori*, Pisa, Pacini giuridica, 2022.
- D. MARTINY, “International Maintenance Obligations and Maintenance Recovery”, en P. WAUTELET/C. CORSO (DIR.), *L'accès aux droits de la personne et de la famille en Europe / Access to personal and family rights in Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2022, pp. 173-200.
- L.S. ROSSI, “Momento en el que debe apreciarse la residencia habitual del acreedor alimenticio a efectos de determinar la ley aplicable a una pensión: TJ, Sala Cuarta, S 12 May. 2022. Asunto C-644/20: W.J.”, *La Ley Unión Europea*, nº 106, 2022.
- P. SCHLOSSER, “Anerkennungsversagung nach Haager Unterhaltsübereinkommen zwingend? (BGH, S. 648)”, *IPRax*, 2022, 6, pp. 615-617.
- N. YASSARI, “Der Grundsatz der engsten Verbindung im internationalen Unterhaltsrecht, Anmerkung zu BGH, 11. Mai 2022 – XII ZB 543/20”, *NJW*, 2022, pp. 2372-2374.

Sucesión mortis causa

- S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Vecindad civil y Reglamento 650/2012, de sucesiones. Una polémica artificial”, *La Ley Unión Europea*, nº 104, 2022.
- S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “¿Puede un extranjero acogerse al pacto de mejora gallego? El Reglamento 650/2012 y la Resolución DGSJFP de 20 de enero de 2022”, *Revista de Derecho Civil*, 9, 1, 2022, pp. 1-34.

- I. ANTÓN JUÁREZ, “La declinatoria de competencia en las sucesiones *mortis causa* transfronterizas y su impacto en la certeza legal. Comentario a la STJUE de 9 de septiembre de 2021, Rk c. Cr, C-422/20”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 591-599.
- A. BAETGE, *Internationales Erbrecht anhand von Fallbeispielen*, Norderstedt, BoD Books on Demand, 2022.
- S. BARIATTI/I. VIARENGO/F.C. VILLATA (EDS.), *EU cross-border succession law*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2022.
- C. BENICKE/N. SUCHOCKI, “Die Genehmigung der Erbausschlagung durch deutsche Gerichte bei polnischen Erbfällen (OLG Hamm, S. 643)”, *IPRax*, 2022, 6, pp. 604-613.
- E.J. BEYER, *Die Kollision von Europäischem Nachlasszeugnis und nationalen Nachlasszeugnissen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022.
- C. BRACKEN, *Das Gesellschaftsrecht als Bereichsausnahme der EU-Erbrechtsverordnung: die Behandlung von Gesellschaftsanteilen in grenzüberschreitenden Erbfällen*, Bonn, zerb verlag, 2022.
- S. BRÜSER, *Kollisionsrechtliche Probleme bei deutsch-italienischen Erbfällen: unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses von Erb- und Güterstatut*, Berlin, Peter Lang, 2022.
- C. BUDZIKIEWICZ, “Präjudizielle Rechtsverhältnisse im europäischen Erbkollisionsrecht”, en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 395-405.
- I.A. CALVO VIDAL, *El certificado sucesorio europeo: perspectiva notarial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.
- E. CASTELLANOS RUIZ, “La aplicación del Derecho foral sucesorio a los extranjeros: A vueltas con la vecindad civil”, *CDT*, 14, 2, 2022, pp. 262-274.
- E. CASTELLANOS RUIZ, “Sucesión hereditaria. El Reglamento sucesorio europeo”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 2353-2521.
- E. CASTELLANOS RUIZ, “El Reglamento sucesorio (UE) 650/2012, diez años después de su aprobación, en la jurisprudencia del TJUE”, *AEDIPr*, t. XXII, 2022, pp. 49-110.
- N. CHIKOC BARREDA, *Succession internationale et dispositions spéciales de la lex rei sitae*, Paris, L’Harmattan, 2022.
- G. CHRISTANDL, “Grundstrukturen des Vermächtnisrechts”, en N. JANSEN/S. MEIER (HRSG.), *Iurium itinera: historische Rechtsvergleichung und vergleichende Rechtsgeschichte: historical comparative law and comparative legal history: Reinhard Zimmermann zum 70. Geburtstag am 10. Oktober 2022*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 899-920.
- R. DE BARROS FRITZ, “Die Qualifikation von Schenkungen auf den Todesfall nach Erlass der EuErbVO (EuGH, Rs. C-277/20, S. 387)”, *IPRax*, 2022, 4, pp. 360-364.
- F. DU TOIT/M. HARDING/A. HUMM, “King Nno V De Jager 2021 4 SA I (CC): Three perspectives”, *Stellenbosch Law Review*, 2022, pp. 501-528.
- M.A. EGUSQUIZA, “Incidencia de la Ley 8/2021 en el Derecho sucesorio de Navarra: Propuestas de futuro”, *CDT*, 14, 2, 2022, pp. 319-347.
- A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, *Las sucesiones “mortis causa” en Europa: aplicación del Reglamento (UE) n° 650/2012*, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2022.
- D. FOUSSARD, “À propos du Règlement Successions: l’office du juge de renvoi, en cas de dessaisissement du juge initialement saisi, conformément aux articles 6 et 7 (CJUE, 9 septembre 2021, aff. C-422/20, D. actu, 5 oct. 2021, obs. P. Callé; D. 2021. 1671; ibid. 2064, obs. S. Godechot-Patris; AJ fam. 2021. 640, obs. A. Boiché; Procédures no 11, 11/2021, comm. C. Nourissat, no 294; Europe no 11, 11/2021, comm. L. Idot, n° 422; Defrénois, 7/10/2021, no 41, p. 11; RLDC n° 197, 1er/11/2021, obs. S. Dubost) - Cour de justice de l’Union européenne, 9 septembre 2021, n° C-422/20”, *Revue critique de droit international privé*, 2022-I, pp. 90-109.
- T. FRANTZEN, “Norwegisches internationales Erbrecht”, *IPRax*, 2022, 6, pp. 655-656.
- O. GAILLARD, “The *Professio Iuris* in Swiss Private International Law”, *Yearbook of Private International Law*, XXIII, 2021/2022, pp. 393-438.
- S. GODECHOT-PATRIS, “Le prélèvement est mort... Vive le prélèvement! De quelques réflexions sur l’article 913, alinéa 3 du Code civil”, *JDI Clunet*, 149, 2, 2022, pp. 433-458.

- N. GOÑI URRIZA, “La donación mortis causa como pacto sucesorio: comentario de la sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de septiembre de 2021, UM, C-277-20”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 736-744.
- R. HAUSMANN/H. DÖRNER (HRSG.), *Internationales Erbrecht: Quellensammlung mit systematischen Darstellungen des materiellen Erbrechts sowie des Kollisionsrechts der wichtigsten Staaten: Auszug*, München, C.H. Beck, 2022.
- J.G. HORRACH ARMO, “La aplicación de la legislación civil foral o especial a los extranjeros en virtud del Reglamento (UE) nº 650/2012. Especial referencia al pacto sucesorio de definición contemplado en la Compilación de Derecho civil de las Illes Balears”, *AEDIPr*, t. XXII, 2022, pp. 389-411.
- A. HUMM, *Testierfreiheit und Werteordnung. Eine rechtsvergleichende Untersuchung anstößiger letztwilliger Verfügungen in Deutschland, England und Südafrika*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022.
- A. HUMM, “Relative Geschäfts- und Testierunfähigkeit”, *ZEV*, 2022, pp. 253-258.
- M. ILESIC, “Causante nacional de un Estado miembro que tiene bienes en ese Estado miembro: obligación del tribunal de dicho Estado para conocer del asunto de examinar de oficio los criterios de su competencia subsidiaria: TJ, Sala Quinta, S 7 Abr. 2022. Asunto C-645/20: V A, Z A y TP”, *La Ley Unión Europea*, nº 107, 2022.
- E. JAYME, “Erbunwürdigkeit und Internationales Privatrecht”, en Id., *Internationales Privatrecht - Rechtsvergleichung und Rechtsgeschichte - Kulturgüterschutz, Kunstrecht und Urheberrecht: Vorträge - Aufsätze – Betrachtungen*, Heidelberg, C.F. Müller, 2022, pp. 62-72.
- K. KROLL-LUDWIGS, “Die Vornahme einer konkludenten Rechtswahl im Anwendungsbereich der EuErbVO”, *GPR*, 19, 1, 2022, pp. 21-26.
- R. LAFUENTE SÁNCHEZ, *Derecho sucesorio inglés, normas de conflicto y sucesión de ciudadanos británicos en España*, Cizur Menor, Editorial Aranzadi - Thomson Reuters, 2022.
- D. LOOSCHELDERS, “Konkludente Rechtswahl im Rahmen der EuErbVO – nicht nur ein Übergangsproblem bei gemeinschaftlichen Testamenten (BGH, S. 182)”, *IPRax*, 2022, 2, pp. 167-187.
- D. LOOSCHELDERS, “Qualifikation des deutschen gemeinschaftlichen Testaments nach der EuErbVO – die österreichische Perspektive (OGH, S. 396)”, *IPRax*, 2022, 4, pp. 399-402.
- S. MARINO, “Il regolamento (UE) 650/2012 sulle successioni internazionali nella prima giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione Europea”, *Rivista di diritto internazionale*, 105, 1, 2022, pp. 119-140.
- T. MAULBETSCH, *Internationales Erbrecht*, 7ª ed., Hagen, HWV Hagener Wissenschaftsverlag, 2022.
- L. PERREAU-SAUSSINE, “Qualification de ‘pacte successoral’ et champ d’application du règlement européen nº 650/2012 sur les successions internationales (CJUE, 9 septembre 2021, aff. C-277/20, D. 2021. 1671; D. 2021. 2064, obs. S. Godechot-Patris; AJ fam. 2021. 638, obs. J. Houssier; D. actu., 28 sept. 2021, obs. P. Callé). - Cour de justice de l’Union européenne, 9 septembre 2021, nº C-277/20, *Revue critique de droit international privé*, 2022-II, pp. 399-409.
- D.J. PILTZ (HRSG.), *Der Internationale Erbfall: Erbrecht, Internationales Privatrecht, Erbschaftsteuerrecht*, 3ª ed., München, Beck, 2022.
- D.A. POPESCU, “Einheitliche Erbfolge und Pflichtteil - Kritische Anmerkungen zu den Entscheidungen der französischen Cour de cassation vom 27. September 2017”, en H. GROTHE/P. MANKOWSKI (HRSG.), *Europäisches und internationales Privatrecht: Festschrift für Christian von Bar zum 70. Geburtstag*, München, C.H. Beck, 2022, pp. 295-306.
- C. RUMPF, *Das türkische Erbrecht im deutsch-türkischen Zusammenhang*, Stuttgart, Rumpf Rechtsanwälte, 2022.
- J.P. SCHMIDT, *Itinera hereditatis – Strukturen der Nachlassabwicklung in historisch-vergleichender Perspektive*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022.
- J.P. SCHMIDT, “A legítima em direito comparado e política jurídica”, en L. FEITEN/W. ODY (EDS.), *Direito Comparado Alemanha-Brasil: temas de direito privado em estudos originais e traduzidos*, Porto Alegre, Faculdade de Direito da UFRGS, 2022, pp. 29-58.
- J.P. SCHMIDT, “Formerfordernisse bei der Erbausschlagung: Anmerkung zu EuGH, 2. Juni 2022 – Rs. C-617/20”, *FamRZ*, 2022, pp. 1140-1141.
- J.P. SCHMIDT, “Pflichtteilsrecht und ordre public: Anmerkung zu BGH, 29. Juni 2022 – IV ZR 110/21”, *FamRZ*, 2022, pp. 1493-1495.

- J.P. SCHMIDT, “Erklärung über die Ausschlagung einer Erbschaft, die vor einem Gericht des Mitgliedsstaats des gewöhnlichen Aufenthalts des Erklärenden abgegeben wurde: Anmerkung zum Schlussantrag des Generalanwalts vom 20.1.2022, Rs. C-617/20”, *ErbR*, 2022, pp. 481-483.
- J.P. SCHMIDT, “Zusammenspiel von Erb-, Insolvenz- und Prozessstatut – Anmerkung zu OGH, 22. Juni 2021 – 10 Ob 42/20 d”, *Zeitschrift für Familien- und Erbrecht*, 17, 2022, p. 48.
- L. VÁLKOVÁ, *Choice-of-court agreements under the EU regulations in family and succession matters*, Milano, Wolters Kluwer, CEDAM, 2022.
- I. VIARENGO/F.C. VILLATA/S. BARIATTI (EDS.), *EU cross-border succession law*, Cheltenham, Northampton, Edward Elgar Publishing, 2022.
- M.P. VIVES VELO DE ANTELO, “Acerca de los derechos sucesorios del cónyuge viudo: una perspectiva comparada con el Derecho italiano”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 504-524.
- P. WAUTELET, “Access to rights in cross-border succession matters”, en P. WAUTELET/C. CORSO (DIR.), *L’ accès aux droits de la personne et de la famille en Europe / Access to personal and family rights in Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2022, pp. 237-262.
- M. WEISMÜLLER, *Die Schenkung auf den Todesfall in der Rechtsvergleichung und im europäischen IPR*, Berlin, Peter Lang, 2022.
- C. WENDLAND, *Will substitutes im europäischen IPR: lebzeitige Zuwendungen auf den Todesfall zwischen Rom I-VO und EuErbVO*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022.
- D. WIEDEMANN, “Erbstatut oder Verfahrensrecht des Forums? – Zur Qualifikation der Nachlasspflegschaft (OLG Köln, S. 386)”, *IPRax*, 2022, 4, pp. 356-360.
- R. ZIMMERMANN, “‘So jemand die Seinen, sonderlich seine Hausgenossen, nicht versorget, ...’ – Zum Schutz der Angehörigen bei Enterbung”, *AcP*, 222, 2022, pp. 3-55.
- R. ZIMMERMANN ET AL., *Zwingender Angehörigenschutz im Erbrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022.
- R. ZIMMERMANN/F. BODE, “Zu guter Letzt: Erbwürdigkeit post mortem?”, *ZEuP*, 2022, pp. 516-518.

El arte de escribir bien en Derecho internacional privado (reglas y consejos para una escritura creativa en Derecho internacional privado)

The art of writing well in Private International Law (rules and tips for a creative writing in Private International Law)

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ
Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad de Murcia
ORCID ID: 0000-0002-0347-7985

Recibido:18.06.2023 / Aceptado:25.07.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.8094

Resumen: El presente trabajo recoge una serie de reflexiones que pueden resultar útiles para la redacción de escritos jurídicos. En tal sentido, se arranca de una concepción del Derecho como un arte en el que se trata de argumentar y convencer y no de demostrar. Este trabajo propone unas reglas para la presentación de los estudios en Derecho internacional privado y para la redacción de un artículo doctrinal en Derecho internacional privado. Se trata, por tanto, de ofrecer elementos para lograr una escritura jurídica creativa que resulte interesante y útil para los expertos en Derecho internacional privado.

Palabras clave: Derecho, ciencia, lenguaje jurídico, escritura, notas a pie de página, ideas jurídicas, dogmática jurídica, argumentación jurídica, *ratio legis*, doctrina jurídica.

Abstract: This paper brings together a series of reflections that may be useful for the drafting of legal writings in private international law. The essay is based on a conception of law as an art in which the aim is to argue and convince and not to demonstrate. This work proposes rules for the presentation of studies in private international law and for the drafting of essays in private international law from an academic perspective. The goal is therefore to provide elements for creative legal writing which may be interesting and useful for experts in private international law.

Keywords: Law, science, legal language, writing, footnotes, legal ideas, legal dogma, legal argumentation, *ratio legis*, legal doctrine, academic literature in private international law.

Sumario: I. Introducción. 1. El Derecho es un arte y no una ciencia. 2. Los tres tipos de conocimiento humano: *episteme*, *phronesis*, *techné*. 3. El Derecho es un saber aporético: argumentar y convencer, no demostrar. 4. Escribir sobre Derecho. Rechazo de la “investigación jurídica”. II. Escribir bien en Derecho internacional privado. Presentación y redacción de los estudios de Derecho internacional privado. 1. La presentación de los estudios en Derecho internacional privado. A) La importancia de un texto jurídico de aspecto cuidado. B) Claridad en la escritura. C) Orden en la escritura. Sumario, resumen y palabras clave. D) Reglas de gramática jurídica discursiva. a) Lo que debe hacerse. Reglas que deben observarse siempre del modo más estricto. b) Lo que no debe hacerse. Errores gramaticales que deben evitarse del modo más radical. c) Citas o notas a pie de página. (i) Origen de las notas a pie de página. (ii) Finalidad de las notas a pie de página. (iii) La crítica al colega en la cita a pie de página. (iv) Modos de citar las distintas aportaciones: libros, artículos, capítulos de libros, recursos electrónicos y jurisprudencia. 2. La redacción de un artículo doctrinal

en Derecho internacional privado. Los puntos clave para una escritura jurídica creativa. A) Elección del tema u objeto del trabajo. B) Las ideas jurídicas. a) Ideas jurídicas interesantes y originales. b) La “Santísima Trinidad” de las ideas: ley, jurisprudencia y doctrina. c) La expresión de ideas mediante ejemplos. d) Un trabajo de Derecho positivo. C) Fases de elaboración de un estudio de Derecho internacional privado. a) Primera fase: las lecturas básicas. b) Segunda fase: el esquema del trabajo. c) Tercera fase: comienza la escritura. d) Cuarta fase: las lecturas complementarias. e) Quinta fase: la doble lectura crítica como prueba de fuego. f) Sexta fase: la lectura final. D) Estructura del trabajo doctrinal en Derecho internacional privado. Introducción, cuerpo del trabajo, conclusiones y bibliografía empleada. III. Argumentar bien en Derecho internacional privado. La dogmática jurídica. 1. El aparato dogmático es imprescindible. 2. El rigor lógico-jurídico. 3. Utilización exacta de los conceptos jurídicos. A) Evitar las palabras inventadas y expresiones vacías. B) Evitar los conceptos jurídicos inexistentes. C) No confundir las instituciones jurídicas. D) Respeto del sistema de fuentes del Derecho y de la jerarquía normativa. E) Observancia de los concretos métodos de interpretación del ordenamiento jurídico. F) Atención a la finalidad y a los principios inspiradores de las normas. 4. Carácter jurídico de los argumentos. A) Los argumentos extra jurídicos no presentan peso argumentativo en Derecho. B) El decisionismo jurídico: un enemigo a batir. C) El lugar donde se encuentran los argumentos jurídicos. 5. Finura de análisis jurídico y Derecho internacional privado. A) La *ratio legis* y la intuición jurídica de lo correcto. B) Rechazo de la aritmética jurídica, del Derecho libre y del relativismo jurídico. C) Razonar dentro del sistema legal. D) Los mejores argumentos para lograr una victoria en el debate jurídico. 6. Subir de nivel. Cómo escribir artículos de Derecho internacional privado de alto impacto. A) La vida académica es competitiva y tiene sus propias reglas. B) Técnicas para aumentar el impacto académico de un trabajo de Derecho internacional privado. a) Citar toda la literatura jurídica existente sobre el tema. b) Citar toda la jurisprudencia existente. c) Redactar un sumario muy específico. d) Elaborar un trabajo extenso. e) Abordar temas específicos. f) Elaborar unas conclusiones impactantes. g) El resumen o abstract debe contener la esencia del trabajo. h) No recurrir nunca al *copy and paste*. Negación del auto-plagio. i) Redactar un trabajo de contenido estrictamente jurídico. j) Elaborar un trabajo académico de auténtico Derecho internacional privado. IV. Reflexiones finales. Cómo ser parte de la mejor doctrina.

Dedicado a todas las personas que ponen su corazón en lo que escriben

I. Introducción

1. El Derecho es un arte y no una ciencia

1. Escribir bien es un arte y escribir bien en Derecho es también un arte. Escribir bien no es una ciencia exacta. Es una habilidad que no sigue reglas axiomáticas¹. En este campo, no hay verdades absolutas ni resultados incuestionables y únicos. Sin embargo, y pese a lo anterior, parece posible, conveniente y deseable seguir unas pautas para escribir bien en Derecho, en general, y en Derecho internacional privado en particular².

¹ Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i PID2021-124298OB-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/: Proyecto PID2021-124298OB-I00 financiado por MCIN/ AEI /10.13039/501100011033/ y por FEDER Una manera de hacer Europa “Derecho global y crisis sanitarias: hacia una convención mundial contra las pandemias (CONCOPAN)”. Del mismo modo, esta publicación se integra en las actividades de los siguientes grupos de trabajo: (1) Grupo Accursio: investigación, docencia y práctica del Derecho internacional privado (www.accursio.com / www.facebook.com/accursioDIP), dirigido por: Javier Carrascosa; (2) Grupo de Innovación Docente GID 22 “Ciencia jurídica aplicada y docencia creativa” de la Universidad de Murcia. Coordinador: Javier Carrascosa; (3) Grupo de investigación de la Universidad de Murcia E070-05 “Derecho internacional privado europeo” (IP Javier Carrascosa); (4) Red Europa-España de Derecho internacional privado (coordinador: Javier Carrascosa). <http://www.redespañaeuropa.es/>; (5) Grupo de investigación y reflexión cultural “*Lex Artis*” (coordinador: Javier Carrascosa).

² El autor desea dar las gracias por sus sugerencias y comentarios a todos los que le han aportado ideas y experiencias útiles y provechosas en el ámbito de la escritura creativa en Derecho internacional privado y que tan relevantes han resultado para este modesto trabajo. En especial, el autor agradece las estimulantes observaciones a este escrito que le han formulado ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA, ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ, CARMEN MARÍA NORIEGA LINARES, ISABEL LORENTE MARTÍNEZ,

Escribir bien contribuye a comunicar mejor el mensaje. Ayuda a que el contenido de ese mensaje produzca un impacto mayor en la comunidad de lectores. En tal sentido, escribir de un modo correcto y efectivo puede coadyuvar también a cambiar la realidad legal, el escenario jurisprudencial y la opinión doctrinal dominante.

Por otro lado, con A.J. VÉLEZ TORO, es preciso destacar que el estudio del Derecho y la difusión de dicho estudio reviste una importancia capital para la formación de las nuevas generaciones y que, precisamente por ello, es un derivado del derecho constitucional a la educación³.

2. Es cierto que cada jurista tiene su propio método para estudiar y escribir Derecho internacional privado. Y así debe ser. Sin embargo, puede ser útil para muchos estudiosos del Derecho internacional privado reflexionar sobre este tema y también puede resultar provechoso compilar una serie de reglas y consejos que permitan ayudar a escribir mejor sobre cuestiones de Derecho internacional privado. Como es natural, estas reglas y consejos no son un dogma de fe ni constituyen normas internacionalmente imperativas o leyes de policía de aplicación ineludible. Se trata de simples reflexiones, ideas y pensamientos cuyo análisis puede ayudar a los expertos en Derecho internacional privado a mejorar la calidad de sus aportaciones académicas. En consecuencia, cada lector puede tomar lo que le parezca oportuno de estas reglas y consejos y puede dejar de lado lo que estime conveniente.

3. Por otra parte, debe decirse que estas reflexiones presentan un carácter general. Eso significa que, en principio, son válidas para todo tipo de obra jurídica de Derecho internacional privado, con las oportunas adaptaciones. Son reglas que pueden ser empleadas, *mutatis mutandis*, en una tesis doctoral, en un Trabajo de Fin de Grado o de Master, en un artículo a publicar en una revista jurídica especializada, en un Dictamen en Derecho, en una monografía jurídica y en todo tipo de escrito jurídico de Derecho internacional privado.

4. Para practicar bien un arte es preciso tener talento natural y es necesario, también, trabajar dicho talento natural. Ambos extremos son diferentes y ambos son imprescindibles. Dicho eso, también es verdad que, con un talento medio, se puede aprender lo necesario para crear escritos jurídicos bien fundamentados, bien presentados, bien escritos, que resulten agradables de leer y que logren su objetivo fundamental: convencer al lector de la razonabilidad y conveniencia de los argumentos que se han puesto negro sobre blanco.

5. A los expertos y a los profesionales del Derecho les interesa más una “solución razonable” en Derecho que una “solución científica” en Derecho. En este enfoque, importa, -más que cualquier otro resultado-, que la reflexión jurídica lleve a una aplicación sensata del Derecho. Más que la corrección teórica y científica del pensamiento jurídico importa el resultado práctico del mismo sea razonable⁴. No se trata, pues, de producir escritos jurídicos que sean solamente impecables desde un punto de vista lógico. Se trata, más bien de elaborar estudios de Derecho internacional privado que produzcan resultados razonables, positivos, útiles y prácticos que pueden ser compartidos por todos y que conducen a aumentar el bienestar de las personas. El Derecho es para la vida. No debería escribirse sobre Derecho como un ejercicio de exclusiva especulación intelectual. El sexo de los ángeles ha sido ya tratado en abundancia. Mejor parece escribir trabajos jurídicos bien fundamentados, contruidos y presentados que produzcan un impacto positivo en la vida real de las personas.

6. La Ciencia no tiene sentimientos ni conoce la Justicia. La Ciencia no proporciona resultados “justos” ni “razonables” ni “sensatos”. El resultado alcanzado por la Ciencia ni es justo ni injusto. Es

MARÍA ASUNCIÓN CEBRIÁN SALVAT, MARÍA JOSÉ VALVERDE MARTÍNEZ, SANTIAGO SERNA ROCAMORA, ALFREDO BARBEITO, JOAQUÍN JESÚS MARTÍNEZ NAVARRO y FRANCISCO MARTÍNEZ RIVAS.

³ A.J. VÉLEZ TORO, “Fundamentos constitucionales de la investigación científica”, *BIMJ*, núm.1746, 15 junio 1995, pp. 3368-3375.

⁴ O. BUENAGA CEBALLOS, *Introducción a la argumentación jurídica*, Tecnos, Madrid, 2016, pp. 106-107.

científico y es teórico. No es cuestionable desde un punto de vista valorativo. La distancia entre la Tierra y el Sol ni es justa ni es injusta: es la que dicen los datos que es. No es tampoco ni sensata ni razonable. Es un dato objetivo.

7. Frente a ello, como expone J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, al que se sigue en estas líneas, el Derecho es un arte y el Derecho internacional privado es el arte más elevado⁵. En palabras más cultas, puede afirmarse que el Derecho es *phronesis* y no *episteme*. El Derecho se construye desde la retórica y la tópica, como hacían en la antigua Roma los jurisconsultos dotados de *prudentia juris*. Se trata de aceptar la aporía, el carácter problemático del Derecho, algo que, por otra parte, siempre ha estado presente en la historia de los sistemas jurídicos. La aporía es una forma de pensar circunscrita al caso concreto. En dicho contexto, la clave consiste en convencer al destinatario de un estudio jurídico con argumentos jurídicos solventes. Es la forma de pensar tópico-aporética. En la aporía, el razonamiento jurídico no es científico, no demuestra nunca verdades absolutas, sino que se trata de resolver los problemas jurídicos mediante los argumentos más razonables, más sensatos, más justos y más verosímiles.

De este modo, el Derecho recupera su dignidad como saber. No hace ninguna falta que el Derecho sea y se presente como una “ciencia exacta” para que sea considerado un saber serio, respetable, convincente, razonable, sensato y útil para todos.

2. Los tres tipos de conocimiento humano: *episteme*, *phronesis*, *techné*

8. Existen, en efecto, como con extrema brillantez expone M. GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, tres tipos de conocimiento humano⁶.

En primer lugar, el *episteme*. Es el saber epistemológico o saber teórico científico. Este saber opera para buscar la verdad en los asuntos que son susceptibles de la máxima certeza. Es la Ciencia en el sentido moderno, en el sentido actual. Puede emplearse, por ejemplo, a la hora de medir la fuerza de escape de la gravedad terrestre: es 11,19 km./s. y no hay discusión posible. Ese resultado no es ni justo ni injusto. No es ni razonable ni es insensato. Es, simplemente, el que es. Un dato objetivo.

En segundo lugar, la *phronesis*. Se trata del “actuar correctamente”, del saber decidir en los asuntos humanos (*agere*). Sirve para decidir cuestiones de máxima importancia, tales como qué profesión debe escoger una persona para tener éxito y ser feliz, qué coche, vestido o aparato de televisión satisface más a un concreto individuo, qué personas pueden tener una vida feliz en común, etc. La *phronesis* en Derecho significa saber distinguir lo bueno de lo malo, lo jurídico de lo que no es jurídico, lo que es acorde a Derecho y lo que no tiene encaje jurídico. La *phronesis* en Derecho significa tener una “conciencia jurídica plena”, esto es, comprender el sentido del Derecho, conocer la realidad última de las normas jurídicas. Es una especie de *mindfulness* legal.

En tercer lugar, la *techné*. Consiste en la habilidad para construir y arreglar artefactos (*facere*). Es la destreza para resolver cuestiones técnicas, como arreglar una bicicleta o hacer que el programa *word* recupere un texto cuando dicho *software* se ha cerrado, típico, de forma abrupta, que es algo que a todos ha sucedido alguna vez en la vida. Y las que quedan.

3. El Derecho es un saber aporético: argumentar y convencer, no demostrar

9. El saber jurídico, -el Derecho y el estudio del Derecho-, es un saber aporético. Se basa en la argumentación y la contra-argumentación, como ya fuera destacado por los clásicos estudios de R.

⁵ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado y dogmática jurídica*, Editorial Comares, Colección “Ciencia Jurídica y Derecho Internacional”, Granada, 2021, pp. 175-180.

⁶ M. GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, *Cómo hacer dictámenes (ensayo sobre la formación del jurista)*, Colegio Notarial de Madrid, 2007, p. 11 y p. 110.

ALEXY y N. BOBBIO⁷. Es esencial la deliberación, el contraste crítico de pareceres y argumentos. La argumentación mejor planteada, ésa es la que gana o puede ganar el debate y conduce a una solución jurídica correcta a un problema jurídico concreto. El problema jurídico se contempla desde distintos puntos de vista: el mejor punto de vista es aquél que aparece como el mejor argumentado. Por ello, la argumentación jurídica justifica la mejor decisión: las opiniones plausibles y aceptables son el eje de la toma de decisiones en Derecho. Por tanto, el buen razonamiento en Derecho consiste en *convencer* y no en demostrar. Escribe en “*ofrecer los mejores argumentos para que la decisión sea asumida por todos*”, subraya F. BALAGUER CALLEJÓN. Reside en ponderar intereses contruidos sobre argumentaciones más que en apelar a axiomas jurídico-formales, concluye J. J. VAN COMPERNOLLE⁸.

4. Escribir sobre Derecho. Rechazo de la “investigación jurídica”

10. Se halla extraordinariamente extendida la idea de que los académicos del Derecho realizan “investigación jurídica”. Se habla, así, de trabajos de “investigación en Derecho”. En realidad, esta terminología refleja ideas equivocadas. En efecto, esta expresión transmite la idea de que el único conocimiento humano aceptable es el conocimiento verificable, el conocimiento objetivamente demostrable, lo que hoy se conoce como “conocimiento científico”. Y es el único aceptable porque es el único modo racional de conocer la realidad. Por tanto, en este marco de análisis, -muy bien expuesto y fundamentado ya por I. KANT, cuya frase “*la metafísica no es ciencia*”, lo dice ya todo-, se considera que es aceptable, en primer lugar, el conocimiento científico, porque se puede probar y demostrar mediante los oportunos experimentos fácticos. En segundo lugar, también es aceptable, -porque es también científico, al presentarse como un saber demostrable y verificable-, el discurso lógico matemático, un discurso que no es más que una mera tautología. Todo lo que no es verificable no es científico y se estima que es mera palabrería: no es “Ciencia”. Esta concepción del saber considera que sólo es racional lo que es verificable, demostrable y científico. El resto de “saberes” son pura especulación, charlatanería, verborrea y manipulación. Pues bien, profundamente acomplejados por este enfoque, los juristas del siglo XVIII y XIX se esforzaron en demostrar que el análisis jurídico también podía ser científico y, en dicha línea, denominaron a sus trabajos, obras de “investigación jurídica”.

11. La anterior perspectiva constituye un profundo error. Como antes se ha subrayado, el Derecho no es ciencia exacta, afortunadamente. Sin embargo, eso no significa que el Derecho sea un conjunto de especulaciones irracionales. Todo lo contrario. El Derecho no es científico, ciertamente, pero solventa los problemas jurídicos con argumentos razonables, sensatos, justos y verosímiles. Por tanto, como también antes se ha afirmado, el Derecho es un saber digno y aceptable, racional, ecuánime y cabal. Además, el Derecho es extremadamente útil para la vida de los seres humanos.

12. En consecuencia, parece preferible que las obras jurídicas, los estudios sobre temas de Derecho, no sean calificadas como “investigaciones”, como muy gráficamente expone M. GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS⁹. Constituyen, más bien, análisis, reflexiones y consideraciones para entender de un modo correcto el material jurídico y alcanzar una mejor aplicación práctica del mismo y unos resultados justos. Por tanto, en puridad de sentido, las obras jurídicas deberían denominarse “análisis jurídicos”,

⁷ R. ALEXY, *Theorie der Juristischen Argumentation*, 1978, versión española de M. ATIENZA Y I. ESPEJO, CEC, Madrid, 1989; N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino, 1979.

⁸ F. BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes del Derecho I, (principios del ordenamiento constitucional)*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 73; J. VAN COMPERNOLLE, “Vers une nouvelle définition de la fonction de juger: du syllogisme à la pondération des intérêts”, *Nouveaux itinéraires en droit (Hommage à François Rigaux)*, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Bruselas, 1993, pp. 495-506.

⁹ M. GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, *Cómo hacer dictámenes (ensayo sobre la formación del jurista)*, Colegio Notarial de Madrid, 2007, p. 110 nota [92]: “Un dato que para mí resulta muy revelador de la influencia de la mentalidad científica en el mundo jurídico es esa propensión de los jóvenes profesores universitarios a referirse a sus trabajos de estudio y publicación como actividad de “investigación”. Oyéndoles hablar así, uno casi se los imagina con batas blancas y tubos de ensayo en esos laboratorios que debe haber escondidos en los departamentos de civil o mercantil de la facultad”.

“estudios jurídicos”, o bien “reflexiones jurídicas”, pero no “investigaciones jurídicas”. Los juristas no llevan batas blancas para evitar que les salpique un Real Decreto. De hecho, no suelen llevarlas.

13. En las obras de Derecho no se investiga nada porque no se trata de demostrar hechos con experimentos físicos. Existen, sin embargo, entre otras, dos importantes excepciones.

La primera son las obras jurídicas de historia del Derecho que sacan a la luz sentencias, códigos y leyes desconocidas o perdidas o que descubren el verdadero significado de expresiones jurídicas que han sido tergiversadas con los años¹⁰.

Las segundas son las obras jurídicas meramente matemáticas o aquellas obras que contienen datos estadísticos, como es natural.

En ambos casos se trata de aportaciones interesantes. Así, por ejemplo, cuando se afirma que el Tribunal Supremo español, Sala de lo civil, ha dictado doce sentencias sobre el *trust* anglosajón, la obra jurídica que ha llegado a tal conclusión sí ha llevado a cabo una labor de auténtica “investigación jurídica”.

Sin embargo, frente al mero dato estadístico, las mejores obras jurídicas son las que explican el sentido del Derecho y su mejor aplicación a la vida real.

14. En definitiva, el análisis jurídico no es científico (*episteme*), sino que es un sector de la *phronesis*, del actuar correctamente, del tomar buenas decisiones en asuntos importantes. Por ello, puede afirmarse que el discurso jurídico es un arte. Es el arte de saber escribir bien y saber argumentar bien en Derecho. En consecuencia, dos aspectos distintos deben ser analizados para poder redactar escritos y estudios jurídicos sólidos, convincentes, creativos y exitosos en Derecho internacional privado. En primer lugar, la buena escritura en Derecho internacional privado. Y en segundo lugar, la buena argumentación en Derecho internacional privado.

II. Escribir bien en Derecho internacional privado. Presentación y redacción de los estudios de Derecho internacional privado

1. La presentación de los estudios en Derecho internacional privado

A) La importancia de un texto jurídico de aspecto cuidado

15. Todo escrito jurídico comunica multitud de mensajes antes de ser leído y comprendido. Sólo su aspecto, su estructura, su presentación ya dice mucho sobre el contenido y sobre su autor. Como afirmaba GORDON GEKKO en “*Wall Street*”, la célebre película made in Hollywood de los años ochenta, “*en este negocio, la apariencia lo es todo*”. Esta máxima se aplica a casi todo en la vida y también a la apariencia de los estudios sobre temas de Derecho internacional privado.

Un texto desorganizado, mal puntuado, que no respeta las reglas gramaticales, con errores ortográficos, con una sintaxis enrevesada o simplemente incorrecta, plagado de palabrería post-moderna y progre, buenista y políticamente correcta, un texto sin márgenes bien trazados, con tipos de letra distintos en el mismo documento, es un texto que transmite tres recados al lector.

En primer lugar, un estudio con presentación descuidada indica que el autor no le ha dedicado tiempo ni energía al trabajo.

En segundo lugar, un texto desaliñado en su aspecto significa que el autor no considera importante o relevante lo que ha escrito o el tema sobre el que ha escrito. Que lo ha escrito para salir del paso pero que, en realidad, no le interesa nada de nada.

¹⁰ Un ejemplo, en el ámbito del Derecho internacional privado es el caso del estudio de J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Foro del domicilio del demandado y Reglamento Bruselas I-is 1215/2012. Análisis crítico de la regla actor *sequitur forum rei*”, *Cuadernos de Derecho transnacional (CDT)*, 2019, vol. 11, n. 1, pp. 112-138, que ha puesto de relieve que el significado originario de la regla citada conduce a litigar ante los tribunales del país donde se encuentra la cosa objeto del litigio más que ante los tribunales del país del domicilio del demandado.

En tercer lugar, si el aspecto del trabajo es pésimo y lamentable, las posibilidades de que el contenido del escrito sea también pésimo y lamentable son muy elevadas.

16. Por tanto, si se quiere que un escrito jurídico logre su objetivo, lo primero es cuidar su aspecto hasta en los más mínimos detalles, lograr que su apariencia sea excelente. Un texto bien presentado es imprescindible para todo jurista. Un texto jurídico bien presentado demuestra: (a) Que su autor le ha dedicado tiempo, esfuerzo y energía y eso merece un respeto por toda persona que se disponga a leer lo escrito; (b) Que el tema o asunto tratado es importante para su autor y no un asunto banal de escasa importancia, lo que predispone favorablemente al lector, que es consciente de que está ante un texto que transporta temas relevantes y (c) Que es muy posible que el contenido de un escrito bien presentado esté muy bien argumentado, pues quien cuida el exterior cuida también el interior. Por tanto, debe preservarse hasta el extremo la correcta presentación de los estudios de Derecho internacional privado.

B) Claridad en la escritura

17. En su aspecto exterior, el texto jurídico debe ser claro y debe aparecer ordenado. A tal fin parece recomendable seguir las siguientes pautas.

- 1º) Debe emplearse siempre el mismo tipo de letra en todo el trabajo. Es recomendable que el cuerpo de mismo se escriba en letra tamaño 12 pt y las notas a pie de página a tamaño 10 pt.
- 2º) Debe emplearse un tipo de letra conocido y no extravagante, fácil de leer, grato a la vista. Por ejemplo, *times new roman*, *ariel* o *calibri*.
- 3º) Los márgenes del texto deben estar perfectamente cuadrados, alineados y justificados en todo el trabajo y deben ser siempre los mismos.
- 4º) Si el trabajo se presenta para su lectura en soporte físico, y especialmente si su extensión es notable, debe presentarse encuadernado y con cubierta de presentación bien clara, en la que conste su título y autor.
- 5º) Es aconsejable emplear abreviaturas propias del discurso jurídico. Sólo deben utilizarse, sin embargo, las abreviaturas generalmente conocidas por todo jurista en España y Europa: LEC, CC, ECLI, ONU, etc. En todos los demás casos, es aconsejable no usar abreviaturas. Si se escribe un artículo doctrinal propio de una rama concreta del Derecho, pueden emplearse las abreviaturas de las revistas jurídicas más difundidas en dicho sector. Así, en Derecho internacional privado, puede escribirse *CDT*, *IPRax*, *REDI*, *LOPJ*, *REEI*, *Clunet*, etc. No deben utilizarse abreviaturas inventadas por el autor, trastorno comunicativo éste muy frecuente en España. Es célebre el caso de una profesora de Derecho Penal de la Universidad de Granada que, para no decir “*preterintencionalidad*”, -que en su imponderable sabiduría consideraba palabra demasiado larga-, siempre decía “*la preter*”. Como es obvio, la “*preter*” constituye una abreviatura inventada por dicha profesora en un ejercicio de suma creatividad personal. Suena ridículo y pretencioso. Es mejor evitar las abreviaturas creadas por el autor. La *communis opinio doctorum*, -reflejada en las abreviaturas de uso más extendido-, en este caso, suele llevar razón.
- 6º) Las reglas de ortografía del idioma castellano debe respetarse hasta el infinito y más allá. “*Exorbitante*” se escribe sin “hache”, por ejemplo.
- 7º) Deben cuidarse las reglas de puntuación y acentuación en todo el trabajo. Las tildes son importantes. Las comas son fundamentales.
- 8º) El uso de letra cursiva debe reservarse para palabras en idiomas extranjeros y en latín o, en casos en los que resulte estrictamente necesario, para enfatizar palabras clave del discurso.
- 9º) Debe prestarse la mayor atención a las letras mayúsculas. Hoy día las mayúsculas invaden todo, son como gritos en el texto y por ello resulta desagradable abusar de ellas. En mayúscula deben escribirse solamente los nombres propios y la primera palabra de cada oración. La palabra “*sentencia*” no exige mayúscula, como tampoco la requieren vocablos muchas

veces empleados en Derecho, tales como “tribunal”, “juez”, “demanda”, “caso”, etc. Por el contrario, cuando se hace referencia a un concreto convenio internacional, sí debe escribirse “el Convenio de Roma de 19 junio 1980”, del mismo modo que “Tribunal Constitucional” y “Tribunal Supremo” también exigen mayúscula, pues son nombres propios de un tribunal.

10º) El uso de letra en negrita debe reservarse para los títulos de los epígrafes. No debe emplearse para enfatizar palabras en el texto de un trabajo académico. Los textos jurídicos no académicos, sino de exclusivo uso docente, sí pueden y deben recurrir a elementos visuales que enfatizan la escritura, tales como las letras en negrita y los subrayados, a fin de atraer la atención del lector.

11º) No deben subrayarse palabras en el texto.

C) Orden en la escritura. Sumario, resumen y palabras clave

18. Todo estudio de Derecho internacional privado debe contar con un “sumario” que contenga los epígrafes del mismo, bien ordenado y siempre con las mismas reglas de puntuación y caligrafía. Es preferible seguir el tradicional sistema de: número romano, número arábigo, mayúscula y minúscula (I, I, A), a). Aquí puede verse un ejemplo:

- I El contrato de gestión hotelera en su dimensión internacional.
 - 1. Competencia judicial internacional.
 - A) Reglas generales
 - a) Reglas propias.
 - b) Reglas impropias.
 - B) Reglas especiales.
 - 2. Ley aplicable.
 - A) Reglamento Roma I.
 - a) Norma de conflicto general.
 - b) Normas de conflicto especiales.
 - B) Convenio de Viena de 11 abril 1980.
 - a) La relatividad jurídica.
 - b) El centro de gravedad del sistema.
 - C) Cláusula de excepción.
 - a) Circunstancias del caso concreto.
 - b) Sistema del balancing test.
- II. El contrato de edición fotográfica.
 - 1. Competencia judicial internacional.
 - A) Reglas generales
 - a) Reglas propias.
 - b) Reglas impropias.
 - B) Reglas especiales.
 - 2. Ley aplicable.
 - A) Reglamento Roma I.
 - a) Reglas propias aplicables.
 - b) Reglas impropias.
 - B) Convenios internacionales particulares.

19. El estudio debe contar también con un resumen en castellano y *abstract* en idioma inglés, así como con unas palabras clave en ambos idiomas. Las normas de edición de la revista *Cuadernos de Derecho transnacional (CDT)* constituyen una guía segura para presentar correctamente un estudio académico de Derecho internacional privado. Se recomienda vivamente tenerlas siempre presentes.

D) Reglas de gramática jurídica discursiva

20. En su aspecto interior, el texto jurídico debe ser comprensible, directo y claro. A tal fin parece recomendable seguir las siguientes pautas.

a) Lo que debe hacerse. Reglas que deben observarse siempre del modo más estricto

21. *Primero. Los párrafos.* Las ideas deben exponerse en párrafos preferiblemente cortos y separados. A cada párrafo debe corresponder una idea. Si es posible, cada párrafo debe ir numerado, a la manera francesa. Los párrafos no deben ser excesivamente largos. Se aconseja redactar párrafos con un máximo de 20 líneas. Véase un ejemplo:

“212. El contrato es el principal instrumento jurídico de circulación de los valores patrimoniales y de la riqueza en el ámbito internacional. Así lo subrayan economistas y juristas. El contrato internacional mueve la Economía del planeta y permite la circulación eficiente de los recursos productivos. Además, el contrato internacional es el vehículo jurídico más perfecto que se conoce para el cambio de cosas, derechos y servicios entre operadores económicos en el contexto en la economía de libre mercado internacional, como ha sido destacado por la mejor doctrina”.

22. *Segundo. Las frases.* Las frases deben ser breves, claras y concisas. La frase ideal tiene 25 palabras. Puede haber excepciones, como es natural, pero son excepciones y no deben ser la regla. La cantidad, -de palabras y frases-, nunca sustituye a calidad. La Navaja de OCKHAM opera también en Derecho. La frase más hermosa es la que expresa una idea o una información con las menos palabras posibles. Un ejemplo puede ilustrar esta idea.

“Los particulares protagonistas del comercio internacional han elaborado ciertas reglas de comportamiento que rigen directa y materialmente, sin remisión a la Ley de ningún Estado, ciertos aspectos de la contratación internacional. Se trata del llamado, por algunos expertos, “Derecho transnacional” o *Nueva Lex Mercatoria*. Un ejemplo de este Derecho transnacional son los Incoterms 2020, preparados por la Cámara de Comercio Internacional (CCI) para regular ciertos derechos y obligaciones en el contrato de compraventa internacional de mercancías. Otro ejemplo indicativo está constituido por los *Principios para los contratos comerciales internacionales*, confeccionados por UNIDROIT”.

23. *Tercero. El orden de la frase.* Debe procurarse que la frase siga siempre el orden básico de las oraciones: sujeto, verbo y complemento. Los retruécanos y demás figuras literarias que tratan de mostrar habilidad con las palabras resultan complicados y entorpecen la comprensión del texto. Se puede escribir como habla el maestro YODA, es cierto, pero eso complica la comprensión del mensaje.

24. *Cuarto. Los sinónimos.* El jurista tiende a utilizar con frecuencia un mismo conjunto de conceptos. Palabras como “demanda”, “juicio”, “tribunales”, “Constitución”, “norma” y tantas otras se repiten constantemente. Para evitar que, por este motivo, el lector encuentre el texto repetitivo, cansado y aburrido, es necesario emplear sinónimos. El castellano es un idioma muy rico en sinónimos. Existen varias páginas web con diccionario de sinónimos que, en un milisegundo, proporcionan varias alternativas al jurista a fin de alcanzar un texto enriquecido y agradable a la lectura. Un ejemplo de lo dicho puede ser el que sigue. Nótese que se utilizan sinónimos: (a) tribunal - órganos jurisdiccionales - juzgador - jueces, y (b) sentencia - pronunciamiento - decisión. En cursiva se destacan las palabras con significado similar que se emplean para evitar repeticiones de vocablos concretos.

“El *tribunal* dictó *sentencia* sin dar audiencia al demandado. En dicho *pronunciamiento*, el *juzgador* no se dejó seducir por los argumentos del demandante. A pesar de los innumerables obstáculos, puede afirmarse que los *jueces* acertaron al destacar en su *decisión* que el Reglamento Bruselas I-bis imponía el respeto al principio de contradicción en el proceso. Otro ejemplo más de que los *órganos jurisdiccionales* pueden alcanzar soluciones rectas en Derecho internacional privado”.

25. *Quinto. El comienzo del estudio.* El comienzo de un estudio de Derecho internacional privado debe ser muy impactante. Una idea poderosa, un caso interesante, una sentencia relevante, una polémica ardiente. Así debe comenzarse para captar la atención del lector y que no se duerma antes de llegar al final de la primera página, riesgo siempre presente.

b) Lo que no debe hacerse. Errores gramaticales que deben evitarse del modo más radical

26. Con frecuencia, el autor de un escrito jurídico trata de impresionar al lector por la forma en la que se expresa. Desea causar un gran impacto y demostrar que es muy culto, que domina saberes ajenos al Derecho, así como anécdotas y curiosidades varias. Sin embargo, tales recursos sólo ponen de relieve que el autor es cursi y *snob* y hacen que el texto del trabajo se vuelva oscuro y pesado. El resultado es muy negativo: tras una parafernalia diversa y una palabrería superflua, tras ese pedaleo de gimnasio, ese troteo de salón, esos brindis al sol, suele esconderse el monstruo más terrible del Derecho: la ignorancia.

27. Puede aquí suministrarse una lista orientativa y, naturalmente, no exhaustiva de los lista de errores gramaticales muy difundidos que deben evitarse del modo más radical.

- (a) *Los gerundios.* Los gerundios otorgan a la frase un sentido irreal. Es muy conocida la anécdota debida a don Ramón María del Valle-Inclán. Se encontraba el escritor gallego en el hospital y fue informado de que don José Echegaray había acudido al hospital a donar sangre para él. La respuesta de don Ramón María fue: “no quiero la sangre de ése. Está llena de gerundios”. El gerundio sólo debe utilizarse para acciones que se desarrollan en el tiempo. Aquí puede verse un ejemplo de gerundio inapropiado y de otros diversos errores y defectos de gramática discursiva incorrecta.

Ejemplo incorrecto: “Ante esta situación, el ciudadano *que ostentara* [subjuntivo no necesario] la nacionalidad ecuatoriana por naturalización y deseara [subjuntivo no necesario] trasladar su residencia habitual a España, *pudiendo* [peligro: gerundio inapropiado] por este motivo adquirir también la nacionalidad española, debía tomar conciencia de que era posible que la sentencia española que se pronunciara sobre su divorcio, [coma que separa sujeto de predicado] no se reconociera, como tal [esta expresión “como tal” no significa nada], en Ecuador, su país de origen. Esta persona estaría divorciada en España y casada en Ecuador [no es correcto decir “está divorciada en España”, sino que lo correcto es afirmar que, para el Derecho español, su estado civil es el de “divorciada”], lo que es muy grave [no es grave: simplemente genera una situación contraria a la seguridad jurídica. La palabra “grave” es indeterminada]”¹¹.

Ejemplo correcto: “Ante esta situación, el ciudadano que ostenta la nacionalidad ecuatoriana por naturalización y desea trasladar su residencia habitual a España, puede adquirir también la nacionalidad española precisamente por residencia. Dicho sujeto debe ser consciente de que es posible que la sentencia española de divorcio no sea reconocida en Ecuador, su país de origen. En tal caso, el estado civil de la persona sería el de “divorciada” para el Derecho español y el de “casada” para el Derecho de Ecuador, lo que atenta contra la seguridad jurídica y puede causarle innumerables problemas prácticos”.

- (b) *La abundancia de adjetivos.* Cansan en extremo y no aportan matices, sino repeticiones innecesarias.
- (c) *Las frases en voz pasiva.* No suenan naturales. Las personas hablan, normalmente, en voz activa.
- (d) *Frases recargadas.* Nadie habla con frases recargadas y nadie debería hacerlo. Tales frases

¹¹ Se trata de un texto real publicado por una revista jurídica española.

son un caso de culturalismo, un ejemplo de personas que desean presumir de cultura mediante exageraciones que adornan artificialmente una oración. Otorgan al texto un carácter pesado, pretencioso y ficticio que impide apreciar el mensaje de fondo.

- (e) *El exceso de latinismos y extranjerismos superfluos.* Complican la recepción del mensaje. No todo el mundo conoce esos aforismos latinos o palabras extranjeras y no hay que olvidar que el jurista que escribe en castellano debe escribir en castellano. Las palabras extranjeras sólo deben emplearse cuando resulten imprescindibles. Los aforismos latinos y las palabras en latín deben utilizarse sólo si su uso está muy extendido en la literatura jurídica y todo lector puede, por ello, comprenderlos.
- (f) *La repetición de palabras iguales o parecidas cercanas en el texto.* En el nombre del buen hablar y del mejor escribir, debe decirse “no”, definitivamente, a las redundancias. Esta advertencia es sumamente importante. Cuando se escribe, la mente humana tiende a recurrir a las palabras que acaban de emplearse. Por ello, el autor de un escrito jurídico debe leer los párrafos que ha escrito a la caza de sus propias repeticiones. Véase aquí un ejemplo.

“Al respecto, sería interesante que este nuevo concepto *penetrarse* en un acto jurídico de la Unión Europea, dada la importancia del tema y la sensibilidad cada vez mayor que suscita. Hasta que eso no suceda, la vía de *penetración* es la ratificación del Convenio de la OIT por España, lo que supondría un avance deseable en este tema”.

El anterior constituye un ejemplo a evitar. Palabras y expresiones repetidas en un mismo párrafo denotan que el autor no ha invertido tiempo suficiente en escribir y repasar su escrito. Ello dice poco en favor del responsable del escrito, que, premioso y precipitado, da por terminado un texto que no ha cuidado. Estas repeticiones también ponen de relieve ciertas obsesiones del que escribe. Así se puede apreciar en este texto real, en el que es evidente que el autor tiene *in mente* la palabra “penetrar” y sus derivados, pues la utiliza dos veces en tres líneas.

- (g) *Los verbos y sustantivos poco precisos.* Deben evitarse las llamadas “palabras baúl”, como “cosa”, “tener”, “hacer”, “decir”, etc. El uso de estas palabras pone de relieve que el autor carece de los conceptos jurídicos adecuados. Que no domina el lenguaje jurídico. Debe prescindirse de estas palabras del modo más radical, pues producen una pésima impresión y dejan ver que el autor no ha leído lo suficiente, que carece de cultura general y jurídica y que no sabe expresar lo que desea comunicar.
- (h) *Las palabras inventadas y las expresiones de moda.* Estas expresiones y palabras, en realidad, no significan nada. Véanse algunos ejemplos de palabras y expresiones inventadas que confunden al lector y que, por ello, deben evitarse del modo más radical: “instrumentalizar” (usar algo como instrumento), “estructuralización” (no significa nada), “sobredimensionamiento” (exageración), “consteladora familiar” (neologismo de arcano significado), “coach de emociones” (no significa nada), “encimar” (ponerse encima de algo o de alguien), “temporizar” (perder el tiempo o ganar tiempo), “perder la verticalidad” (caerse). Muchas de estas expresiones proceden del vocabulario de los locutores deportivos, que tanto daño ha hecho. Es un ejemplo a no seguir.
- (i) *Los adverbios acabados en “mente”.* Alargan el discurso de manera innecesaria y resultan pesados al lector. Y si se repiten con frecuencia, entonces ya hay que acudir al juzgado de guardia.
- (j) *Los puntos suspensivos.* Su utilización debe reducirse al mínimo, pues producen sensación de que el autor del escrito no sabe qué más decir...
- (k) *La divagación.* La idea debe exponerse de modo directo y debe irse siempre al grano, a la sustancia del asunto a tratar.
- (l) *Los adverbios como primera palabra de una oración.* Hacen que el lector se concentre en el adverbio y no en el sujeto y el predicado. En idioma inglés son muy frecuentes y suenan muy bien, pero en castellano resultan artificiales y complican el mensaje. Ejemplo

a evitar: “*Inicialmente* el TS admitió la autonomía de la voluntad de los contratantes en la esfera internacional a partir del art. 1255 CC”.

- (m) *Las cacofonías y rimas internas*. Mucho cuidado con el poeta que todos llevamos dentro, que juega malas pasadas en forma de rimas fáciles. Ejemplo a evitar: “*actualmente* se ha perdido *totalmente* la ética”.
- (n) *Las expresiones vagas e imprecisas*. Palabras como “varios”, “algunos”, “numerosos”, “un grupo”, y similares, generan incerteza y denotan poca exactitud en el análisis. Deben emplearse, por el contrario, datos concretos y términos específicos. En caso contrario, se da la impresión de que no se domina el tema sobre el que escribe. No hace falta proporcionar necesariamente números exactos, pero sí palabras que reflejen la cantidad de un modo más aproximado. Ejemplo a evitar: “El Tribunal supremo ha pronunciado algunas sentencias en dicho sentido”. Ejemplo correcto: “El Tribunal supremo ha pronunciado más de veinte sentencias en dicho sentido”.
- (ñ) *El estilo frívolo y el estilo excesivamente solemne*. Ambos deben evitarse. El sentido del humor siempre es bienvenido. Ahora bien: frivolidad no es sentido del humor. Éste debe emplearse sólo cuando el autor que escribe domina el tema con extraordinaria solidez y profundidad, una vez que las ideas ya han sido expuestas y por supuesto, debe recurrirse al sentido del humor sólo ocasionalmente. Un escrito lleno de bromas o chistes parece una broma o un chiste.
- (o) *Las citas literarias ornamentales*. Algunos autores están empeñados en demostrar al lector que se han leído más de veinte veces el Quijote en castellano y más de quince *Anna Karenina* en ruso. Con tal pretensión, llenan sus escritos de multitud de citas literarias, con frecuencia, en su idioma original. Es un modo de castigar al desorientado y aturdido lector. Este exceso de barroco hace del escrito un texto difícil de leer en el que con facilidad se pierde el hilo del discurso. Del mismo modo, este recurso demuestra que el autor es un *snob* u hortera pseudo-jurídico que sólo está interesado en mostrar al mundo su cultura general más que su saber en Derecho internacional privado. Autores que emplean estas citas *pour épater le bourgeois*, pero no para comunicar contenidos jurídicos. No obstante, el Derecho es un producto de la sociedad de su tiempo. Por ello, una cita literaria o un acontecimiento histórico en el que se enmarca una concreta ley o sentencia puede resultar muy útil y puede, al mismo tiempo, atraer la atención del lector. Lo que deteriora el discurso jurídico no es la cita literaria o la anécdota histórica, sino el exceso de estos recursos.
- (p) *Los eufemismos y los lugares comunes*. La palabrería y la charlatanería diversa, incluidos los eufemismos y los tópicos muy conocidos y refranes propios del habla común deben evitarse, pues producen una impresión poco seria del trabajo.
- (q) *El excesivo recurso a otros saberes no jurídicos*. En los artículos y escritos de Derecho internacional privado sólo deben hacerse referencias a temas de psicología, de sociología o de economía, por ejemplo, cuando tales saberes sean útiles para el análisis jurídico. Para un jurista, estas ramas del saber constituyen “saberes instrumentales” o “saberes ancilares”. Están al servicio del Derecho. Somos juristas, no sociólogos o economistas. Un estudio de Derecho internacional privado que esconde un ensayo de sociología, de política, de psicología o de economía no es un estudio de Derecho internacional privado. Mucho cuidado debe tenerse con hacer de un estudio de Derecho internacional privado un ejemplo de “periodismo ilustrado”. Sería un craso error.
- (r) *Las ambigüedades sintácticas y léxicas*. Hay que ser precisos. Ejemplo a evitar: “La primera edición del libro de SAVIGNY fue hallada por un estudiante en la biblioteca la marquesa de Bauffremont, cuyos volúmenes le apasionaban”.
- (s) *Las redundancias gramaticales internas*. No es adecuado emplear estas redundancias, que producen la impresión de un autor que no sabe el significado de lo que escribe. Ejemplos a evitar: “asomarse al exterior”, “bajar abajo”, “bifurcarse en dos direcciones”, “entrar dentro”, “hablar tres idiomas diferentes”, “hacer especial hincapié”, “prever con antelación”, “subir arriba”, “progresar hacia delante”, “retroceder hacia atrás”, etc.

- (t) *El plural mayestático*. Es hora de abandonar el plural mayestático de una vez para siempre. Sin ambages ni remordimientos. Este tipo de plural sólo debe usarse por instituciones de alto nivel, como es la monarquía o Su Santidad el Papa. Su uso denota excelencia, poder o dignidad de la persona que habla o escribe. Su origen radica en que, en tiempos pasados, se consideraba que Dios o la divinidad estaba junto a una persona de especial rango o dignidad y por ello ésta hablaba en plural. En los tiempos actuales, es mejor ser modesto y ajustarse a la realidad. El adjetivo “mayestático” significa, en efecto, “*perteneciente o relativo a la majestad*” y los autores de Derecho internacional privado, -quizás salvo FEDERICO CARLOS DE SAVIGNY y ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA-, carecen de dicha cualidad. Abandonar el plural mayestático es necesario. Ejemplo a evitar: “Creemos que esta ley es un acierto y por eso hemos dividido nuestro estudio en dos partes”. Ejemplo correcto: “Puede, por ello, afirmarse que esta ley es un acierto y por eso el presente estudio aparece dividido en dos partes”.
- (u) *Emplear la primera persona*. El uso de la primera persona denota orgullo y prepotencia al escribir: yo, yo, yo, *I, me, mine*. En su lugar, resulta mucho más agradable a la lectura la utilización del modo impersonal. Así, el lector se siente menos colonizado por el autor. Es más importante el mensaje que el autor del mensaje. La modestia es una virtud también para los expertos en Derecho internacional privado. Ejemplo a evitar: “En este trabajo pretendo dar solución a la problemática actual de la gestación por sustitución y persigo demostrar que los tribunales no han comprendido el sentido de las normas aplicables”. Ejemplo correcto: “En este trabajo se pretende ofrecer una solución a la problemática actual de la gestación por sustitución y se persigue demostrar que los tribunales no han comprendido el sentido de las normas aplicables”.
- (v) *La interposición de una coma entre el sujeto y el predicado*. Nunca jamás debe interponerse una coma entre el sujeto y el predicado. Es una regla básica de puntuación y de ortografía que, por desgracia, se ignora con mucha frecuencia en los escritos jurídicos. Ejemplo a evitar: “Las normas del Reglamento Roma I, se aplican también a los contratos concluidos por consumidores”. Obsérvese que la coma colocada tras la expresión “Roma I” parte en dos la frase de manera totalmente inapropiada, pues no hay por qué pausar dicha frase en ese punto: el predicado sigue al sujeto de forma natural, sin paradas ni altos. La coma, en dicho punto, es superflua e inadecuada.
- (w) *Las frases con verbos en infinitivo*. Estas frases producen la impresión de que el jurista no sabe conjugar los verbos castellanos o de que no desea esforzarse en ello. Una frase con el verbo en infinitivo recuerda las frases que pronunciaban los indios de Norteamérica en las películas del Oeste con JOHN WAYNE en papel protagonista. En castellano los verbos se conjugan tanto al hablar como al escribir. Ejemplo a evitar: “En primer lugar, decir que esta cuestión es relevante”. Ejemplo correcto: “En primer lugar, puede afirmarse que esta cuestión es relevante”.
- (x) La utilización de la incorrecta expresión “en base a...”. Esta expresión, -un italianismo que fuerza la preposición “a”-, en realidad, no significa nada en español. Se pueden emplear otras locuciones correctas en castellano, como “a causa de”, “por”, “sobre la base de...”, “en relación con...”, “visto que...” y otras similares, como ha explicado la Real Academia de la Lengua Española¹².

c) Citas o notas a pie de página.

(i) Origen de las notas a pie de página

28. El origen de las notas a pie de página que hoy día se emplean en el mundo académico se halla en la obra de PIERRE BAYLE (1647-1706) titulada “*Dictionnaire Historique et Critique*” y publicada

¹² <https://www.rae.es/duda-linguistica/es-correcto-el-uso-de-en-base>.

en Holanda el año 1697 en su primera edición¹³. Las notas a pie de página, -explica de modo brillante D. SCHWANITZ-, “*sirven para recoger las pruebas de las afirmaciones que se contienen en el texto del trabajo ... constituyen una reacción a las acusaciones cartesianas contra las ciencias históricas, a las que se consideraba poco científicas ... las notas a pie de página se convierten en el equivalente del experimento [que es] el instrumento de control de las ciencias de la naturaleza la nota a pie de página sirve para demostrar la corrección de las afirmaciones del texto... en ella se citan fuentes y documentos, se apela a o se refuta a las autoridades en la materia...*”¹⁴.

(ii) Finalidad de las notas a pie de página

29. Todo trabajo doctrinal de Derecho internacional privado debe contener las oportunas citas a pie de página. En las mismas se hacen constar los estudios de los que se han tomado ideas, frases, expresiones, informaciones o datos. Con ello, el texto adquiere un carácter sólido y riguroso. No es ya un “conjunto de afirmaciones sin pruebas”, sino una sucesión de tesis y teorías que tiene una base precisa, cabal y ajustada en los hechos, datos e informaciones que constan en tales notas a pie de página.

30. Citar (a todos) es necesario. No deben aparecer como originales en un trabajo las ideas, datos, elementos y argumentos que se han tomado de autores o de doctrina ajena: todo lo contrario. Hay que citar a todo autor del que algo se ha tomado o aprovechado. A todos, sin excepciones.

31. La cita es la cita y el texto es el texto. En las notas a pie de página se deben contener las referencias de las que se ha tomado una frase, idea, dato o información. Las citas a pie de página no deberían contener ideas importantes. Para eso está el cuerpo del trabajo, el texto del mismo. Algunos juristas, sin embargo, emplean las citas a pie de página para desarrollar teorías o introducir posiciones e informaciones que deberían estar en el texto. Esto es un error, pues confunde al lector, que queda atónito cuando descubre que existen trabajos que son más interesantes por lo que dicen en las notas a pie de página que por lo que expresan en su texto.

(iii) La crítica al colega en la cita a pie de página.

32. También parece equivocado emplear la nota a pie de página para criticar a otros colegas y/o a sus teorías y posiciones, como si al hacerlo en la nota, de un modo semi-escondido, se viera menos la crítica. Eso es tirar la piedra, -la crítica-, y esconder la mano -en la nota a pie de página-. Cuando un autor o colega debe ser criticado, se le critica en el texto y en la nota, no sólo en la nota. La crítica al colega es, por supuesto, plenamente legítima. Orienta al lector sobre la errónea posición sostenida por el colega, con lo que se le instruye y se le hace un profundo favor. También es buena para el autor criticado, pues de ese modo se cumple con cuatro de las más difíciles obras de misericordia espirituales de la ética cristiana: enseñar al que no sabe, dar buen consejo al que lo necesita, corregir al que se equivoca y sufrir con paciencia los defectos del prójimo. Ahora bien, dicho lo anterior, la crítica al colega debe realizarse siempre con respeto personal, sin ningún tipo de menosprecio personal. Se critican las ideas, no las personas, y es mejor hacerlo en el texto que en las notas a pie de página.

¹³ Aquí puede verse la edición original en facsímil, muy bien reproducido y con todo detalle, incluidas, naturalmente, sus prolifas y muy bien presentadas notas a pie de página: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5712738f/f8.item.textelimage>.

¹⁴ D. SCHWANITZ, *La cultura: todo lo que hay que saber*, Ed, Taurus, Madrid, 2001, pp. 360-363. El original en idioma alemán (*Bildung. Alles, was man wissen muß*) fue publicado en 1999.

(iv) Modos de citar las distintas aportaciones: libros, artículos, capítulos de libros, recursos electrónicos y jurisprudencia

33. El sistema de cita debe ser siempre el mismo en todo el trabajo y es conveniente emplear y seguir las siguientes pautas.

34. *Primero: cuándo citar expresiones literales.* Es muy aconsejable que, cuando se citan opiniones fundamentales, muy relevantes, y/o pioneras, se citen textualmente entre comillas las palabras originales del autor. Eso refuerza el poder de persuasión y la rigurosidad de la cita y evita cualquier duda o sospecha de plagio o copia. Ejemplo correcto: PH. FRANCESCAKIS, “Droit naturel et droit international privé”, *Mélanges offerts à J. Maury*, vol. I, París, Dalloz/Sirey, 1960, pp. 113-152, esp. p. 142: “*dans notre droit contemporain, dominé par le positivisme étatique, les appels explicites à la directive [Derecho Natural] sont exceptionnels*”.

35. *Segundo: modo de citar las diferentes aportaciones.* Existen innumerables sistemas de citas académicas en Derecho. Como ya denunciara hace años H. KÖTZ, es lamentable que no se haya impuesto un sistema universal de citas académicas y sí haya prevalecido en todo el mundo, por ejemplo, el sistema métrico decimal¹⁵. De este modo, el lector puede tener, encima de su mesa de trabajo, diez contribuciones doctrinales y cada una de ellas puede seguir un sistema de citas diferente. En principio, vista esta dispersión de sistemas de citas académicas, todo sistema de citas es admisible. Ahora bien, dicho lo anterior, parece adecuado seguir el criterio más difundido y más tradicional en España, seguido, por ejemplo, en la revista *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*. En tal sistema, es diferente el modo de citar artículos doctrinales, libros o capítulos de libros. Por eso debe distinguirse.

- (1) Modo de citar libros: G.B. ALEXANDRE, *Las donaciones entre vivos. Conceptos y tipos*, Ed. LexisNexis, 2ª ed., Valencia, 2013, pp. 33-35.
- (2) Modo de citar un artículo jurídico: P. LE TOURNEAU, “La responsabilidad civil del estudiante”, *Revista de Derecho internacional y europeo*, 2013, pp. 33-39.
- (3) Modo de citar un capítulo de libro: A.M. HÜBNER, “Los bienes familiares en la legislación murciana”, en H. CORRAL / P. PEPE (directores), *Los regímenes matrimoniales en Murcia*, Ed. Universidad de Murcia, 2013, pp. 101-146.
- (4) Modo de citar una aportación electrónica: P.J. BERMÚDEZ, “El principio de confianza legítima en la actuación de la administración de Justicia”, disponible en: <<http://www.scielo.cl/sci04>>, consultado el 13 junio 2023.
- (5) Modo de citar la jurisprudencia: STS 12 enero 2014 (ECLI:ES:TS:2015:254). Es preciso citar siempre la fuente de la sentencia, esto es, su referencia ECLI o número CENDOJ, que son datos oficiales o bien su referencia de una base de datos o editorial privada, como *West-Law* o similar, con el número correspondiente, como se aprecia en el ejemplo que consta más arriba. También puede incluirse el nombre de las partes, especialmente si el caso se ha hecho famoso por dicho nombre. Ejemplo: STJCE 14 octubre 2008, C-353/06, *Grunkin-Paul* [ECLI:EU:C:2008:559]. Del mismo modo, cuando la sentencia ha sido comentada o anotada, también puede hacerse referencia a dicho comentario o nota junto a la cita de la sentencia en cuestión. Ejemplo: Sentencia de la cour de cassation [Francia] de 17 abril 1953, *Rivière*, en *Revue critique de droit international privé*, 1953, p. 412, con nota de H. BATIFFOL, en *Journal de droit international Clunet*, 1953, p. 860, con nota de M. PLAISANT, y en *RabelsZ*, 1955, p. 520, con nota de PH. FRANCESCAKIS.
- (6) Modo de citar los instrumentos legales. Siempre han de citarse con la referencia a pie de página correspondiente en la que debe hacerse constar el número del BOE, DOUE u otro diario oficial en el que ha sido publicada la norma.

¹⁵ H. KÖTZ, “Citation Practices, A Comparative Sketch”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)*, 1988, pp. 644-662.

36. Tercero: referencias aisladas a un autor. Cuando se nombra a un autor o persona, resulta aconsejable que el nombre del autor se cite por inicial del nombre propio y sus apellidos, tenga uno o más de uno. También parece aconsejable que el nombre del autor deba figurar en letra versalita (VERSALITA). Ejemplo: «Resulta extraño recurrir a la tesis de la calificación por la función tal y como sostuvo en el pasado M. BLACKWELL, ya que dicha posición olvida las insignes aportaciones de J. PURPLE y T.S. TWILIGHT».

2. La redacción de un artículo doctrinal en Derecho internacional privado. Los puntos clave para una escritura jurídica creativa

A) Elección del tema u objeto del trabajo

37. Elegir bien: ésta es la cuestión. Debe elegirse con extremo cuidado el tema sobre el que se va a escribir. La elección correcta del tema garantiza el 75% del éxito en el trabajo. Por el contrario, si se elige un tema poco apropiado, el fracaso está garantizado. Debe tratarse de un tema actual, esto es, con repercusión social notable, un tema necesitado de clarificación jurídica y que además resulte atractivo para el que lo escribe y para los potenciales lectores. Es muy importante que el tema esté bien delimitado y sea muy concreto.

No deberían elegirse cuestiones muy trilladas, como “la estructura de la norma de conflicto” o “la multiculturalidad y el Derecho internacional privado”. Este tipo de temas resultan pretenciosos e inevitablemente, el estudio sobre los mismos será poco profundo, lleno de generalidades, vaguedades y peticiones de principio.

Tampoco revisten interés verdadero cuestiones que se presentan como “temas estrella” o “temas de moda” pero que, en el fondo, puede ser que carezcan de interés jurídico práctico y/o teórico: el “multiverso”, los “*smart contracts*” y otros similares.

También deben descartarse temas generales de tipo institucional que no profundizan en problemas sociales y/o instituciones jurídicas. Por ejemplo: “la europeización del Derecho”, “los convenios internacionales como fuente del Derecho”, “el procedimiento de elaboración de normas de Derecho internacional privado en la Unión Europea”, etc. No quiere ello decir que tales temas no presenten importancia, pero se trata de temas que mejor los puede abordar un especialista en Derecho Público.

No parece adecuado, del mismo modo, realizar estudios enteramente dedicados a los clásicos problemas de aplicación generales de la norma de conflicto, como el “reenvío” o la “cuestión previa”, excesivamente abstractos y formales. Diferente es orientar tales problemas generales hacia cuestiones más específicas. Un estudio sobre el reenvío en el Reglamento sucesorio europeo resulta muy atractivo y necesario, por ejemplo.

Las tendencias actuales en Derecho internacional privado ponen de relieve que es mejor estudiar temas sustantivos concretos con una incidencia social relevante: la Ley aplicable a los testamentos, los contratos internacionales de edición, la sustracción internacional de menores de corta edad, el divorcio por contrato y tantos otros.

38. Para elegir bien un tema objeto de una aportación jurídica existen diversos métodos.

En primer lugar, leer, leer y leer. Leer mucho y leer buenos trabajos proporciona al jurista un catálogo de temas sobre los que la comunidad jurídica actual reflexiona y piensa. Al leer mucho el jurista se hace una idea de los temas que interesan, de los temas que suscitan controversias jurídicas y que precisan un tratamiento doctrinal. Al leer mucho, el jurista detecta las “tendencias dominantes” en el mundo del Derecho y se informa acerca los temas interesantes sobre los que iniciar un estudio jurídico. Del mismo modo, repasar los índices de los números más recientes de las revistas más prestigiosas del mundo jurídico suministra al académico un elenco de las materias más importantes del momento. Las modas deben evitarse pero las tendencias son importantes, porque marcan el futuro y revelan el signo de los tiempos actuales.

En segundo lugar, para seleccionar de modo correcto el tema sobre el que se va a escribir es aconsejable consultar con expertos jurídicos que disponen de una más dilatada experiencia. Un acertado

consejo de un gran jurista y maestro ahorra cientos de horas de trabajo inútil y estéril sobre temas intrascendentes, aburridos, antiguos, pretenciosos o simplemente inútiles.

En tercer lugar, para detectar cuáles son esos temas interesantes sobre los que escribir un estudio jurídico, resulta muy útil recurrir a un estudio de la jurisprudencia: donde hay jurisprudencia de calidad y jurisprudencia creativa, hay temas socialmente interesantes.

39. Debe advertirse, también, en este momento, sobre el peligro de caer en el pecado de escribir, exclusivamente, sobre el tema que ha sido objeto de la tesis doctoral. Resulta muy recomendable que un jurista académico haya obtenido el grado de doctor en Derecho. La tesis doctoral es en banco de pruebas de todo académico del Derecho: en ella éste aprende a estudiar y a escribir en un nivel superior. El tema de la tesis doctoral es la presa jurídica del autor y será así toda su vida: una vez que el autor ha estudiado muy en profundidad dicho tema, no lo debe dejar nunca. Debe convertirse en “el” experto en “el tema”. Por ello, puede y debe publicar ocasionalmente sobre ese mismo tema que ha sido objeto de su tesis doctoral. Sin embargo, no debe nunca escribir siempre y sólo sobre esa materia. En tal caso, los demás académicos se reirán de él. Lo considerarán como experto sólo en su “monotema”. Será visto como un ignorante en todo lo que no sea su tema de tesis doctoral. Por ello, es también aconsejable que, durante un período de al menos tres años tras la defensa de su tesis doctoral, el académico escriba sobre otros temas diferentes, sobre materias que no tengan nada que ver con dicha tesis. Así se evitan tentaciones y el que evita la tentación evita el peligro de caer en el pecado del monotema de la tesis doctoral, en paráfrasis de la célebre máxima ignaciana.

B) Las ideas jurídicas

a) Ideas jurídicas interesantes y originales

40. Escribir sobre un tema de Derecho internacional privado puede hacerlo todo el mundo. Ahora bien, aportar ideas interesantes y originales sobre dicho tema es algo más. Las ideas suelen surgir cuando se ha leído mucho sobre el tema y se ha debatido mucho sobre el mismo con otros juristas. A un cierto punto de la lectura de las obras sobre el tema y del debate con otros expertos, el autor descubre dónde está el fallo del sistema jurídico o el punto que podría proporcionar nuevas soluciones a problemas jurídicos. Si las ideas no aparecen, es muy aconsejable pedir ayuda. Otro jurista más experto, un maestro, puede iluminar al autor. Le puede aconsejar leer una obra o una sentencia que no había tenido en cuenta o le puede indicar puntos que le habían pasado desapercibidos o senderos a explorar. El debate jurídico siempre produce frutos sugestivos. Es de vital importancia recuperar, pues, los espacios y los tiempos dedicados a debatir temas jurídicos con los colegas, a charlar y contrastar opiniones sobre materias, casos y cuestiones de Derecho.

41. Debe, del mismo modo, destacarse, la importancia de dedicar tiempo a la reflexión intelectual. Encontrar ideas jurídicas es una labor que requiere tiempo. Eso es inevitable. El jurista debe ser paciente y no tener prisa. La constancia es un valor. Escribir todos los días es imprescindible. Leer todos los días es indispensable. Dedicar muchas horas a la elaboración de un estudio es siempre necesario. A pesar los avances tecnológicos, todavía no se ha inventado nada que sustituya a una hora de trabajo y estudio.

42. En el trabajo jurídico, debe dejarse claro lo que es una tesis u opinión personal de un autor no es más que eso. Si una idea está apoyada por el legislador o por la jurisprudencia o por la doctrina, entonces dicho dato debe enfatizarse de manera muy clara. De ese modo, la idea gana autoridad y convence en mayor grado al lector. En cualquier caso, toda tesis personal del autor debe apoyarse en argumentos jurídicos que la sostengan. Ideas sin argumentos jurídicos no son admisibles, pues son sólo, en ese caso, meras opiniones personales. El Derecho es un saber argumentativo y aporético. No es aporético ni cuantitativo.

b) La “Santísima Trinidad” de las ideas: ley, jurisprudencia y doctrina

43. Todas las ideas jurídicas vertidas en el trabajo deben aparecer, pues, bien fundamentadas y apoyadas por la ley, la jurisprudencia y/o la doctrina. Es ésta la “santísima trinidad” de un estudio jurídico: ley - jurisprudencia - doctrina. Todo trabajo jurídico debe contener las adecuadas y justas dosis de estos tres elementos.

Un trabajo jurídico que olvida lo que la ley, -entendida ésta en sentido amplio: normas jurídicas escritas vigentes en un ordenamiento jurídico-, dispone o que no tiene en cuenta lo que la ley expresa, es un trabajo muy deficitario, un trabajo sin base. La Ley es la primera expresión del Derecho, recuerda J. ALFARO AGUILA REAL¹⁶. De ese modo, si la Ley no se trata con respeto o se ignora, el trabajo está mal construido y resulta inútil.

Un trabajo que no tiene presente la jurisprudencia existente en la materia es un trabajo que no aborda la realidad aplicativa del Derecho. Es, por ello, un trabajo insustancial e inservible, porque no tiene en cuenta la aplicación del Derecho en la realidad social de los tribunales de justicia.

Un trabajo jurídico al que le falta doctrina es un trabajo que carece de “finura jurídica”, que no explora matices, pues la literatura jurídica es la que descubre el sentido último de los textos legales, sus virtudes y defectos y es la que explora las posibilidades interpretativas de los textos legales.

Un estudio jurídico que carece de las dosis necesarias de ley, jurisprudencia y doctrina, produce la impresión de ser un estudio inacabado, poco profundo, apresurado, desaliñado, trivial, frívolo, superficial, vano y, por todo ello, inútil. La Santísima Trinidad de un estudio jurídico es, para el jurista académico, un auténtico dogma de fe.

c) La expresión de ideas mediante ejemplos

44. Resulta muy aconsejable que las ideas jurídicas complejas que se vierten en el texto se presenten acompañadas de ejemplos extraídos bien de la jurisprudencia o bien contruidos por el autor. Los ejemplos dan vida al texto y permiten transmitir mejor las ideas. Los clásicos decían “*verba docent, exempla trahunt*”: las palabras enseñan, pero los ejemplos arrastran.

d) Un trabajo de Derecho positivo

45. El objetivo de todo trabajo de análisis jurídico radica en exponer y explicar las reglas jurídicas aplicables a un concreta situación social. Dicho análisis debe poner de manifiesto las posibilidades aplicativas del sistema jurídico: qué resultados se pueden alcanzar con las normas vigentes, siempre dentro del sistema legal. Por eso es de capital importancia realizar una adecuada y muy cuidada labor de exégesis legal. La hermenéutica jurídica es fundamental. Ello significa que, en su estudio, el autor no debe tratar de decirle al legislador “lo que debería haber hecho” o “lo que debe o puede hacer”. El legislador es el legislador y el autor es el autor, no el legislador.

46. El analista jurídico debe ofrecer a jueces, abogados, notarios, fiscales y otros prácticos del Derecho, toda la paleta de posibilidades que se pueden alcanzar dentro del sistema legal vigente. Así lo ha expuesto, con extrema brillantez, para el Derecho penal, G. QUINTERO OLIVARES¹⁷. Inventarse normas

¹⁶ J. ALFARO AGUILA REAL, “Los desprecios al Código Civil” (<https://derechomercantiles pana.blogspot.com/2012/05/los-desprecios-al-codigo-civil.html>), que “[e]n realidad, la crítica de Miquel es una crítica a la mala dogmática (art. 3 CC). La interpretatio abrogans es un instrumento absolutamente excepcional. Hay que tener muy poderosas razones (normalmente, constitucionales o sistemáticas) para despreciar el tenor literal de una norma. Y, aún más, cuando la norma es la de un texto legal antiguo y no hay indicios seguros de que se trata de una errata”.

¹⁷ G. QUINTERO OLIVARES, *La enseñanza del Derecho en la encrucijada (Derecho académico, docencia universitaria y mundo profesional*, Cuadernos Civitas, Thomson Reuters, Madrid, 2010, p. 83: “lo importante es asumir, sin pretender lo contrario, que la labor del derecho académico o científico no es resolver problemas concretos, sino examinar el derecho para

y/o proponer regulaciones *de lege ferenda* nunca debe constituir el objetivo primordial del trabajo. Ese error se paga caro: confunde a los aplicadores del Derecho con esa mezcla prepotente y pretenciosa entre el “ser del Derecho” y del “deber ser del Derecho” tal y como lo concibe el autor personalmente, como muy bien destaca L. PEÑUELAS I REIXACH¹⁸. Eso no sirve para nada, porque tales propuestas *de lege ferenda* no se pueden aplicar a los problemas sociales y jurídicos reales de cada día, pues no encajan en el Derecho vigente. La tendencia a escribir sobre “qué debería decir la Ley”, conocida como “*legeferendismo*”, es perversa y debe evitarse siempre. Su impacto social es inexistente y sus efectos nocivos son graves y persistentes.

C) Fases de elaboración de un estudio de Derecho internacional privado

47. El análisis jurídico en Derecho internacional privado debe presentarse ordenado. El orden es fundamental. El caos no es una opción. Es aconsejable seguir el siguiente orden a la hora de redactar un trabajo de Derecho internacional privado.

a) Primera fase: las lecturas básicas

48. *Primero*. Debe comenzarse por la lectura de las obras generales de Derecho internacional privado que tratan el tema objeto de estudio, como manuales, enciclopedias jurídicas y comentarios de textos legales.

49. *Segundo*. Después debe leerse lo que se ha escrito en artículos jurídicos y monografías que tratan específicamente sobre el tema. Siempre existen dos o tres contribuciones jurídicas que son fundamentales en el tema de estudio.

50. *Tercero*. Tras ello, debe leerse y analizarse la jurisprudencia relevante sobre el tema.

51. Leer y escribir al mismo tiempo es una técnica que funciona muy bien. Por ello, es aconsejable tomar notas por escrito de todo lo interesante que se lee en esta primera fase. En caso contrario, el autor está condenado a repetir la famosa frase “*esto lo he leído en algún sitio pero no sé dónde, no lo dejé por escrito...*”, con la consiguiente pérdida de tiempo y energía. Todo lo que se lee y resulta importante, interesante y sugestivo debe ser inmediatamente anotado. *Verba volant, scripta manent*, como escribió el senador romano CAYO TITO.

52. Hay que leer lo mejor. Es extremadamente importante comenzar el trabajo con la lectura de las mejores aportaciones sobre el tema. Para ello, es recomendable que un experto que domine ese tema aconseje “qué leer primero” y “qué es lo que nunca hay que leer”. Esa consulta ahorrará tiempo y energías y hará posible que la lectura de los “trabajos secundarios” resulte muy veloz, porque al haber consultado antes los mejores estudios, es fácil descubrir que esos otros trabajos secundarios aportan pocas ideas y escasos datos de interés. Además, ello eleva la moral del jurista, que descubrirá que, si domina ya lo que ha aprendido al leer los trabajos fundamentales, el estudio está ya, en realidad, muy avanzado.

descubrir todo lo que en él cabe o no cabe. El juez hará algo parecido, pero para resolver un caso concreto. El teórico del derecho, con su trabajo, persigue facilitar el conocimiento profundo del derecho, mientras que el aplicador del derecho está obligado a resolver un problema práctico”.

¹⁸ L. PEÑUELAS I REIXACH, *La docencia y el aprendizaje del Derecho en España*, 3ª ed., Marcial Pons, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, 2009, p. 95: «los profesores de Derecho están acostumbrados a cruzar la frontera del ser y del debe ser con suma facilidad», pues tales profesores se consideran «pensadores que ordenan, sistematizan e intentan perfeccionar y completar el sistema normativo».

b) Segunda fase: el esquema del trabajo

53. Muy recomendable resulta trabajar siempre con un esquema de trabajo. Tras haber leído las aportaciones esenciales sobre el tema objeto del estudio y las obras generales, el jurista debe elaborar un “esquema provisional de su estudio”. Dicho esquema es una mera herramienta de trabajo. Conforme se avanza en la redacción del estudio, el esquema cambiará y las ideas e informaciones cambiarán de un lugar a otro hasta alcanzar su lugar óptimo y natural. Este esquema provisional de trabajo sirve para no trabajar en el vacío y para tomar conciencia de la estructura del estudio, de su extensión y ayuda de modo claro a alcanzar el equilibrio en el trabajo.

c) Tercera fase: comienza la escritura

54. Comienza ahora la escritura del cuerpo del trabajo. Deben reflejarse en el estudio jurídico las ideas tomadas de las obras generales y de las aportaciones esenciales sobre el tema objeto de estudio. Es aconsejable siempre escribir de modo ordenado, esto es, con respeto del esquema provisional del trabajo.

55. En el caso de que durante la escritura surjan problemas difíciles que impiden seguir adelante, es preciso que el autor consulte sus dudas con expertos en el tema. El debate jurídico con otros expertos en Derecho internacional privado es fundamental y se aprende mucho de él. No se debe avanzar en la escritura si existen dudas de fondo importantes. ¿Se puede lograr el *exequatur* en España de una sentencia extranjera sin haber reconocido antes dicha sentencia? ¿Es delito la bigamia si un matrimonio se celebra en España y otro en el extranjero? ¿Deben ser calificadas como “normas de policía” las normas españolas que regulan los alquileres de locales de negocio? ¿Es el art. 10.4 CC una norma de conflicto estrictamente unilateral o es bilateralizable?

Para eso está el debate jurídico y la consulta al experto, el intercambio de pareceres. Un buen consejo de un jurista ahorra cientos de horas de sufrimiento inútil del jurista que no avanza porque no consigue dar respuesta a cuestiones fundamentales que resultan imprescindibles para construir su trabajo.

56. Como antes se ha avanzado, ya desde el primer momento en el que comienza la escritura deben ya incorporarse las citas a pie de página de las obras de las que se han tomado ideas o información. Las citas deben ya realizarse del modo correcto, para avanzar el trabajo formal y no tener luego que completar el trabajo con datos para que la cita quede correctamente incorporada al estudio.

57. Tras las lecturas básicas, la redacción del esquema de trabajo y una primera redacción del texto se llega a la “primera versión del trabajo”.

d) Cuarta fase: las lecturas complementarias

58. Es hora de leer y estudiar otros artículos jurídicos y monografías que abordan el tema objeto de estudio, así como las notas y textos que se pueden consultar a través de Internet y comentarios de jurisprudencia que tratan sobre el tema. Al respecto conviene realizar determinadas precisiones.

En primer lugar, debe ponerse de relieve que, en la actualidad, la comunidad jurídica padece una sobreproducción de escritos jurídicos. Se escribe muchísimo, se publica sin parar.

En segundo término, sin embargo, ello no debe alarmar al jurista que escribe. Debe tenerse presente que la mayor parte de los estudios publicados por los académicos se elaboran con la intención de incrementar su *curriculum vitae* y así obtener plazas de profesores en la Universidad y no con la idea de aportar nuevas ideas jurídicas. La mayor parte de los trabajos doctrinales se escriben bajo la presión de aumentar dichos *curricula* y, por ello, son escritos por acumulación de materiales. Por otro lado, en la actualidad, auténticos aficionados de todo tipo y condición, operadores jurídicos no sofisticados, diletantes de muy diferentes clases, se lanzan a escribir y publicar textos jurídicos sin que su inexisten-

te formación académica resulte un impedimento al efecto. El resultado es claro: inmensas cantidades de literatura jurídica. Pues bien, la mayor parte de los trabajos que hoy día ven la luz no aportan ideas originales. Abundan las repeticiones “corta y pega” de otros lugares, traducciones camufladas, copias literales de la Ley, o simples tautologías, disparates y divagaciones pseudo-jurídicas propias de periodistas del Derecho y de meros aficionados. La lectura de dichos trabajos no aporta nada al jurista. Debe admitirse, pues, que la inmensa mayoría de los trabajos jurídicos publicados revisten poco, escaso o nulo interés jurídico. Son pura chatarra jurídica que hay que evitar.

En tercer lugar, y como directa consecuencia de lo anterior, una vez que ya se ha escrito una primera versión nuclear del trabajo, es sencillo añadir lo que aporten esas obras, que no será mucho, aunque siempre hay sorpresas agradables.

En cuarto lugar, la lectura de estas obras complementarias, aunque sean numerosas, no lleva, paradójicamente, mucho tiempo. En efecto, el jurista debe (i) hacerse con todas estas obras y aportaciones secundarias, (ii) ordenarlas según un criterio de mayor extensión a menor extensión, y (iii) comenzar a leerlas una por una y a tomar nota directamente en el lugar de la publicación que se está escribiendo, de los datos de interés que puedan extraerse de estas obras. Al leer estas contribuciones, el autor percibirá, sin duda alguna, que la mayor parte de las mismas repiten o copian ideas, conceptos y textos y que, por tanto, se avanza con rapidez. Añadidas las aportaciones menores sobre el tema, ya se cuenta con una “segunda versión del trabajo”.

e) Quinta fase: la doble lectura crítica como prueba de fuego

59. Ha llegado el momento de someter el trabajo a una lectura crítica propia. En primer lugar, el jurista debe leer su propio trabajo con ojos críticos. Debe tratar de purificar su propio texto: eliminar redundancias, suprimir texto y citas inútiles y añadir la información que falte y, sobre todo, dar al texto una redacción clara, directa y sugestiva. Toda idea que no esté escrita de modo transparente y diáfano debe ser aclarada o suprimida.

60. También es deseable, si resulta posible, que el jurista dé su texto a leer a otro especialista en Derecho internacional privado. Éste debe someter el texto a la más aguda crítica de fondo y de forma. Es la auténtica prueba de fuego: la lectura crítica de los colegas. Podría suceder que el experto colega abra los ojos al autor y le comunique que su estudio no es interesante, está mal fundamentado, que le falta doctrina o jurisprudencia, que ha ignorado una aportación fundamental, que es simple palabrería, resulta redundante o es una copia. Siempre es mejor que un colega advierta al autor de estos defectos antes de que el trabajo vea la luz y sea laminado de modo inmisericorde por la comunidad jurídica. Puede ser también que el autor no comparta las críticas vertidas por el colega jurista que lee su trabajo, pero siempre le hará pensar y reflexionar. En dicho caso, el debate puede aclarar muchos puntos oscuros. El autor debe ser siempre humilde, siempre modesto. El autor puede equivocarse o estar completamente extraviado. Un colega, un maestro, no denigrará ni avergonzará al autor en el caso de que el trabajo sea deficiente. Por eso no hay que tener miedo.

Si se supera la quinta fase, se llega así a la tercera versión del trabajo. Ánimo, que ya queda poco.

f) Sexta fase: la lectura final

61. Cuando se ha alcanzado la tercera versión del trabajo, éste está acabado. Sin embargo, todavía no es el momento de darlo por terminado. Queda la “lectura final” que debe realizar, de nuevo, el mismo autor. Esta lectura del trabajo por su autor es necesaria para revisar la ortografía, tipografía y gramática del texto. Se llega así a la versión cuarta del trabajo. Es la versión definitiva y final. Lista para enviar a la revista jurídica elegida o al libro en el que se va a publicar.

D) Estructura del trabajo doctrinal en Derecho internacional privado. Introducción, cuerpo del trabajo, conclusiones y bibliografía empleada

62. Parece recomendable que un estudio de Derecho internacional privado contenga, separadamente, las siguientes partes, perfectamente separadas y diferenciadas, con su correspondiente título.

63. *Primero: la “introducción” al tema objeto de análisis.* Es recomendable que el trabajo arranque con unos primeros párrafos en los que se destaca la importancia del tema desde un punto de vista estrictamente jurídico y su actualidad, esto es, su relevancia social y legal. En esta introducción es conveniente dejar constancia de que el método que se emplea en el trabajo es el método jurídico. Es un trabajo jurídico, no sociológico o político. Es un estudio jurídico, no un artículo de “opinión”.

64. *Segundo. El “cuerpo del trabajo”.* El cuerpo del trabajo debe contener los epígrafes necesarios. Ello permite presentar dicho cuerpo del trabajo de modo ordenado, sistemático y agradable a la lectura.

65. *Tercero. Las conclusiones del trabajo.* Las conclusiones deben presentarse siempre numeradas y separadas con la mayor claridad expositiva. En los artículos de fondo, -no en los comentarios de jurisprudencia-, es aconsejable seguir la siguiente “estructura de las conclusiones”.

- (a) Defectos y virtudes de la legislación vigente sobre el tema.
- (b) Actitud de la jurisprudencia a la hora de aplicar dicha legislación y crítica, positiva o negativa, de dicha actitud.
- (c) La más importante: adecuación de la legislación vigente y de la jurisprudencia que la aplica a los principios generales, -especialmente principios constitucionales y principios de Derecho europeo-, que rigen el sector del que se trate.
- (e) Posibilidades de solución de los problemas jurídicos planteados en el contexto del escenario legal existente.

66. *Cuarto. Bibliografía empleada y otros materiales consultados.* Algunas revistas jurídicas especializadas exigen que el trabajo contenga un índice de sentencias citadas con indicación de la fuente de las mismas, esto es, con la referencia de la revista, repertorio jurisprudencial o similar de donde se ha extraído la sentencia citada. También el trabajo puede contener, en su caso, anexos de textos legales o textos jurisprudenciales o doctrinales empleados para la elaboración del estudio. Por último, incluir al final del trabajo una relación de la bibliografía consultada también puede ser conveniente.

III. Argumentar bien en Derecho internacional privado. La dogmática jurídica

1. El aparato dogmático es imprescindible

67. Argumentar bien en Derecho es necesario para alcanzar la claridad. La claridad en el texto es precisa para comunicar bien el mensaje, el núcleo de un trabajo jurídico. Ambas afirmaciones se sustentan en varias realidades.

68. El Derecho objetivo, las normas jurídicas, se presentan al jurista como una enorme masa de disposiciones legales que carece de estructura definida, que se amontonan en el tiempo, compuesta por reglas que son, con frecuencia, contradictorias, y que se expresan con extraordinaria imprecisión terminológica. En suma: el Derecho objetivo tiende a la desorganización, parece un caos de normas y así se muestra a la comunidad jurídica, lo que, como pusiera de manifiesto M. PASQUAU LIAÑO, produce un daño evidente a la sociedad¹⁹. El Derecho objetivo no está organizado científicamente. Se presenta

¹⁹ M. PASQUAU LIAÑO, *Código civil y ordenamiento jurídico*, Granada, Comares, 1994, pp. 32-49 y 93.

como un magma indiferenciado de reglas, una vorágine caótica de normas: una materia bruta. Así las cosas, es imposible comprender, estudiar, enseñar y aplicar el Derecho de un modo previsible, lógico y comprensible.

69. Por otro lado, la jurisprudencia se muestra también como una amalgama desorganizada y asistemática de pronunciamientos dispares destilados por instancias judiciales muy diferentes en la que es posible encontrar conceptos legales, discursos y soluciones jurídicas contradictorias, poco definidas, anfibológicas e imprevisibles. Por ello, las argumentaciones jurídicas son completamente necesarias para comprender, enseñar y aplicar el Derecho. Los estudiosos del Derecho deben inyectar en el ordenamiento jurídico el orden, el sistema y la razón de la que carece la informe masa normativa y el desorganizado conglomerado jurisprudencial. Los estudiosos del Derecho deben emplear las herramientas propias de la dogmática jurídica. La dogmática jurídica es el orden frente al caos, es la transparencia frente a la confusión, es la luz que derrota a la oscuridad. Es el arma definitiva para escribir bien en Derecho internacional privado, para estructurar un mensaje y un contenido de forma tal, que el lector comprenda el sentido del trabajo y pueda aprender y disfrutar de él.

70. La dogmática jurídica tiene sus propias reglas. Dichas reglas permiten llevar a cabo una correcta argumentación en Derecho internacional privado. Según indica J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, la Dogmática exige que se acaten, se sigan y se respeten varios mecanismos de razonamiento, tal y como se expone a continuación²⁰.

2. El rigor lógico-jurídico

71. El rigor lógico-jurídico que proporciona la dogmática jurídica es imprescindible para un razonamiento jurídico sólido y es, por ello, un elemento intelectual indestructible. Dicho rigor es totalmente necesario para exponer y criticar argumentos en Derecho internacional privado. Un argumento sin coherencia lógica es erróneo y conduce, naturalmente, a conclusiones equivocadas y por tanto inservibles en la práctica. Es aquí donde la dogmática jurídica clásica o axiomática es imprescindible. La argumentación jurídica tiene sus reglas sagradas y tales reglas deben ser respetadas. La dogmática jurídica es siempre el primer paso y el primer paso de la dogmática jurídica es el rigor lógico-jurídico. La falta de respeto a estas reglas supone que el argumento está viciado de falsedad, no es coherente y pierde todo su valor. Por ello es exigible que todo argumento jurídico en Derecho internacional privado respete la dogmática jurídica. La lógica formal, expresión de la buena dogmática, es siempre necesaria para tomar una decisión racional en el contexto del Derecho internacional privado. En frase de F. BALAGUER CALLEJÓN, puede afirmarse que el método dogmático clásico conserva un valor irreductible al constituir un equipo conceptual acumulado que *“facilita la comprensión previa del Derecho, evita esfuerzos inútiles, proporciona modelos de solución y puntos de vista, favorece la corrección y la universalidad de las decisiones, y por tanto, la justicia, todo ello en un proceso acumulativo que hace posible el progreso en el desarrollo de ese material conceptual y en la realización de esas funciones”*²¹. En suma, el rigor lógico-jurídico exige exponer el problema jurídico, explorar las posibles soluciones que ofrece el sistema legal y defender una concreta solución por una serie de razones basadas en Derecho, como ha indicado la mejor doctrina²².

²⁰ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado y dogmática jurídica*, Comares, Colección “Ciencia Jurídica y Derecho Internacional”, Granada, 2021, pp. 203-243. *Vid.* la recensión a esta obra, debida a MANUEL DESANTES REAL en *Revista española de Derecho internacional*, 2022, vol.2, pp. 270-272.

²¹ F. BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes del Derecho I, (principios del ordenamiento constitucional)*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 73.

²² *Vid. inter alia*, A. GIULIANI, “Logica del Diritto (teoria dell’argomentazione)”, *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, vol.XXV, 1975, pp. 13-34; A. HERNÁNDEZ GIL, *La ciencia jurídica tradicional y su transformación*, Civitas, 1981; G. KALINOWSKI, “Logica del Diritto (lineamenti generali)”, AA.VV., *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, vol.XXV, 1975, pp. 7-12; L. MENGONI, “Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico”, *Studi in onore di G.Balladore Pallieri*, Milano, 1978, pp. 329-370; V.P. MORTATI, “Dogmatica giuridica (premessa storica)”, AA.VV., *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè,

72. La corrección lógica de los argumentos significa que el discurso jurídico debe seguir unas reglas de coherencia que se reflejan en la organización del medieval *trivium*: gramática, -conocer el sentido de las palabras y las frases-, lógica, -ordenación correcta de las proposiciones-, y retórica -que es la capacidad del discurso para convencer y persuadir al lector-. Pues bien, una dogmática de Derecho internacional privado debe ordenar sus proposiciones y argumentos de manera lógica, pues sólo así se puede estudiar y exponer el Derecho internacional privado de manera útil y eficiente. Gramática correcta, lógica impecable y retórica convincente son armas que conducen a un discurso jurídico dogmáticamente irreprochable.

3. Utilización exacta de los conceptos jurídicos

73. La utilización exacta de los conceptos jurídicos definidos por la ley o la jurisprudencia reviste hoy día una importancia capital en varios sentidos.

A) Evitar las palabras inventadas y expresiones vacías

74. En un primer momento, para poder estudiar con rigor y éxito el Derecho internacional privado, es preciso evitar, purgar y eliminar del discurso ciertas expresiones y vocablos inventados por determinados autores y que oscurecen el mensaje jurídico y lo falsean. En efecto, algunos autores han introducido en los estudios de Derecho internacional privado toda una extensa batería de términos que no se recogen en las leyes ni tampoco son empleados por los tribunales y con los que se trata, principalmente, de dotar al Derecho internacional privado de un sesgo políticamente correcto o de un tinte pseudo-cultural pretencioso. Sin embargo, tales conceptos vaporosos no significan, en realidad, nada. Es más, tales conceptos y palabras hacen incomprensible el mensaje y reflejan una elevada ignorancia en las personas que los emplean. No es que dichos conceptos transmitan ideas falsas. Se trata, simplemente, de que tales conceptos y palabras carecen totalmente de sentido. Ya LUDWIG WITTGENSTEIN, en el prólogo a su *Tractatus Logicus Philosophicus* de 1921, dejó escrito que “*todo aquello que puede decirse, puede decirse con claridad; y de lo que no se puede hablar, mejor es callarse*”, como muy bien recuerda A. CONTHE²³. Con arreglo a lo que afirma este último autor, es preciso evitar, en Derecho internacional privado, este “*lenguaje político [que] consiste principalmente en eufemismos, peticiones de principio y pura vaguedad vaporosa*”. Estas “palabras sin significado” deben ser evitadas tanto por el legislador como por los tribunales y por los expertos que escriben sobre Derecho internacional privado, como indica de modo más que correcto, para el Derecho mercantil, J.J. NOVAL LAMAS²⁴. Hablar, en Derecho internacional privado, de “*sostenibilidad*”, “*responsabilidad social*”, “*diversidad*”, “*sinergia entre los Derechos materiales y el Derecho internacional privado*”, “*gestión de la diversidad religiosa*”, etc., es hablar de palabras de moda, es utilizar expresiones políticamente correctas que suenan muy bien pero que no quieren decir nada en concreto, es hablar de no se sabe qué cosas. Es una *langue de bois*, una jerga vaga, imprecisa, pomposa y engañosa cuyo objetivo último es desviar la atención de las personas para que no piensen en los asuntos verdaderamente importantes. Un lenguaje que trata de maquillar la realidad, de ocultar las verdaderas opiniones del hablante y/o de eludir sus responsabilidades. Son conceptos gaseosos que funcionan como adornos del discurso pero que no comunican nada porque nada significan. Lo más probable es que tales vocablos se empleen para crear confusión y pseudo-profundidad, para tratar de aparentar una erudición inexistente y para tratar de ocultar y oscurecer la falta de ideas propias. La corrección política, muy presente en estos conceptos vacíos y estas expresiones sin sentido, opera con frecuencia como una forma de fascismo lingüístico-jurídico que

Milano, vol.XIII, 1964, pp. 671-678; E. PARESCHE, “Voce Dogmatica giuridica (in generale)”, AA.VV., *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano vol.XXV, 1975, pp. 679-712.

²³ A. CONTHE, “El sueño de Jardiel”, en www.expansion.com/blogs/conthe/2020/07/07/el-humo-de-algunas-palabras.html.

²⁴ “El lenguaje jurídico” (22 julio 2020), en <https://alfilabogados.blogspot.com/2020/07/el-lenguaje-juridico.html>.

persigue marginar y, si puede, exterminar, la disidencia, el pensamiento alternativo, la reflexión crítica y el progreso de las ideas en Derecho.

B) Evitar los conceptos jurídicos inexistentes

75. En un segundo momento, resulta necesario evitar y eliminar de la argumentación jurídica toda una serie de pseudo-conceptos jurídicos que no existen en el sistema legal. Se trata de imprecisiones terminológicas de extrema gravedad que revelan la falta de conocimientos jurídicos.

76. Así, por ejemplo, no es correcto hablar de “*matrimonios homosexuales*”, porque éste no es un concepto jurídico. En efecto, en ningún texto legal se emplea esa expresión²⁵. Los “matrimonios homosexuales” son una expresión inventada, un concepto jurídico que no existe. Además, para el Derecho en general y para el Derecho internacional privado en particular, los matrimonios no tienen sexo ni tendencia sexual. Una persona homosexual puede contraer válido matrimonio con persona de sexo distinto que, a su vez, puede ser homosexual o heterosexual. No es correcto emplear la expresión “matrimonio homosexual” como no lo es tampoco hablar de matrimonio heterosexual, transexual, bisexual o asexual, como tampoco lo será indicar que una sinfonía de GUSTAV MAHLER es de color azul, verde o rosa. Las sinfonías no tienen color y los matrimonios no tienen tendencia sexual alguna, pues son las personas las que tienen preferencias sexuales. Debe hablarse, en rigurosa dogmática jurídica, de matrimonios entre personas del mismo o distinto sexo, que es el concepto que utilizan las normas jurídicas con total exactitud. Un pretendido argumento jurídico que emplea conceptos inventados que tratan de hacerse pasar por conceptos legales está ya viciado *ab initio*. Conducirá, con toda seguridad, a resultados erróneos. Ejemplo a evitar: “Por tanto, las normas de Derecho internacional privado españolas previstas para el matrimonio heterosexual, resultarán también aplicables al matrimonio homosexual, con las dificultades que de por sí plantean”²⁶.

C) No confundir las instituciones jurídicas

77. En un tercer momento, también resulta preciso exterminar del discurso de Derecho internacional privado las confusiones entre instituciones jurídicas, conceptos jurídicos y técnicas legales. No confundir las instituciones jurídicas es fundamental, como puso de relieve ya hace mucho el excelente estudio de V. ITURRALDE SESMA²⁷. Algunos ejemplos pueden ser útiles.

78. (a) No es correcto, por ejemplo, indicar que los contratos de gestación por sustitución están “prohibidos en Derecho español”. Se trata, en realidad, de contratos “nulos de pleno Derecho” como indica, en Derecho español, el art. 10 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida²⁸. La diferencia entre contratos nulos y contratos prohibidos radica en que los primeros no producen efectos jurídicos y los segundos, además de no producir tampoco efectos jurídicos, comportan una sanción civil o penal²⁹. No distinguir entre prohibición legal y nulidad de un acto jurídico constituye un error dogmático insalvable de extrema gravedad producto de un análisis periodístico apresurado y simplista de las normas jurídicas y de una escasa formación en Derecho.

²⁵ Así, en algún estudio puede leerse: “*En este contexto, un nacional de un Estado miembro de la Unión Europea puede estar casado sólo en algunos Estados miembros -los que admitan la válida celebración del matrimonio homosexual en su territorio y/o el reconocimiento de aquél que se haya celebrado en el extranjero- pero no en otros -los que prohiban expresamente su celebración y/o su reconocimiento...*” (sic).

²⁶ Ejemplo tomado de un texto jurídico real publicado en una revista de Derecho.

²⁷ V. ITURRALDE SESMA, *Lenguaje legal y sistema jurídico* (cuestiones relativas a la aplicación de la ley, Ed. tecnos, Madrid, 1989).

²⁸ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, en BOE núm. 126, de 27 mayo 2006.

²⁹ Así lo explican A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El caso de Ana Obregón y el Derecho internacional privado”, en Blog Hay Derecho, 17 abril 2023 (<https://www.hayderecho.com/2023/04/17/el-caso-de-ana-obregon-y-el-derecho-internacional-privado/>).

79. (b) En el mismo sentido, no es lo mismo “entrada en vigor” de un reglamento europeo de Derecho internacional privado que “inicio de la aplicación” del reglamento en el tiempo. Esta confusión, -producto de un conocimiento parco, premioso, ligero y frívolo del Derecho internacional privado, en suma, de un estudio insuficiente del mismo y de un preocupante diletantismo que causa no pocos daños intelectuales-, es, por desgracia, frecuente. Así se puede leer en algún *blog* publicado por ciertos operadores jurídicos no sofisticados cuyos conocimientos de Derecho internacional privado son limitados³⁰.

80. (c) Tampoco es correcto afirmar, como ha sostenido más de un comentarista jurídico, que la cláusula de “rechazo de plano a la aplicación de una Ley extranjera”, -que opera cuando una Ley estatal no contempla el divorcio-, es una especificación o especie particular del “orden público internacional”. El art. 10 del Reglamento Roma III y el art. 12 del mismo cuerpo legal son preceptos que siguen métodos muy diferentes, persiguen objetivos muy distintos y funcionan de manera totalmente dispar³¹. En realidad, la cláusula de rechazo de plano de la aplicación del Derecho extranjero trata, precisamente, de evitar el recurso al orden público internacional por la carga política que éste representa y por la complejidad técnica de su operativa, que exige un control “caso por caso” previo a su intervención. No detectar estas diferencias supone no haber comprendido ni el objetivo del orden público internacional ni su funcionamiento técnico, lo que no es un error pequeño.

81. (d) De mismo modo, al socaire de la STJUE 16 julio 2020, C-249/19, *JE vs. KF*, es incorrecto afirmar que los cónyuges carecen de acción para instar un divorcio porque el Derecho rumano no recoge un procedimiento de divorcio en sus normas procesales³². Confundir la falta de procedimiento con la falta de acción constituye un error infantil, lamentable consecuencia de la falta de estudio y de la carencia de una correcta estructura dogmática propia del Derecho internacional privado. Hay “acción”, naturalmente que sí. Lo que no existe, en el caso objeto de la sentencia citada, es un “procedimiento”, un cauce procedimental diseñado por el legislador rumano³³. Tomar acción por procedimiento y viceversa es confundir la velocidad con el tocino.

82. (e) Tampoco es correcto afirmar, como ha indicado algún autor, que el art. 4.1.a) y art. 4.2 del Reglamento Roma I, -y antes el art. 4.2 del Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 junio 1980-, remiten a la ley del país en cuyo territorio se debe ejecutar la prestación característica, pues es claro que tales preceptos remiten a la Ley del país donde tiene su residencia habitual la parte que debe efectuar tal prestación³⁴. Es el lugar del domicilio del prestador característico y

³⁰ Puede apreciarse, en efecto, así, en algún *blog amateur* de Derecho internacional privado: “[c]omo comentaba en este *blog*, en los últimos días, la entrada en vigor del Reglamento 650/2012 está prevista para el 17 de agosto de 2015. Hay que valorar positivamente el hecho de que el Legislador Europeo, a diferencia de lo que sucede con las normas españolas, haya tenido el buen gusto de establecer un amplio periodo de tiempo para que los juristas y la sociedad puedan adaptarse a la realidad que impone la nueva normativa europea, antes de que ésta sea plenamente aplicable”. La lamentable confusión del autor de este párrafo, -al que intencionadamente no se cita aquí-, salta a la vista. El citado Reglamento 650/2012 entró en vigor, íntegramente, el 17 agosto 2012, esto es, a los veinte días de su publicación en el DOUE (art. 84 *in primis* RES). Desde ese momento, todas sus disposiciones legales constituyen, pues, Derecho positivo vigente en la UE. Diferente es la fecha del inicio en su aplicación: en efecto, el reglamento citado sólo resulta aplicable a partir del 17 agosto 2015, excepto los arts. 77 y 78, que son aplicables a partir del 16 enero 2014, y los arts. 79, 80 y 81, que son aplicables a partir del 5 julio 2012, tema muy bien expuesto por A. DAVÌ / A. ZANOBBETTI, “Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell’Unione europea”, *CDT*, vol. 5-II, 2013; P. FRANZINA, «Art. 84», en A.-L. CALVO CARAVACA / A. DAVÌ / H.-P. MANSEL (Eds.), *The EU Succession Regulation: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, pp. 864-866.

³¹ Reglamento (UE) N. 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (DOUE L 343 de 29 diciembre 2010), conocido como “Reglamento Roma III”.

³² STJUE 16 julio 2020, C-249/19, *JE vs. KF* [ECLI:EU:C:2020:570].

³³ Esta sentencia ha sido anotada por L. IDOT, “Règlement «Rome III» - Loi applicable au divorce et loi du for”, *Europe 2020*, n° 10 octubre, Comm. 325 y también, mucho más modestamente, por J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Somos rumanos y nos divorciamos en Rumanía pero la Ley aplicable a nuestro divorcio es la Ley italiana. ¡Cosas de la vida!” en <http://accursio.com/blog/?p=1193>, 27 septiembre 2020.

³⁴ Así puede leerse en un texto publicado en los años ochenta del pasado siglo: “a falta de voluntad expresa, dice en su artículo 4 que se aplicará la ley del lugar en que deba realizarse la «prestación característica», acompañado de unas

no el lugar de ejecución de la prestación característica, el punto de conexión de esa norma de conflicto. Tras este error no sólo se esconde una falta de atención, -que sería lo de menos, pues todos los seres humanos cometemos errores-, sino que late una falta de comprensión de la *ratio* del hoy art. 4.2 Reglamento Roma I: a los ojos del legislador europeo, la sede del prestador característico presenta un peso conflictual mayor que el lugar de ejecución de las obligaciones contractuales.

83. (f) Tampoco es correcto afirmar, como hace algún autor del norte de España, que “*se interpone la acción*”. La acción se ejercita y la demanda se presenta o se interpone. Son cuestiones muy diferentes. La confusión de estas realidades denota una pavorosa carencia dogmática y esparce la semilla de la ignorancia en todos los lectores que tienen la mala fortuna de poner sus ojos en el trabajo que contiene estos errores.

84. (g) Otro error muy común es carecer del aparato procesal indispensable que todo privatista debe poseer. Algunos autores no saben lo que es el “objeto procesal” del litigio y simplifican sus afirmaciones hasta el extremo, lo que produce daños irreversibles en cerebro del lector. Así, afirmar que el TS “*ha derogado*” la Instrucción de la DGRN 5 octubre 2010 mediante su famosa STS 6 febrero 2014 constituye un disparate, puesto que el objeto procesal del caso fallado por el TS no tenía nada que ver con la vigencia o validez de la citada instrucción. El TS sólo decidió lo que era el objeto procesal del debate en dicho recurso de casación, esto es, los efectos en España de una filiación tras el nacimiento de unos menores en California mediante gestación por sustitución³⁵. Visto que el litigio no versaba sobre la vigencia o no de la instrucción DGRN aludida, era imposible que el TS se pronunciara sobre dicha cuestión. La instrucción de 5 octubre 2010 siguió en pleno vigor tras la sentencia del TS y hoy día se aplica sin obstáculo alguno.

85. (h) Otros juristas confunden “validez” con “efectos jurídicos”. Craso error, sí, craso error. En efecto, algunos autores han afirmado que el poder de representación es un acto jurídico esencialmente formal, de modo que sólo son válidos si constan en documento público. Ello no es así. Los poderes de representación contemplados por el art. 1280 CC, y en particular, los poderes “*que tengan por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública*”, son perfectamente válidos y obligan a las partes afectadas ya consten en documento público o privado. Otra cosa es que si no constan en escritura pública no podrán ser empleados para adquirir, por ejemplo, un bien inmueble mediante una escritura pública de compraventa. En tal caso, el poder es válido pero no puede ser empleado cuando se trata, por ejemplo, de elevar a escritura pública una venta privada realizada mediante dicho poder.

D) Respeto del sistema de fuentes del Derecho y de la jerarquía normativa

86. Es esencial que un escrito jurídico respire un respeto máximo por el sistema de fuentes formales y de la jerarquía normativa del ordenamiento jurídico europeo y español. Como expuso hace ya muchos años J. CASTÁN TOBEÑAS, el operador jurídico, -juez incluido, naturalmente-, debe rechazar la aplicación de las normas jurídicas vigentes que son contrarias a la Constitución y a otras normas de rango jerárquico superior, como es obvio³⁶. En particular, para el Derecho internacional privado es importante resaltar que la buena dogmática exige no aplicar normas de Derecho nacional de producción interna que resultan contrarias a las recogidas en convenios internacionales firmados por España (art. 96 CE 1978) y a las normas del Derecho internacional privado europeo. En particular debe señalarse lo siguiente.

presunciones generales, unas presunciones especiales y los supuestos de exclusión de tales presunciones (...)”. Esta afirmación es, simplemente, un error producto de una escasa atención al contenido y sentido del art. 4 CR 1980, en el comentario de la STJCE 15 enero 1987, 266/85, *Shenavai vs. Kreischer, Recopilación*, 1987, pp. 239-258 [ECLI:EU:C:1987:11].

³⁵ STS 6 febrero 2014 [ECLI:ES:TS:2014:247].

³⁶ J. CASTÁN TOBEÑAS, “La actividad modificativa o correctora en la interpretación e investigación del Derecho”, conferencia pronunciada en la universidad de Murcia el 20 mayo 1946 (texto en <https://digitum.um.es/digitum/bitstream/10201/25519/1/N%2026%20%20La%20actividad%20modificativa...pdf>), pp. 676-708.

87. En primer lugar, no deben citarse normas derogadas y menos aun basar en las mismas propuestas de soluciones jurídicas. Es éste un error gravísimo: la norma derogada no existe. En este sentido, todo estudioso del Derecho internacional privado debe ser positivista-legalista. Todo lo que se argumente sobre la base de dicha norma es incorrecto, inaceptable, vano e inútil, porque dicha norma, en realidad, ya ha perdido su cualidad de “norma jurídica vigente”. Ya no es Derecho positivo. Ya no es obligatoria.

88. En segundo término, no debe confundirse el Derecho español y el Derecho europeo, como ha hecho algún autor³⁷. Ambos constituyen ordenamientos jurídicos diferentes que se relacionan a partir del principio de competencia y de primacía del Derecho europeo sobre el Derecho español. Así, una Directiva europea no es Derecho español, sino Derecho europeo vigente y aplicable en España. Los valores jurídicos europeos e internacionales deben prevalecer sobre los valores exclusivamente españoles, lo que reviste una importancia capital en la argumentación jurídica, expone J.-S. BERGÉ³⁸.

89. En tercer lugar, no debe olvidarse que los convenios internacionales firmados y ratificados y por España, una vez publicados oficialmente en España, son parte del Derecho español. No son “otro ordenamiento jurídico”. Así, escribir que “*la falta de concordancia entre la normativa española aplicable a los menores extranjeros no acompañados y la Convención de los Derechos del Niño*”, es un dislate de proporciones cósmicas, pues la citada Convención es parte del Derecho español, es parte de la normativa española, tanto como lo es el Código civil. Lo correcto habría sido aludir, simplemente, a “*la falta de concordancia entre la normativa española de producción interna aplicable a los menores extranjeros no acompañados y la Convención de los Derechos del Niño*”.

90. En cuarto lugar, no deben citarse como base de la argumentación jurídica elementos, normativas, reglas y cuerpos legales no vigentes en España. Leyes extranjeras, normas derogadas, como se ha dicho antes, proyectos de Ley, propuestas de la doctrina, y demás materiales no son Derecho vigente en España. Tan sólo deben citarse y emplearse como elementos de apoyo de una solución sí fundada en Derecho, meros elementos *ad adjuvandum*.

E) Observancia de los concretos métodos de interpretación del ordenamiento jurídico

91. El Derecho internacional privado emplea un lenguaje propio, sofisticado si se quiere, que exige respetar pautas y cánones interpretativos exactos, indica M.G. PUDER³⁹. A tal efecto, debe distinguirse entre Derecho internacional privado español, -sujeto a los criterios intelectivos del art. 3 CC-, y Derecho internacional privado europeo, -sometido a los cánones hermenéuticos propios del Derecho de la Unión Europea-. Proyectar el art. 3 CC al Derecho europeo constituye un error de proporciones ciclópeas como con toda corrección explica L. DE LIMA PINHEIRO⁴⁰.

³⁷ Es el caso de J.M. ESPINAR VICENTE, “De lo tradicional y de lo nuevo en el Derecho Internacional Privado contemporáneo”, *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz = Vitoria-Gasteizko nazioarteko zuzenbide eta nazioarteko herremanen ikastaroak*, n. 1, 2011, pp. 273-322, esp. p. 304: “Al estudiar las fuentes del sistema español de Derecho internacional privado, por ejemplo, se pone de relieve cómo nuestro Ordenamiento jurídico se nutre de disposiciones procedentes de tres principales instrumentos de producción normativos: el institucional o comunitario europeo, el internacional o convenido con otros Estados y el autónomo o interno. Los tres dibujan un mapa de contornos definidos que se corresponden con los cuatro escenarios que hemos descrito en otros trabajos... (...) Los tres actúan en sus respectivos medios de ambientación de forma adaptada a su conformación y caracteres, pero se influyen recíprocamente y requieren de procesos de aplicación distintos, lo que a veces dibuja un panorama confuso...”.

³⁸ J.-S. BERGÉ, “De la hiérarchie des normes au droit hiérarchisé: figures pratiques de l’application du droit à différents niveaux”, *JDI Clunet*, 2013, núm. 1, pp. 3-25.

³⁹ M.G. PUDER, “Law and Language in Action”, *RabelsZ*, 2020, n.2, vol. 84, pp. 228-263.

⁴⁰ L. DE LIMA PINHEIRO, “A interpretação no direito internacional privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2020, n.2, vol. 11, pp. 496-509.

F) Atención a la finalidad y a los principios inspiradores de las normas

92. Un estudio de Derecho internacional privado debe siempre tener muy presente la *ratio* de la ley, la finalidad que motiva la existencia misma de las normas. La *ratio* de la Ley es el corazón de la ley, mientras que el texto de la ley es su cuerpo. Es la *ratio* de la Ley la que da vida al texto legal.

93. Con frecuencia, una norma jurídica de Derecho internacional privado español o europeo puede ser interpretada de maneras diferentes. Pues bien, ante una disyuntiva de interpretación, la norma debe ser leída con arreglo al principio jurídico que la inspira. Así, por ejemplo, el art. 45 RB I-bis (motivos de denegación del reconocimiento de decisiones judiciales en materia civil y mercantil en la UE) debe interpretarse en sintonía con el principio de libre circulación de decisiones en la Unión Europea. El art. 9.4 CC (Ley aplicable a la filiación) debe ser interpretado del modo más favorable al establecimiento de la filiación y al interés del menor. El art. 49 CC (Ley aplicable a la forma de celebración del matrimonio) debe leerse en el sentido más propicio a la validez del matrimonio en Derecho español (*favor matrimonii* y *jus connubii*).

94. En definitiva, la dogmática jurídica ocupa el lugar más elevado en el trono de la argumentación jurídica. Sólo el sujeto que es capaz de sumergirse y practicar el pensamiento abstracto puede razonar jurídicamente en relación con cuestiones concretas. El desprecio actual hacia este tipo de pensamiento, la desconsideración hacia la dogmática jurídica, -por desgracia, una tendencia muy extendida, como expone G. QUINTERO OLIVARES-, produce monstruos infantiles. Genera individuos que no pueden pensar teóricamente, incapaces para el pensamiento abstracto, y que, por ello, no son capaces de tener y sostener opiniones propias sobre las cuestiones más importantes que afectan a la sociedad y a las personas⁴¹.

4. Carácter jurídico de los argumentos

A) Los argumentos extra jurídicos no presentan peso argumentativo en Derecho

95. Argumentos sociales, políticos, morales, personales, emocionales y demás no son argumentos jurídicos. Los argumentos empleados en el debate jurídico deben ser argumentos jurídicos. Esta frase no es una tautología. Los argumentos jurídicos son aquéllos que se encuentran en textos legales o en la llamada, por A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, jurisprudencia normativa⁴². Los argumentos no recogidos en textos legales son argumentos no jurídicos. Un argumento no jurídico se halla fuera del “sistema jurídico del razonamiento”. Tiene poco peso o ninguno en la argumentación jurídica. Los argumentos decisionistas, -esto es, los argumentos que deciden una controversia o problema jurídico mediante una solución basada en la sola y exclusiva voluntad de una persona-, no son jurídicos.

Así, por ejemplo, afirmar que los contratos internacionales se rigen por la Ley del país de su celebración porque ésa es la tradición española constituye una afirmación basada en hábitos pasados, pero hoy día es una idea carente de apoyo en norma jurídica alguna. Antes al contrario, los arts. 3 y 4 del Reglamento Roma I ofrecen una solución totalmente distinta que no tiene nada que ver con la Ley del país de celebración del contrato. Del mismo modo, y como antes se ha indicado, afirmar que la Ley que regula los contratos internacionales en virtud del art. 4.2 del Convenio de Roma de 19 junio 1980 y actual art. 4.2 del Reglamento Roma I es la ley del país donde debe realizarse la prestación característica constituye un error palmario.

⁴¹ G. QUINTERO OLIVARES, *La enseñanza del Derecho en la encrucijada (Derecho académico, docencia universitaria y mundo profesional)*, Cuadernos Civitas, Thompson Reuters, Madrid, 2010, p. 29.

⁴² A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La jurisprudencia normativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Reglamento Bruselas I-bis”, en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (directores), “El tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Derecho internacional privado”, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2021, pp. 31-57.

Por otra parte, sostener que el contrato de trabajo internacional se regula por la Ley del país donde está domiciliado el trabajador porque “es lo que favorece al trabajador”, porque “es lo justo”, porque “es democrático”, es una afirmación que no tiene soporte legal alguno, ninguna norma jurídica vigente así lo indica. La norma de conflicto aplicable, el art. 8 del Reglamento Roma I, ofrece soluciones muy distintas: Ley elegida por las partes en ciertas condiciones y en su defecto, Ley del país de prestación de los servicios laborales si éstos se ejecutan en un solo país.

B) El decisionismo jurídico: un enemigo a batir

96. El decisionismo jurídico constituye, en esta línea, un modo incorrecto de argumentar en Derecho⁴³. Se trata de una corriente muy antigua que afirma que la Justicia radica en la “intuición de lo justo” que posee todo juez. El juez, primero, resuelve la cuestión, y luego, y sólo luego, la motiva jurídicamente. Sólo luego busca un caparazón legal a su decisión privada y particular, a su conveniencia. Sin embargo, la decisión ya está tomada, por lo que puede decirse que las leyes no determinan el resultado final. Las leyes se pueden modular. Para los decisionistas, la “intuición de lo justo” o “sentido de Justicia subjetivo del juez” está por encima de la Ley. El decisionismo jurídico, también llamado “tesis del procedimiento inverso”, no es un proceder jurídico, no se apoya en argumentos jurídicos. Su peso en el debate jurídico es escaso. Tan sólo es aparente, -pues alude a argumentos legales-, pero no es real, ya que la decisión se basa, en realidad, en la voluntad del juez o del operador jurídico en general. Este proceder es antijurídico porque descansa en la arbitrariedad, prohibida de modo radical por el art. 9.3 CE 1978.

97. En Derecho internacional privado un precedente célebre de este modo de operar, del decisionismo, se encuentra en la muy conocida forma de resolver problemas jurídicos propia del gran BARTHOLO DE SASSOFERRATO: este inmarcesible jurista italiano empleaba su intuición jurídica y resolvía, primero, el caso: daba la solución al mismo⁴⁴. Posteriormente ordenaba a sus colaboradores, -normalmente a su inefable pasante TIGRINUS-, que justificaran tal solución en citas del *Corpus Juris Civilis*. Hoy día, muchos jueces siguen operando así, como hacía el gran BARTHOLO DE SASSOFERRATO, a través de un puro decisionismo jurídico⁴⁵. Primero deciden lo que a ellos les parece justo. Después buscan una norma o un principio jurídico para apoyar la decisión previamente adoptada.

98. La tesis del decisionismo jurídico ha estado presente en las propuestas de ciertos “revolucionarios norteamericanos” del pasado siglo, como D.F. CAVERS: el juez debe resolver el caso y posteriormente, elegir la “Ley material estatal” que permite justificar dicho resultado material. Esta “justicia del caso concreto” es la llamada, por D.J. EVRIGENIS, la “Justicia del Cadi”. Y es un decisionismo que debe ser rechazado, porque propicia la arbitrariedad, perjudica la “seguridad jurídica” y corrompe la “previsibilidad de soluciones”. Como subraya este autor, “*llevada a sus últimas consecuencias, la tesis de CAVERS sería una ‘justicia a posteriori’*. Se identificaría con una especie de ‘juicio del cadí’, es decir con una justicia del caso concreto, con una institución fundada casi totalmente sobre una presunta sabiduría individual del juez difícil de controlar y todavía más difícilmente susceptible de previsión. Ahora bien, la Justicia del cadí puede ser justicia. En cualquier caso, no es derecho”⁴⁶. Además, esta “justicia del cadí” es, realmente, una “pseudo-justicia” que no está avalada democráticamente, como

⁴³ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado y dogmática jurídica*, Editorial Comares, Colección “Ciencia Jurídica y Derecho Internacional”, Granada, 2021, pp. 209-219.

⁴⁴ A. NIETO, *El arbitrio judicial*, Ariel Derecho, Barcelona, 2000, p. 131, nota [27].

⁴⁵ J.L. LACRUZ BERDEJO Y OTROS, *Parte General del Derecho Civil*, Ed. Bosch, 1988, p. 261.

⁴⁶ D.J. EVRIGENIS, «Tendances doctrinales actuelles en droit international privé», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, vol.118, 1966, pp. 313-432, esp. pp. 343-344: «*Poussée jusqu'à ses conséquences extrêmes, la thèse de Cavers serait une justice à posteriori. Elle s'identifierait à une sorte de jugement de 'cadi', c'est-à-dire à une justice d'espèces, à une institution fondée presque totalement sur une sagesse individuelle présumée du juge difficile à contrôler et encore plus difficilement susceptible de prévision. Or, la justice de cadí peut bien être une 'justice'. Elle n'est pas, en tout cas, du 'droit'*”.

certemente apunta P.H. NEUHAUS⁴⁷. Por último, como recuerda P. LALIVE, el sistema jurídico de Derecho internacional privado reposa sobre las leyes o sobre las “reglas”, no sobre el decisionismo judicial⁴⁸.

C) El lugar donde se encuentran los argumentos jurídicos.

99. Los argumentos jurídicos se extraen de normas legales vigentes y aplicables y, en su defecto, de la jurisprudencia europea y española aplicable al caso. De ese modo, deben eliminarse del debate todas las normas que no están en vigor, las normas derogadas, así como las que resultan inaplicables por existir otras normas vigentes que se pronuncian en sentido contrario que disponen de mayor jerarquía normativa o de preferente aplicación, y las normas no jurídicas y las normas extranjeras que no resulten aplicables. Además, las normas jurídicas deben ser leídas correctamente con los criterios del art. 3 CC para el Derecho español y los criterios hermenéuticos del Derecho europeo para el Derecho de la Unión Europea. Para eso, los instrumentos de la dogmática jurídica, los conceptos jurídicos, las instituciones jurídicas, la lógica jurídica, son elementos que operan, otra vez, como herramientas esenciales.

5. Finura de análisis jurídico y Derecho internacional privado

A) La *ratio legis* y la intuición jurídica de lo correcto

100. En la argumentación jurídica no hay reglas apodícticas o algebraicas. En la argumentación jurídica prevalece la solución más convincente, no la solución matemáticamente correcta, porque tal solución no existe en Derecho. Deben emplearse, siempre, argumentos jurídicos en los que se funda tal “proceso de convicción”, no argumentos sociológicos, morales, económicos, etc. Una propuesta de interpretación de una norma o una concreta solución jurídica debe apoyarse en argumentos jurídicos. La pureza metodológica de la argumentación jurídica es un elemento esencial de todo trabajo en Derecho.

101. Hallar el argumento definitivo es cuestión de tener “tacto jurídico”, “*finezza giuridica*”, de poseer la “intuición jurídica de lo correcto”. La dogmática jurídica no es útil para hallar el argumento definitivo, el mejor argumento, el argumento que convence. Esa intuición jurídica para encontrar el argumento más convincente se presenta, por el contrario, antes de que afloren los argumentos legales: se trata de “percibir cómo debe solventarse un problema antes de consultar textos legales”⁴⁹. Es la *phrónesis*, el correcto juicio, es el *esprit de finesse*, es la *prudencia juris* de ARISTÓTELES, es el *bon sens*, el *common sense*.

102. En sus análisis científicos, los geómetras, matemáticos y científicos en general carecen de “finura de análisis” porque no ven más allá de los argumentos lógicos y de los datos de hecho. Medir la distancia entre la Tierra y la Luna es una operación física y matemática que no exige mayor finura, intuición o percepción intelectual que la de poseer un buen instrumental y anotar, sin errores, los datos en un papel. Pues bien, lo que ocurre es que tales argumentos lógico-científicos no sirven para solventar de un modo completo los problemas jurídicos. No son suficientes. Las máquinas informáticas de Derecho no son útiles porque no aprecian matices, no saben improvisar ni disponen de tacto retórico alguno y, por tanto, no resuelven correctamente los problemas jurídicos.

⁴⁷ P.H. NEUHAUS, “Legal Certainty Versus Equity in the Conflict of Laws”, *Law and Contemporary Problems*, 1963, núm.20, pp. 795-807, esp. p. 802: “the judge must be guided by generally recognized standards capable of rational cognition. This is the essential difference between a democratic legal order and so-called Khadi justice which decides individual cases in accordance with the judge’s sense of equity and without reliance on any objective standards”.

⁴⁸ P. LALIVE, «Tendances et méthodes en droit international privé (Cours général)», *Recueil des Cours de l’Académie de Droit international de La Haye*, 1977, vol.155, pp. 1-424, esp. p. 336: «dans un système juridique qui ne repose pas sur le ‘decisionisme judiciaire, mais sur les lois...».

⁴⁹ Las tradicionales cinco habilidades del orador para convencer son *inventio*, *dispositio*, *elocutio*, *memoria* y *pronuntiatio*, como bien se describen en <http://blancaarvizu.blogspot.com.es/2010/01/el-arbol-retorico-inventiodispositio.html>.

103. El jurista fino, el buen jurista, el jurista brillante es aquél capaz de sobrepasar el sentido literal del texto para hallar la *ratio legis* y, con ella, resolver el problema de una manera razonable. Se trata de poner en práctica la capacidad de juicio, la cualidad intelectual, la virtud dianoética o virtud intelectual como facultad cognitiva. El jurista no debe olvidar que el Derecho se aplica al caso concreto y que los razonamientos que se agotan en pensamientos abstractos, -típicos del saber científico-, son inapropiados en Derecho si se emplean de modo exclusivo. En tal caso, sería un Derecho de geómetras, de computadoras, un Derecho anticasuístico, muy propio de ciertos juristas teóricos que en toda su vida no han visto, -y mucho menos han resuelto-, un caso jurídico en la vida real.

104. El detalle de la regulación legal no puede ni debe ocultar la *ratio legis*. Ahí está la clave: para argumentar bien en Derecho internacional privado es preciso razonar hacia abajo, -con atención al caso concreto y a sus circunstancias-, pero con los ojos que miran arriba, -siempre con la vista puesta en la *ratio legis*-. Por eso llevaba toda la razón el insigne jurista romano CELSO cuando dejó escrito que “*saber las leyes no es conocer sus palabras, sino su espíritu y su fuerza*”, esto es, su finalidad, el por qué y para qué existe esa norma, la *ratio legis* (“*scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem*”)⁵⁰. Emplear las razones que justifican la existencia de la norma y lo que ésta persigue es la clave del buen razonamiento jurídico. El buen jurista debe, por tanto, como expone con sofisticada brillantez M. GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, “*disponer de esa sensibilidad que nos permite mantener el contacto con la base de sentido común de cualquier regulación y al mismo tiempo captar las peculiares exigencias del caso concreto, que es lo que nos hace precisamente aplicar esa regulación correcta o razonablemente*”⁵¹.

105. En este sentido, el buen jurista de Derecho internacional privado debe operar mediante explicaciones fenomenológicas. Debe actuar mediante una intuición que refleja su “perfección en el mirar”, esto es, saber disponer adecuadamente su espíritu para captar cada tipo de realidad en lo que tiene de propia.

Los hechos y las normas jurídicas también son realidades contingentes. Los códigos y las leyes pueden cambiar, las normas de conflicto pueden sustituir un punto de conexión por otro. El art. 9.4 CC antes empleaba el punto de conexión “nacionalidad del hijo” y hoy utiliza el punto de conexión “residencia habitual del hijo”. En el art. 10.5 CC existe espacio para aplicar la ley del lugar de celebración del contrato, un residuo medieval, mientras que los arts. 3 y 4 del Reglamento Roma I no aluden en ningún momento a dicho punto de conexión⁵². Los casos de filiación del siglo XIX son muy distintos a los que surgen en la tercera década del siglo XXI, en los que la gestación por sustitución y la ingeniería genética reinan y gobiernan. Los contratos internacionales que se firman hoy día poco tienen que ver con los que se cerraban, con extrema frecuencia, en ferias, mercados y puertos en el siglo XIX.

Por el contrario, las esencias son las realidades necesarias. El jurista fenomenólogo capta lo esencial. Capta el significado último y radical, el sentido profundo de las normas jurídicas. La intuición en la que se hace presente lo universal, lo esencial, recibe el nombre de “intuición eidética”, en palabras de EDMUND HUSSERL, y se aplica al mundo jurídico con sorprendente eficacia y elegancia intelectual y, en el ámbito del Derecho internacional privado se proyecta con gran impacto, indica S. VRELLIS⁵³.

⁵⁰ CELSO. Digesto 1.3.17, *De legibus*.

⁵¹ M. GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, *Cómo hacer dictámenes (ensayo sobre la formación del jurista)*, Colegio Notarial de Madrid, 2007, pp. 86-87.

⁵² Vid. M. VIRGÓS SORIANO, “Obligaciones contractuales” en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado, parte especial*, 6ª ed. rev., Eurolex, Madrid, 1995, pp. 143-208; ID., *Lugar de celebración y de ejecución en la contratación internacional*, Madrid, Tecnos, 1989; ID., “Art. 10.5 Cc.”, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales (dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart)*, 2ª ed., tomo I, vol.3º, Ed.Revista de Derecho privado, Madrid, 1995, pp. 609-694; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La ley aplicable a los contratos internacionales. Jacobo de las Leyes y la ley del lugar de celebración del contrato”, en JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ / MARIA ASUNCION CEBRIÁN SALVAT / ISABEL LORENTE MARTINEZ, *Libro homenaje al inmarcesible jurista Jacobo de las Leyes. Un jurista del siglo XXI en la época de las Partidas*, Dykinson, S.L. Madrid, 2023, pp. 245-328; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La Ley aplicable a los contratos internacionales en la historia de los conflictos de leyes”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, 2023-1, pp. 161-221.

⁵³ S. VRELLIS, «Conflict ou coordination de valeurs en droit international privé. A la recherche de la justice», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 2007, vol. 328, pp. 175-486, esp. pp. 480-482.

Así, por ejemplo, un buen jurista que opera en el Derecho internacional privado no puede ni debe olvidar que, en el sector de los contratos individuales de trabajo, es preciso tener presentes todos los datos del caso concreto y razonar a partir del principio de protección al trabajador, individuo que se encuentra en posición de debilidad contractual respecto del empresario. Así se deduce de la sección 5 del capítulo II del Reglamento Bruselas I-bis y del art. 8 del Reglamento Roma I⁵⁴. Sólo así podrá alcanzar un resultado bien fundamentado en Derecho internacional privado.

Del mismo modo, lo esencial en un supuesto internacional de filiación gira siempre entorno al interés del menor. La norma de conflicto aplicable, sea la que sea, persigue dicho objetivo, cualesquiera que fueran los datos del caso concreto.

B) Rechazo de la aritmética jurídica, del Derecho libre y del relativismo jurídico.

106. El debate jurídico en Derecho no es un debate libérrimo. No todo vale y no todos los argumentos pesan y cuentan lo mismo. Unos tienen mayor peso que otros. Por otro lado, el Derecho no es un saber irracional. Es un proceso de conocimiento sometido a la razón porque, precisamente, se impone el argumento más razonable. El saber jurídico es argumentativo y aporético, no apodíctico. En consecuencia, no debe caerse en el falso relativismo que afirma que “todos tienen razón” o que “todos los argumentos son válidos y presentan el mismo alcance”. En Derecho hay argumentos mejores y argumentos peores. Argumentos más sólidos y argumentos menos sólidos. El relativismo total, por otro lado, impide todo debate, porque si se acepta, resulta imposible convencer al adversario de lo razonable de una solución jurídica y resulta también imposible llegar a una conclusión, a una propuesta concreta de solución⁵⁵.

C) Razonar dentro del sistema legal

107. Las respuestas jurídicas nunca son definitivas pero sí son razonables. La respuesta que proporciona el jurista es siempre una respuesta aporética, una respuesta argumentada pero no definitiva ni decisoria. No es el resultado de una fórmula matemática ni de una medición en centímetros. La respuesta mejor es la más razonable, pero no deja de ser una opción entre varias opciones para resolver un problema jurídico. Por eso los juristas ingleses, con toda razón, se refieren al dictamen jurídico como “*Legal Opinion*”, -una “opinión en Derecho”-, y los juristas italianos, también de modo muy adecuado, hablan de un “*parere legale*”, -un “parecer” en Derecho”-.

108. Razonar siempre dentro del sistema legal es una premisa suprema en toda argumentación y escrito de Derecho internacional privado. La dogmática jurídica del Derecho internacional privado se muestra decididamente aporética, argumentativa y volcada en la justicia de los casos concretos. Para ello, ha incorporado a su arsenal de recursos cognitivos una serie de sofisticados mecanismos legales para que la solución alcanzada sea justa en términos constitucionales y europeos. Ahora bien, la dogmática del Derecho internacional privado resuelve los problemas jurídicos en el más escrupuloso respeto de las reglas jurídicas, sin recurrir a herramientas situadas fuera del sistema legal. La dogmática argumentativa es un arte, es el arte de saber Derecho de verdad, el arte de saber conjugar seguridad jurídica y jus-

⁵⁴ Vid. Cons. (18) RB I-bis: “En lo que atañe a los contratos de seguro, los contratos celebrados por los consumidores o los contratos de trabajo, debe protegerse a la parte más débil mediante normas de competencia más favorables a sus intereses de lo que disponen las normas generales”. Cons. (35) RR-I: “Los trabajadores no deben verse privados de la protección que les proporcionen disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo o que solo puedan excluirse en su beneficio”. Cons. (36) RR-I: “Por lo que respecta a los contratos individuales de trabajo, la realización del trabajo en otro país se considera temporal cuando se supone que el trabajador va a reanudar su trabajo en el país de origen tras realizar su tarea en el extranjero. La celebración de un nuevo contrato de trabajo con el empleador original o con un empleador que pertenezca al mismo grupo de empresas que el empleador originario no debe excluir que se considere que el trabajador realiza su trabajo en otro país de manera temporal”.

⁵⁵ M. GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, *Cómo hacer dictámenes (ensayo sobre la formación del jurista)*, Colegio Notarial de Madrid, 2007, p. 149.

ticia en el resultado, el arte del debate jurídico abierto y no absoluto. La dogmática jurídica del Derecho internacional privado es, por ello, elegante en sí misma y útil a la vez. Eficiente y bella al mismo tiempo.

D) Los mejores argumentos para lograr una victoria en el debate jurídico

109. Los mejores argumentos para lograr una victoria en el debate jurídico son los que ya están en la mente del receptor. Se trata de convencer. Y convencer no es derrotar sino “vencer-con” alguien. Para “con-vencer”, en efecto, son de extrema utilidad las “ideas generales”. Son esas “ideas compartidas” de las que hablaba Ch. PERELMAN, muchas de ellas concentradas en forma de brocardos, adagios, tópicos y máximas del Derecho⁵⁶.

110. En primer lugar, cabe observar que los brocardos, tópicos y soluciones de mayor peso argumentativo son aquéllas que se encuentran en la Constitución como subrayase L. Díez-PICAZO⁵⁷. Ello es así porque tales máximas legales tienen la legitimidad jurídica de la más alta norma jurídica del ordenamiento y porque poseen, también, una legitimidad democrática global y directa, pues han sido votados y aprobados por la sociedad.

Así lo admite expresamente el art. 5.1 LOPJ. Como recuerdan con insistencia los especialistas de la “interpretación jurídica orientada a la Constitución”, el Tribunal Constitucional español ha dejado claro (*ad ex*. STC 8 abril 1981) que “antes de declarar la inconstitucionalidad [de una norma jurídica positiva], deberían agotarse todas las posibilidades para interpretar una norma de modo acorde a la Constitución (...). La Constitución actúa como parámetro, como contexto hermenéutico necesario (...) como orientación general para la interpretación de todas las normas que integran el ordenamiento”⁵⁸. En suma, estos tópicos jurídicos constitucionales con los auténticos “radicales de Justicia” en el debate jurídico, pues cuentan con un soporte democrático y la más alta jerarquía normativa en Derecho español. Ello implica también al Derecho internacional privado, pues como afirmase P.H. NEUHAUS, la Constitución exige del Derecho internacional privado una “justicia material”⁵⁹. De este modo, principios, tópicos, máximas y brocardos jurídicos que se encuentran en la Constitución disponen de una fuerza vital de primer orden en el debate jurídico de Derecho internacional privado: protección del menor, defensa de la familia, verdad biológica de la filiación, función social de la propiedad, *audiatur altera pars*, derecho a la herencia, y muchos más son “concentrados de Justicia” de enorme peso argumentativo.

111. En segundo lugar, también disponen de una fuerza singular en la argumentación jurídica los brocardos y principios jurídicos que se hallan recogidos en el Derecho de la Unión Europea y en particular, en el *corpus durus* legal formado por los Tratados constitutivos de la UE: defensa y protección de los trabajadores, de los consumidores, libre circulación de los factores productivos, lucha contra el monopolio comercial, libre circulación de personas, interés superior del menor, mutuo reconocimiento de sentencias y otras decisiones judiciales, etc. Son los radicales europeos de justicia, los puntos fuertes del Derecho europeo, fruto del acuerdo y del consenso democrático no sólo de los Estados miembros, sino también de la sociedad europea, de los ciudadanos de la Unión.

112. En tercer lugar, por otra parte, estos principios y brocardos se encuentran, también, además, con frecuencia, condensados en convenios internacionales firmados por España y por muchos otros países. Los principios y tópicos de nivel internacional poseen una especial fuerza de convencimiento porque son el crisol, precisamente, de lo que varios Estados y varias sociedades distintas asumen como propio. Ideas internacionalmente compartidas, soluciones justas aceptadas por muchos Estados

⁵⁶ CH. PERELMAN, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, trad. L. Díez-Picazo, 1ª reimpresión, Civitas, Madrid, 1998, p. 185.

⁵⁷ L. Díez-PICAZO, *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, 3ª ed, Ariel, Barcelona, 1993, pp. 291-292. También R. DOMINGO / B. RODRÍGUEZ-ANTOLÍN, *Reglas jurídicas y aforismos*, Aranzadi Ed., Pamplona, 2000, p. 32.

⁵⁸ J. DE LUCAS Y OTROS, *Introducción a la teoría del Derecho*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 295-296.

⁵⁹ P.H. NEUHAUS, “Neue Wege im europäischen internationalen Privatrechts?”, *RabelsZ*, 1971, pp. 401 ss., esp. 406.

del mundo constituyen ideas fuertes en los discursos de Derecho internacional privado. Un ejemplo poderoso es el principio del interés superior del niño contenido en el art. 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989⁶⁰. De igual modo muestra un potente peso argumentativo el principio de la presunción de validez del laudo arbitral extranjero que se extrae de los arts. 3 y 5 *in primis* del Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras hecho en Nueva York el 10 junio 1958⁶¹.

113. En suma, estos brocados, ideas, principios, *topoi*, que hunden sus raíces en la Constitución, en los Tratados europeos y en los convenios internacionales revisten una fuerza argumentativa de primer orden. Superior, sin duda, a los que sólo hallan cobijo en las leyes de un concreto Estado. Si el autor sustenta sus ideas, argumentos y propuestas en los valores recogidos en estos tres conjuntos normativos, tendrá éxito.

6. Subir de nivel. Cómo escribir artículos de Derecho internacional privado de alto impacto

A) La vida académica es competitiva y tiene sus propias reglas

114. La vida académica es dura. En primer lugar, la vida académica exige grandes cantidades de energía al académico profesional así como también le requiere incontables horas de estudio y trabajo durante toda su vida. En segundo lugar, la vida académica está sujeta a avatares políticos que escapan al control del académico profesional. Cuestiones tales como la organización universitaria, la convocatoria de plazas de profesor, la inexistente movilidad de los profesores en la Universidad española y demás datos y hechos totalmente imponderables pesan sobre la vida académica, como hace ya muchos años expuso J.L. GONZÁLEZ MONTES⁶². En tercer lugar, la vida académica es extraordinariamente competitiva.

115. Los juristas que se dedican al estudio y enseñanza del Derecho compiten entre sí de modo feroz y despiadado. Todos ellos tratan de demostrar que están en posesión de la verdad y que sus colegas, o al menos algunos de ellos, se equivocan. En este enfrentamiento académico existen “escuelas”. Las “escuelas” son grupos de profesores y autores que han sido adiestrados por un mismo mentor y que defienden posiciones similares en torno a las cuestiones más importantes y también más controvertidas del Derecho internacional privado. Los miembros de una determinada escuela se apoyan entre sí: se citan los unos a los otros, atacan juntos a los integrantes de otras escuelas y tratan de ganar cátedras universitarias para, así, copar el máximo número de las mismas en detrimento de los miembros de otras escuelas. Dicho contexto es peligroso, porque, con extrema frecuencia, los miembros de una escuela no citan, en sus estudios, los trabajos elaborados por profesores de otras escuelas, aunque sean trabajos relevantes. El objetivo es no beneficiar a los rivales. Ignorar al colega es, así, táctica muy extendida. Con ello, el factor de impacto de un buen trabajo de Derecho internacional privado puede verse muy diluido. Si los trabajos de un académico no son citados por sus colegas, parecerá que tales trabajos no existen, que es irrelevante o simplemente, que es deficiente y de baja calidad. Es famoso el caso de la doctoranda de Derecho internacional privado que, en los años noventa del pasado siglo, presentó una primera versión

⁶⁰ Artículo 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989 (BOE núm.313 de 31 diciembre 1990): “*1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*”.

⁶¹ Art. 3: “*Cada uno de los Estados contratantes reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada...*”. Art. 5 *in primis*: “*Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución...*”. *Vid.* Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras hecho en Nueva York el 10 junio 1958 (BOE núm.164 de 11 julio 1977).

⁶² J.L. GONZÁLEZ MONTES, “Problemas comunes de organización docente y de investigación en las Facultades de Derecho”, (ponencia) III Jornadas de Decanos de Facultades de Derecho, Zaragoza, 9/10 noviembre 1983.

de su tesis a su director, que, al abrirla, se la devolvió inmediatamente con las siguientes palabras: “*es inadmisible que la primera cita de esta tesis sea una cita de la obra de los profesores CALVO y CARRASCOSA*”.

116. En este contexto tan competitivo, sin embargo, no toda esperanza está perdida. Existe un secreto para lograr el éxito académico. Dicho secreto consiste en elevar la calidad del trabajo. Es, así, preciso que los trabajos de Derecho internacional privado sean óptimos, inmejorables, sólidos, irreprochables. De ese modo, el trabajo se vuelve imprescindible, de cita obligada para todos los que aborden el mismo tema. Como es natural, existe un riesgo muy elevado de que, a pesar de tratarse de un trabajo de alta calidad, los rivales académicos no lo citen. Eso no debe nunca desanimar al autor. Éste debe saber que existe un modo para triunfar y es éste: elevar la calidad del trabajo académico.

Un trabajo académico de alta calidad permitirá que autores sin filiación concreta en una escuela y autores extranjeros, -que no suelen estar integrados en una escuela española concreta-, citen el trabajo en cuestión con la mayor libertad. Por tanto, la solución contra la presión y el poder de los grupos de interés académico radica en elaborar trabajos jurídicos de alta calidad intrínseca. La calidad siempre triunfa, lleve más o menos tiempo o esfuerzo. En consecuencia, no es ya suficiente con que el trabajo aborde un tema interesante y que esté perfectamente fundamentado, argumentado y documentado. No basta. Es preciso subir de nivel. Buscar y alcanzar la excelencia académica. Ésa es la meta, ése es el objetivo.

2. Técnicas para aumentar el impacto académico de un trabajo de Derecho internacional privado

117. Se incluyen aquí algunas técnicas que pueden aumentar el impacto académico de un trabajo de Derecho internacional privado en la comunidad de expertos en esta disciplina.

a) Citar toda la literatura jurídica existente sobre el tema

118. Es preciso leer y citar toda la literatura académica que existe sobre el tema en cuestión. Se publica mucho, es cierto, y es también verdad que la mayor parte de lo que se publica es totalmente inútil. Cierto también. También es sabido que hoy día resulta imposible leer todo lo que se ha escrito sobre un concreto tema: hay un exceso de información. Ahora bien, dicho lo anterior y como antes se ha hecho notar, existe una cantidad incontable de aportaciones que revisten escaso o nulo interés. En suma, las contribuciones verdaderamente útiles para elaborar un trabajo de alta calidad en Derecho internacional privado son poco numerosas.

119. Por otro lado, hoy, más que nunca es sencillo acceder a todo lo que se ha publicado sobre una materia concreta de Derecho internacional privado. Las bases de datos y las publicaciones en acceso abierto en Internet permiten al académico contar con todo el arsenal de lo que se ha escrito sobre un tema específico. Además, los traductores automáticos *online* permiten leer artículos académicos escritos en todas las lenguas por muy extrañas que resulten al autor. Las fotocopias son cada vez menos necesarias y el recurso al amigo que sabe holandés o polaco, -que siempre estaba dispuesto a echar una mano para ayudar a traducir un artículo académico de título indescifrable y escrito en lengua extraña-, ya no es tan necesario. Todo es más sencillo y más veloz.

120. Es conveniente insistir: un trabajo con muchas citas doctrinales es un trabajo muy bien documentado y argumentado y transmite la idea de que el autor lo ha elaborado con una muy profunda intensidad. Citar mucho es, pues, altamente aconsejable.

En cualquier caso, en esta vida todo tiene un límite. Hay que procurar que el trabajo académico esté repleto de buenas citas de doctrina pero hay que evitar que exista más texto en las citas que en el cuerpo del trabajo, pues si esto fuera así, el trabajo podría dar la impresión de que es, en palabras del inmarcesible JOSÉ GUILLERMO GARCÍA VALDECASAS Y ANDRADA-VANDERWILDE, una “casa de citas”.

121. Debe llamarse la atención sobre los autores que citan trabajos que no han leído. Este execrable práctica debe rechazarse de plano y en todo caso. Pervierte el trabajo, lo falsea y presenta a la comunidad jurídica un texto no fundamentado, un puro maquillaje. Por tanto, nunca se deben citar obras que no se han leído para intentar aparentar una cultura de la que se carece y un fundamento que el trabajo no tiene. El postureo académico debe evitarse. Ante esta despreciable práctica es preciso anotar ciertas observaciones.

En primer lugar, para que quede claro que el trabajo se ha leído, estudiado y asimilado, puede ser conveniente introducir en el trabajo ciertas citas literales del texto referenciado. Frases tomadas del texto mismo citado que resulte preciso tener en cuenta. Ello demuestra que el autor del trabajo ha leído y ha estudiado los estudios existentes sobre la materia. Citar de modo literal frases, expresiones e ideas de otros autores es también altamente aconsejable. De todos modos, este tipo de citas no debe exagerarse. No es conveniente que el trabajo esté lleno de citas literales de otras aportaciones. Esta técnica debe usarse con ponderación.

En segundo lugar, también puede ser útil citar un trabajo concreto y, además, la página o páginas concretas donde se halla la idea específica del otro autor que resulta útil para el estudio en cuestión.

En tercer lugar, siempre aparecen trabajos cuyo contenido no es accesible. Trabajos que otros autores citan pero que el académico no puede, de ningún modo, localizar. En tal caso, puede citarse el trabajo ilocalizable a través del estudio que lo cita. A tal fin se puede emplear la locución “*apud*”, que significa “en la obra de”. Ejemplo: “Esta idea la ha expresado MACY P. SPENCER, “Buyers Beware: Understanding the Consequence of Intentionally Breaching a Real Estate Purchase Agreement in a Civil Law Jurisdiction”, *Louisiana Law Review*, volume 83, Issue 4, *apud* R. WAGNER, “Ein neuer Anlauf zu einem Haager Anerkennungs- und Vollstreckungsübereinkommen”, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2016-2, pp. 97-103, esp. p. 99”. Lo que significa que la idea que se contiene en el texto elaborado fue concebida por MACY P. SPENCER en su estudio tal y como aparece citado pero que, al no poder acceder al contenido del mismo, se cita el trabajo de R. WAGNER, que es el que da cuenta de la idea debida originalmente a MACY P. SPENCER.

122. Las citas de manuales jurídicos deben evitarse siempre que sea posible. Los expertos jurídicos consideran que tales manuales son “textos para estudiantes” o mero “material docente”. Los manuales jurídicos deben siempre leerse y estudiarse, pero sólo deben citarse de manera excepcional, esto es, en casos totalmente justificados, extraordinarios. Un caso extraordinario, -como es ampliamente conocido-, es el representado por ROLANDO QUADRI. En su manual *Lezioni di diritto internazionale privato*, 3ª ed., Nápoles, Liguori, 1961, pp. 20-21 y en una edición posterior (R. QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, 5ª ed., Nápoles, Liguori, 1969), el insigne autor italiano explica con brillantez extrema la tesis de unilateralismo introverso basado en la unidad y la coherencia interna del ordenamiento jurídico del Estado y alejado de la soberanía estatal. Es un caso excepcional de manual jurídico que puede y debe ser citado.

123. De todos modos, en general, un trabajo que cita manuales se considera pueril. Esto, naturalmente, constituye un tópico, un *cliché*. Existen excelentes manuales jurídicos de Derecho internacional privado, cuyo estudio es imprescindible. Además, los manuales presentan un estudio completo y sistemático del Derecho internacional privado, lo que permite al lector formarse en Derecho internacional privado de un modo integral, como muy bien explican W. LANDSDORFF y T. RUBIO GARRIDO⁶³. Por ello, se presupone que el autor ha leído los principales manuales de Derecho internacional privado y que los domina y los controla y que, por ello, está formado y bien instruido en Derecho internacional privado y que dispone, también por ello, de una visión sistematizada del Derecho internacional privado, lo que es imprescindible. Es precisamente por esta razón por la que no deben citarse manuales de Derecho internacional privado, -ni de ninguna otra materia jurídica-, en los artículos doctrinales. Porque se supone que el autor ya los ha leído y los ha asimilado. Quedan a parte casos excepcionales, en los que una teoría nueva ha sido expuesta, exclusivamente, en un manual, como antes se ha indicado.

⁶³ W. LANDSDORFF, *Historia sencilla de las ideas jurídicas*, Colex, Madrid, 2003, p. 114. En sentido muy similar, T. RUBIO GARRIDO, *La doctrina de los autores (de fuente jurídica primaria a la vulgarización e irrelevancia)*, Granada, Comares, 2006, p. 57.

b) Citar toda la jurisprudencia existente

124. Debe citarse toda la jurisprudencia que exista sobre el tema objeto del trabajo. Las sentencias citadas deben siempre aparecer con el número ECLI o similar, como se ha apuntado anteriormente. Debe citarse toda la jurisprudencia española y europea que sea relevante en el tema en cuestión. También debe citarse la jurisprudencia propia de tribunales de otros países cuando haya tratado el asunto en cuestión y en especial, cuando tales tribunales aplican normas internacionales o europeas que también están en vigor en España. Un trabajo que agota la jurisprudencia existente sobre un tema, asunto o cuestión produce una impresión magnífica. No obstante, debe advertirse que la jurisprudencia extranjera que aplica normas no vigentes en España o muy diferentes a las españolas es de escasa utilidad y sólo aporta confusión. Mejor evitarla.

c) Redactar un sumario muy específico

125. El trabajo debe contar con un sumario muy específico. El sumario del trabajo debe ser extremadamente detallado. Ello produce la impresión, verdadera, de que el autor domina el tema hasta en sus más mínimos resquicios y también deja ver que el autor ha sistematizado de manera sobresaliente todos los aspectos del objeto de su estudio, que lo ha comprendido, ordenado y que sabe presentarlo de manera transparente y accesible a todos.

d) Elaborar un trabajo extenso

126. En la actual comunidad de expertos jurídicos un trabajo de menos de 30 páginas se considera un trabajo menor o una mera “nota” o “comentario”. Es cierto que esta afirmación constituye un tópico, un lugar común más y que existen trabajos estupendos de ocho páginas. Los ejemplos son incontables, pero dos bastarán para sostener la anterior afirmación. El trabajo debido al profesor sardo G. PAU, “Le norme imperative nella convenzione CEE”, *Rivista di Diritto internazionale*, 1982, vol.LXV, pp. 868-872, en menos de cinco páginas, pone de relieve una extraordinaria gama de críticas a las normas de intervención con una brillantez, calidad, precisión y creatividad fuera de lo común. Otro caso, muy conocido, es el estudio de E. JAYME, “Diritto di famiglia: società multiculturale e nuovi sviluppi del diritto internazionale privato”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 1993, pp. 295-304, en el que el autor alemán explica de forma admirable y con ejemplos de la práctica forense germana, la tesis conocida como *Zweistufentheorie*. Sin embargo, estas excepciones son debidas a autores de mentes muy bien dotadas. Por tanto, debe volverse a la afirmación inicial: un trabajo de menos de 30 páginas no se tiene en cuenta. Es así, puede ser cruel pero es así.

En consecuencia, es muy aconsejable que el trabajo de Derecho internacional privado tenga unas 40 páginas de extensión o más. El tamaño importa, claro que sí. Aquí también.

e) Abordar temas específicos

127. El trabajo debe evitar un enfoque generalista. El trabajo debe abordar temas concretos y no temas generales. Éstos se deben dejar para monografías o, más bien, “ejercicios de cátedra”. El trabajo debe presentar un título atractivo, concreto, sin circunloquios, que ponga de relieve, inmediatamente, el tema objeto del estudio, que es lo que debe constituir el cuerpo del trabajo.

f) Elaborar unas conclusiones impactantes

128. Las conclusiones del trabajo deben mostrar una perfecta sintonía con el texto del trabajo. Deben ser muy específicas y muy impactantes. Por ejemplo, afirmar que el legislador se contradice,

que ignora la jurisprudencia de tribunales internacionales, que los autores que han tratado un tema en el pasado no lo han comprendido, que existe un error de traducción en un texto legal, que la jurisprudencia existente sobre la materia es *contra legem*, etc., son conclusiones que dejan huella en el lector.

En tales conclusiones, el autor no debe creerse un legislador. Las propuestas de *lege ferenda* deben evitarse siempre, o bien, dejarse como un aspecto ancilar del trabajo y de las conclusiones. En las conclusiones, el autor debe impactar al lector por todo el Derecho internacional privado que sabe que transmite, que enseña y que resulta útil para la sociedad y para el sistema jurídico. No debe actuar como un legislador porque, sencillamente, el autor es el autor, no el legislador.

La importancia de las conclusiones es capital. Numerosos lectores, antes de enfrentarse con el texto completo del trabajo, exploran el sumario del mismo, su resumen y sus conclusiones. Si tales elementos no resultan atractivos e interesantes, el trabajo, simplemente, no será leído. La vida es corta y hay mejores cosas que hacer que leer un trabajo aburrido, repetitivo, insignificante, irrelevante y que no transmite ideas.

En casos específicos, el estudio de Derecho internacional privado no puede alcanzar unas conclusiones apodícticas, numeradas y estructuradas. Ello puede suceder cuando en panorama legal y doctrinal es confuso, contradictorio o inestable. En tales supuestos, es mejor optar por la redacción de unas reflexiones finales. Unas indicaciones sobre las tendencias posibles a seguir en la materia estudiada.

g) El resumen o *abstract* debe contener la esencia del trabajo

129. El resumen del trabajo ha adquirido hoy una importancia de primer grado. La doctrina alemana es la que mejor sabe redactar estos resúmenes o *abstracts*. Muy aconsejable resulta estudiar los resúmenes de los trabajos que publica un número de la revista *IPRax (Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts)*. De un solo vistazo, el lector sabe si el trabajo allí publicado es interesante o no lo es y si vale la pena leerlo o no. Se puede aprender mucho de la lectura de los *abstracts* de dicha revista jurídica. En el resumen debe constar la tesis del trabajo: lo que el trabajo defiende y demuestra. De un modo directo, sin anestesia previa. Si el resumen es claro y directo, el destinatario leerá el trabajo. Si el resumen es charlatanería y verborrea, el lector leerá otro trabajo, lo que resulta extraordinariamente negativo. Eso nunca.

h) No recurrir nunca al *copy and paste*. Negación del auto-plagio

130. No debe copiarse texto y “pegarlo” en el trabajo. Todo tipo de plagio, por pequeño que sea, es deleznable y debe evitarse del modo más radical. Las citas literales son muy bienvenidas, pero deben realizarse siempre con la referencia correspondiente y no debe abusarse de las mismas. Sólo se cita literalmente cuando las palabras exactas que se incluyen en el trabajo citadas son importantes para el trabajo. Copiar y pegar textos escritos por otros autores es una técnica que debe rechazarse siempre, ya sea con cita (malo) o sin cita del autor original (peor todavía).

131. Algunos expertos en detección de copia en el ámbito académico afirman que un autor comete una falta moral y una infracción de su deber profesional si utiliza, en un trabajo suyo, textos y/o frases empleadas por él mismo en otra aportación también de su autoría. A esta práctica se le conoce popularmente con el nombre de “auto-plagio”. Sin embargo, en realidad, esta práctica no constituye ningún plagio. El diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (DRAE) es clarísimo al respecto. Afirma el diccionario que plagio es la “acción y efecto de plagiar” y que plagiar significa “copiar en lo sustancial obras ajenas, dándolas como propias”. En consecuencia, el plagio sólo existe si se copia una creación intelectual de otra persona. Un autor no puede plagiar a sí mismo. En consecuencia, el auto-plagio no existe. Un autor no comete falta moral alguna ni infringe regla profesional alguna si toma en un trabajo suyo, textos que han sido escritos por él mismo. Es más: esta práctica puede ser beneficiosa cuando el autor elabora distintas versiones de un trabajo. Algunas versiones pueden ser más breves, otras más extensas, algunas pueden adoptar un enfoque histórico y otras no, etc. La difusión de la cultura

jurídica es siempre positiva por lo que un autor que publica sus trabajos en diferentes versiones y en diferentes lugares no comete falta moral ni profesional alguna. El único límite a esta práctica radica en que un autor no debe publicar el mismo trabajo en dos lugares distintos cuando trata de hacer pasar el trabajo por dos obras distintas. Así, por ejemplo, publicar un texto con el título “*La Ley aplicable a los contratos internacionales: la aportación de Savigny*” y otro con el título “*Savigny y los contratos internacionales*”, pero de idéntico contenido, no es un plagio, pero constituye una práctica rechazable. Se trata de un engaño: el autor, obsesionado con la cantidad, trata de convencer a la comunidad académica de que ha escrito dos trabajos diferentes cuando, en realidad, sólo ha escrito uno. Por ello, es práctica admitida y perfectamente legítima publicar el mismo trabajo con el mismo o diferente título, pero con la advertencia expresa y por escrito de que se trata de un trabajo previamente ya publicado. Así, puede verse en el *curriculum vitae* de algunos autores.

Ejemplo: A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Aplicación del Derecho extranjero en España y la nueva Ley de enjuiciamiento civil”, *Tribunales de Justicia*, noviembre 2000, núm.11, pp. 1155-1170 (también en *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, núm. 17, 1999, pp. 285-306).

En este caso, los autores han procurado que su trabajo tenga la máxima difusión posible y por ello lo han publicado en dos revistas diferentes. En ningún momento han tratado de aumentar su *curriculum vitae* con dos trabajos cuando en realidad se trata de uno solo. Por ello advierten de modo expreso al lector de que se trata de la misma aportación académica.

i) Redactar un trabajo de contenido estrictamente jurídico.

132. Los desarrollos no jurídicos deben descartarse. Un trabajo de Derecho internacional privado debe tratar temas de Derecho internacional privado mediante el método jurídico. Hay que evitar que, bajo un título de Derecho internacional privado, el trabajo sea un ejercicio de periodismo ilustrado, sociología, política de casino de pueblo, psicología o de mera propaganda o palabrería buenista. Como es natural, el trabajo de Derecho internacional privado puede y debe contener exposiciones y explicaciones de temas económicos, históricos, literarios o culturales en general, exponen B.G. ROBBINS / E. KISER⁶⁴. Se trata de evitar que tales desarrollos copen todo el trabajo y que éste, bajo un título de Derecho internacional privado, esconda un estudio de otras materias.

j) Elaborar un trabajo académico de auténtico Derecho internacional privado

133. El autor debe conocerse a sí mismo. La máxima de origen socrático que podía leerse en el pronaos del templo de Apolo en Delfos es una de las grandes verdades de la vida. Un autor de trabajos de Derecho internacional privado debe saber que opera en el ámbito del Derecho internacional privado y no en otros sectores del Derecho. Lo peor que pueden decirle a un jurista de Derecho internacional privado es que sus trabajos “*no son Derecho internacional privado*”. Peor que eso no hay nada. Es la némesis del académico, su mayor castigo. Es un auténtico oprobio, un ultraje, una grave ofensa, un vituperio y una afrenta descomunal. Significa que el autor no sabe quién es, ni a qué se dedica, ni en qué sector del Derecho trabaja. Significa que el autor no distingue, -como sí hacen los juristas brillantes-, entre las distintas disciplinas del Derecho y también significa que el autor practica un filibusterismo académico oportunista. El autor de Derecho internacional privado que escribe de otras materias realiza incursiones en sectores jurídicos para los que no está preparado, lo que se produce por la incultura general de dicho autor y por su escasa y/o pésima formación jurídica. Este reproche debe ser evitado a toda costa.

134. Como es natural, un autor de Derecho internacional privado puede escribir sobre temas conexos, como son el Derecho de la Nacionalidad, Derecho de Extranjería, conflictos internos y otros.

⁶⁴ B.G. ROBBINS / E. KISER, «Culture, Coercion, and Compliance», septiembre 2018, en <https://ssrn.com/abstract=3264020> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3264020>.

Sin embargo, debe quedar claro que el autor sabe que cuando escribe sobre tales temas no escribe sobre cuestiones de Derecho internacional privado, sino sobre cuestiones materias jurídicas de otros sectores del Derecho que se fundamentan en principios distintos y en las que se deben emplear técnicas jurídicas diferentes y tener presentes otros valores. Lo que debe evitarse, si se puede, es que el trabajo se presente externamente como un estudio de Derecho internacional privado pero que, al pasar sus páginas, el lector descubra el engaño: el trabajo en cuestión no versa sobre un tema de Derecho internacional privado aunque el autor crea que sí.

135. Un autor de Derecho internacional privado debe evitar también, del modo más radical, que toda su producción académica o la inmensa parte de la misma se centre en temas que no son Derecho internacional privado. En tal caso, el autor genera la impresión, que suele ser cierta, de que no tiene claro en su mente quién es y a qué se dedica.

136. En estos casos, constituye un acto de profunda caridad académica advertir al autor de que camina por calles oscuras y de que se ha extraviado gravemente. Si no se hace, el autor perdido continuará como pollo sin cabeza o vaca sin cencerro dando vueltas por los ambientes del Derecho internacional privado de modo alocado, incoherente y desordenado, sin saber que hace el ridículo de un modo manifiesto.

137. También parece recomendable pronunciarse contra la “moda interdisciplinar” que sólo refleja confusión mental en el autor. Existe, en efecto, hoy día la moda de escribir trabajos que no se sabe muy bien si son de Derecho internacional privado, de Derecho administrativo europeo, de Derecho internacional público, de política internacional, de relaciones internacionales, de periodismo ilustrado o de qué otra esotérica, borrosa o inventada nueva rama jurídica. Este caos y confusión en el tema de estudio refleja el inmenso desorden y desbarajuste que existe en la mente del autor. Éste no sabe qué herramientas utiliza ni qué valores y principios debe implementar: lo mezcla todo sin orden ni concierto en un *totum revolutum* indescifrable que causa daños irreversibles en el lector. En efecto, el lector que tenga la inmensa desgracia de leer uno de estos trabajos, jamás leerá otro trabajo de ese autor y quedará profundamente decepcionado. Creerá que el Derecho internacional privado es un estanque de batracios, como poco.

138. Un autor de trabajos de Derecho internacional privado debe escribir sobre temas de Derecho internacional privado y con el método y las herramientas propias del Derecho internacional privado. Sus incursiones en otros sectores jurídicos deben ser conscientes y medidas, hechas con la mayor humildad académica y cultural.

IV. Reflexiones finales. Cómo ser parte de la mejor doctrina

139. Ser o no ser (doctrina): ésa es la cuestión. El ser “*doctrina*” significa influir en la toma de decisiones de los tribunales e incluso en la elaboración de normas jurídicas por el legislador. No es ésta cuestión sencilla de tratar. Como muy bien apunta F. GALGANO, al que se sigue en estas líneas, no basta con haber ganado una cátedra de Universidad en una disciplina universitaria para ser “doctrina”⁶⁵. Se puede perfectamente ser “doctrina”, -explica el que fuera profesor en Bolonia-, sin tener el título de profesor universitario y, sin embargo, influir en tribunales y legisladores y proporcionar soluciones eficientes que pueden ser aprovechadas por instancias oficiales. La experiencia así lo demuestra. Por otro lado, el título referido de “profesor de universidad” tampoco es condición suficiente para ser doctrina, pues el profesor que nunca ha escrito o que deja de escribir y de aportar saber al debate jurídico, dejará de ser citado y no será ya “doctrina”. Dicho lo anterior, distingue con elegante escritura F. GALGANO varios “grados de doctrina”.

⁶⁵ F. GALGANO, *Tutto il rovescio del diritto*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 38-44.

140. a) Una doctrina. En un primer nivel se encuentra la simple doctrina a la que se suele hacer referencia como “una doctrina” o “la doctrina”. Se trata de opiniones jurídicas poco citadas y poco seguidas por otros autores y no seguidas por los tribunales, lo que demuestra que tales opiniones se encuentran en una posición débil en el debate jurídico. También en este primer nivel se encuentra la llamada “doctrina minoritaria”. Se trata de aportaciones que reflejan criterios y pareceres que son más citadas que las anteriores pero, en general, en sentido contrario. Son aportaciones de las que se dice que son incorrectas, inexactas y poco meditadas que sí, son citadas, pero dichas citas presentan un sesgo negativo. Ser “una doctrina” o una “doctrina u opinión minoritaria” no es, efectivamente, nada agradable, y lo que dicha doctrina sostiene no opera como fuente de inspiración jurídica para tribunales y legisladores.

141. b) La doctrina autorizada. En un segundo nivel se halla la llamada “doctrina autorizada”. Se alcanza dicho estadio cuando la opinión de jurista recibe una notable aprobación por parte de otros juristas especializados. De un modo visual, puede afirmarse que la comunidad de los juristas “autoriza”, esto es, “confiere autoridad”, a una concreta opinión de uno de sus miembros. Dicha doctrina es citada con frecuencia y en sentido positivo, pues es tenida por una opinión bien argumentada. La autorizada doctrina suele ser, precisamente por ello, también una “doctrina mayoritaria”, esto es, la sostenida por la mayor parte de la comunidad de los juristas especializada en el sector del que se trate. También suele denominarse como “doctrina dominante”, explican A. FONT BARROT / J.L. PÉREZ TRIVIÑO⁶⁶. Es la *communis opinio doctorum*.

142. c) La mejor doctrina. En una tercera altura se presenta la conocida como “mejor doctrina”. Es la apoteosis, el culmen, el cenit, el Everest de la carrera profesional del jurista. Entre “doctrina autorizada” y “mejor doctrina”, la diferencia es abismal. Dicha diferencia radica en que cualquier jurista puede, mediante una cadena de argumentaciones bien construida, disentir de una “autorizada doctrina” e incluso de la “doctrina mayoritaria”. Ahora bien, no es posible disentir de la “mejor doctrina”, precisamente porque el que así lo hiciere, se colocaría en la posición de ignorante o lo que es peor, el que disiente de la mejor doctrina, admite, con ello, que sostiene posiciones e interpretaciones jurídicas equivocadas. Se alcanza el excelso nivel de “mejor doctrina” cuando la misma es citada con dicho calificativo por otros juristas y también cuando dicha doctrina ha sido refrendada por los tribunales de justicia, en especial, por las más altas instancias judiciales e incluso por el legislador. La mejor doctrina resulta extremadamente útil en el debate jurídico, pues potencia la “economía argumentativa” en Derecho. Cuando se defiende una posición jurídica que está apoyada por la mejor doctrina, poco se puede ya agregar, poco más se puede argumentar. Sostener una posición jurídica basada en el apoyo de la mejor doctrina es ya, *ex ipsa natura sua*, colocarse en el lado correcto de la opinión jurídica, es garantía de solvencia intelectual. El que cita a los mejores y en ellos se apoya, poco más necesita añadir.

143. El lector puede, en este punto del discurso, preguntarse qué hacer para ser considerado parte de la mejor doctrina. Pues la respuesta es muy sencilla: si un autor desea ser parte de la mejor doctrina en Derecho internacional privado, sólo debe leer este modesto trabajo que tiene ante sus ojos y seguir sus consejos.

⁶⁶ A. FONT BARROT / J.L. PÉREZ TRIVIÑO, *El Derecho para no juristas (una guía para entender el sistema jurídico)*, Ed. Deusto, Barcelona, 2009, p. 46.

Cláusula de prorrogación de la competencia en condiciones generales de la contratación. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 24 de noviembre de 2022, asunto C-358/21*

Jurisdiction clause included in the general terms and conditions. Purpose to the CJEU Judgement of 24th November 2022, case C-358/21

LUIS F. CARRILLO POZO

*Profesor de derecho internacional privado
Universidad de Almería*

ORCID: 0000-0002-5507-167X

Recibido:14.06.2023 / Aceptado: 13.07.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.8095

Resumen: El TJ admite la idoneidad de un acuerdo de prórroga de la competencia judicial entre comerciantes cuando la cláusula venga contenida en unas condiciones generales de la contratación accesibles mediante un enlace hipertexto enviado por el predisponente, siempre que exista la posibilidad de acceder a ellas antes de la conclusión, salvarlas e imprimirlas, y ello aunque no haya sido necesario marcar una casilla de aceptación.

Palabras clave: Convenio de Lugano II, Brexit, condiciones generales de la contratación, *click-wrap agreements*.

Abstract: The TJ admits the suitability of a jurisdiction agreement between entrepreneurs when the clause is contained in standard terms accessible through a link sent by the predisposing party, provided that there is the possibility of accessing them before the conclusion of the contract, save and print them, and this even if it has not been necessary to check an acceptance box.

Keywords: Lugano Convention, Brexit, general terms and conditions, click-wrap agreements.

Sumario: I. Introducción. II. El litigio y la decisión del Tribunal. II. Breve apunte sobre el art. 67 del Acuerdo de retirada del Reino Unido e Irlanda del Norte. IV. De nuevo sobre los requisitos de una sumisión contenida en condiciones generales. 1. El problema de no cliquear. 2. La información como presupuesto. 3. La duda de fondo: el consentimiento. 4. La ausente referencia a la ley rectora del consentimiento. 5. La coda sobre las otras formas. V. A modo de conclusión.

* El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto I+D+i UAL-FEDER «Hacia una Justicia eficiente y sostenible: una aproximación multidisciplinar» (Ref. UAL2020-SEJ-C1965).

I. Introducción

1. No le faltan razones a los “comentarios de urgencia” de la sentencia del TJUE de 24 noviembre 2022¹ cuando toman como punto de partida la decisión de 21 mayo 2015 en el asunto *El Majdoub*² (alguno se remite sin más a lo que en ella se dijo³). Su semejanza es evidente, pero no es menos evidente que, si los casos fueran idénticos, esta sentencia no tendría sentido, no existiría. Habrá que conceder por tanto que -al margen el cambio de texto normativo de referencia- algún hecho diferencial existirá. Y, en efecto, vamos a ver cómo se da un paso adelante en la espiritualización de las exigencias para hablar de acuerdo prorrogatorio⁴.

2. Seguramente no hace falta detenerse demasiado en recordar que estamos ante un pronunciamiento referido al Convenio de Lugano de 2007 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (CLII en lo sucesivo), pero va de suyo que, atendida la equivalencia de la mayoría de sus normas sobre competencia judicial, lo que ahora se dice respecto a él vale en la interpretación del RBI bis y al revés. En cuestiones de validez de los acuerdos de prórroga de la competencia caben pocas dudas sobre su fungibilidad⁵.

Prácticamente todas las resoluciones que se han dictado a propósito del art. 17 CB y sus sucesores tienen un hilo conductor, a saber, la identificación de un verdadero consentimiento de las partes y el examen de los requisitos de forma. En un entorno de contratación entre iguales (nada de lo que aquí se dirá vale para los contratos concluidos por consumidores), las soluciones son siempre flexibles, interfiriendo lo mínimo en el desarrollo ágil de la actividad comercial⁶. Si en un momento dado la gran cuestión era dilucidar el valor de unas condiciones impresas en algún documento contractual o impresas después de un pacto verbal, ahora el surgimiento de mecanismos no tradicionales de conclusión de los negocios ha generado incertidumbres de otra naturaleza, porque con frecuencia desaparece el papel (no es baladí recordar que tradicionalmente se tenía un folio delante, fácil de leer) y las formas de conclusión se desmaterializan⁷. En esta tesitura, el problema no es ya el genérico de la validez de la prórroga de competencia contenida en las condiciones generales de uno de los comerciantes, sino el de la acreditación del consentimiento por parte del adherente que -a diferencia de lo que ocurría en el caso estudiado en 2015- no tuvo que clicar en ninguna casilla. El TJ no podía decir otra cosa que lo que dijo, pero el terreno está y seguirá estando minado.

¹ ECLI:EU:C:2022:923.

² ECLI:EU:C:2015:334.

³ Pueden verse los de K. PACULA (“CJEU on Lugano II Convention and choice of court through a simple reference to a website, case *Tilman*, C-358/21”, en <https://conflictflaws.net>, entrada de 24 de noviembre de 2022); G. VAN CALSTER (“*Tilman v Unilever*. CJEU supports choice of court in GTCs even if no possibility of click-wrap is offered”, en <https://gavclaw.com/>, entrada de 28 de noviembre de 2022, que se hace eco de las profecías lanzadas en “*Tilman v Unilever*. A preliminary reference on flag-wrap B2B choice of court under Lugano”, el 29 de junio de 2022); P. DE MIGUEL ASENSIO (“Cláusulas de jurisdicción en condiciones generales accesibles mediante menciones de enlaces: la sentencia *Tilman*”, en <https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/>, entrada de 2 de diciembre de 2022); M. HO-DAC (“CJEU Rules on Formal Validity of Online Jurisdictional Clauses”, en www.eapil.org, entrada de 13 de diciembre de 2022).

⁴ A mi juicio, los hechos que dan origen a la presente sentencia tienen también algo en común con los acontecimientos que desembocaron en la de 14 diciembre 1976 (asunto C-25/76, *Galerías Segoura c Bonakdarian*, ECLI:EU:C:1976:178), y donde a la inactividad del destinatario de las condiciones no se anudó consecuencia alguna en cuanto a jurisdicción, salvo que todo se enmarcara en relaciones continuadas entre las partes. No es casualidad que esta sentencia no sea citada en la ahora analizada, pero es menester evidenciar el paralelismo con una confirmación de contrato enviada por correo electrónico en el que figuran (*rectius*, irrumpen) las condiciones generales del prestador del servicio o del vendedor.

⁵ Fungibilidad que no se extiende al crucial tema de los procedimientos paralelos, por ejemplo.

⁶ La bibliografía sobre esta cuestión es oceánica. Un resumen reciente en I. ANTÓN JUÁREZ, “Elección expresa de los tribunales estatales competentes. Los entresijos del art. 25 del Reglamento Bruselas I bis desvelados por el Tribunal Supremo”, en A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Tribunal Supremo y el Derecho internacional privado*, Murcia, 2019, pp. 221 ss.

⁷ Como pone de relieve M. HO-DAC en la nota precitada, la doctrina del TJ queda enmarcada en un contexto europeo más amplio, el de la prevalencia de lo digital. En este sentido, son trasladables al marco contractual las orientaciones sentadas a propósito del desarrollo de los procedimientos en el punto 3.2 de la “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. La digitalización de la justicia en la UE. Un abanico de oportunidades”, de 2 diciembre 2020 (WD(2020) 540 final).

II. El litigio y la decisión del Tribunal

3. Los hechos en los que se basa pueden ser resumidos como sigue: una sociedad con domicilio en Bélgica, Tilman, concluye en 2010 un contrato (no por medios telemáticos) en virtud del cual se comprometía con Unilever, sociedad suiza, a empaquetar y embalar cajas con bolsitas de té. Un año más tarde, un segundo contrato modifica el precio acordado, incluyendo en él una previsión en virtud de la cual el negocio se regiría por las condiciones generales de la compradora, que podían ser descargadas y consultadas merced a un enlace hipertexto incluido en él⁸. Tales condiciones preveían que las partes contratantes se sometían “irrevocablemente” a la exclusiva competencia de los tribunales ingleses para la resolución de cualquier litigio que se derivase directa o indirectamente del contrato, y que se aplicaría la ley inglesa. Surgidas discrepancias en cuanto al precio facturado y a raíz de un pago parcial de las facturas emitidas por la vendedora, ésta interpone demanda ante los órganos jurisdiccionales belgas, reclamando las cantidades no satisfechas. La alegación de las condiciones generales y consiguiente declinatoria fue desestimada en primera instancia, declarándose competente el juez belga (se supone que en base al foro del lugar de ejecución); no obstante, en apelación se dio validez a la cláusula de sumisión. En su posterior recurso ante la *Cour de cassation*, la demandante denuncia la infracción del artículo 23, apartados 1 y 2, CLII, aduciendo que la situación no es la misma que aquella en la que se celebra un contrato por internet, en la que marcar la casilla de aceptación de las condiciones generales de venta es condición necesaria para la conclusión.

El tribunal requirente repasa los requisitos acuñados por el TJUE en punto a existencia de consentimiento y por ende validez de las cláusulas de sumisión contenidas en condiciones generales, constatando que en el contrato de 2011 no se incorporaba la cláusula atributiva de competencia, ni aquellas venían anexadas. De otro lado, evidenciaba que ese contrato fue enviado y firmado por la actora, y mencionaba el enlace hipertexto a una página web en la que podían ser consultadas, descargadas e impresas. La duda le surge porque no se le hizo marcar la correspondiente casilla de aceptación. En consecuencia, la cuestión viene formulada según el siguiente tenor: «¿Es conforme al artículo 23, apartados 1, letra a), y 2, del Convenio [de Lugano II] una cláusula atributiva de competencia recogida en unas condiciones generales a las que un contrato celebrado por escrito remite a través de un hipervínculo a un sitio web en el que se pueden consultar, descargar e imprimir tales condiciones generales, sin que se haya instado a la parte a la que se opondrá tal cláusula a aceptar las citadas condiciones generales seleccionando una casilla en el sitio web en cuestión?».

4. La sentencia se estructura en tres niveles: aplicabilidad del CLII, cláusulas contenidas en condiciones generales, sumisión por medio de un enlace. A efectos expositivos, permítaseme estructurar el pronunciamiento en los siguientes bloques:

1. La incidencia del Brexit (fundamentos 28-31): se comienza aclarando que, *ratione temporis*, el acuerdo de retirada de Reino Unido no afecta a la competencia del tribunal inglés elegido, *ex* CLII⁹. Recuérdese que el art. 67 del Acuerdo de retirada de Reino Unido e Irlanda del Norte dispone que se apliquen -entre otras- las normas reglamentarias de competencia

⁸ Hay que precisar que el enlace no conducía directamente a las condiciones generales, sino a una página web en la que podían ser consultadas.

⁹ Al margen de lo que se dirá en el apartado siguiente, y salvo error u omisión por mi parte, se genera una situación *incómoda* en relación con el mencionado acuerdo: en un asunto como el que nos atañe, el art. 67 dispone la aplicación del Derecho de la Unión, de forma que podrá darse un caso como el presente en el que un litigio llega a los tribunales ingleses una vez resuelta la cuestión prejudicial planteada por la Corte de casación belga, bastante después del periodo transitorio (recuérdese que terminó el 31 de diciembre de 2020). En general, cada vez que surja controversia sobre competencia judicial no es descabellado pensar que los asuntos incoados antes de 2021 accedan a los tribunales ingleses bastantes años después. Pues bien, mientras que para las controversias que conciernen a Gran Bretaña su intervención ante el TJ está fuera de toda duda, *ex* art. 90, y que para materias particularmente delicadas (las de la parte segunda del Acuerdo, derechos de los ciudadanos) la posibilidad de acudir en demanda de interpretación prejudicial está prevista en el art. 158 (y durante un plazo bastante prolongado), si un juez inglés albergara dudas sobre el alcance de las normas procesales europeas, no hay nada previsto sobre la posibilidad de utilizar este instrumento idóneo para la cooperación entre órganos judiciales. Teniendo en cuenta el peso de la jurisdicción inglesa en temas patrimoniales o lo mucho que ha colaborado en lo relativo al sistema Bruselas II, por ejemplo, no habría sido mala idea abrirle la puerta de las cuestiones prejudiciales.

judicial internacional a los procesos judiciales incoados antes del final del periodo transitorio, mientras que el 127 y 129 hace lo propio respecto al Derecho de la Unión (CLII por ejemplo)¹⁰. Sin perjuicio de lo que se dirá *infra*, en este caso el primer litigio se inició en 2015, lo que justificaría su aplicabilidad.

2. Las grandes líneas (fundamentos 33 ss.): como es habitual, se enuncian el marco general en la materia, principios construidos en base al RBI. Se subraya que las condiciones de validez del pacto deben ser analizadas de forma estricta (en la medida en que desplaza la regla general del *actor sequitur forum rei*), porque la existencia de un acuerdo de voluntades es lo que justifica la primacía de la elección. El foco se proyecta por ello sobre los tribunales nacionales, que deben examinar si la cláusula ha sido consentida y si ese consentimiento ha sido manifestado de forma clara y precisa, siendo así que los requisitos de forma del art. 23.1 (RBI) pretenden garantizar que efectivamente así conste. A partir del fundamento 40 se recopilan los desarrollos acerca de los acuerdos contenidos en condiciones generales, recordando la necesidad de que las remisiones sean expresas, poniendo el acento en que hayan sido comunicadas y que fueran controlables por una parte que actúe con una diligencia normal y evidenciando la novedad que supone el apartado 2 del art. 23, o sea, la posibilidad de guardar e imprimir la información transmitida por medios telemáticos.
3. La aplicación de estas ideas al caso cuestionado llega a partir del fundamento 46¹¹:
 - a. la regla general es la licitud de las comunicaciones por medios electrónicos: es válida la cláusula contenida en condiciones generales si se hace remisión a estas de forma expresa en el contrato.
 - b. la comunicación electrónica queda prevista en el art. 23.1, y se entiende que existe si el enlace funciona y es accesible antes de la firma.
 - c. la aceptación se produce con la firma, siendo irrelevante que no se necesite marcar una casilla específica o que la página en donde se recojan no se abra automáticamente.
 - d. los requisitos de forma se cumplen cuando existe la posibilidad de salvar e imprimir las condiciones.
 - e. hasta aquí parece que la respuesta es satisfactoria; sin embargo, existe una especie de coda en los apartados 56-58 evidenciando que, al ser relaciones continuadas entre empresarios, cabe la posibilidad de que, además de la forma prevista en la letra a del art.

¹⁰ Recuértese, art. 127.1: «Salvo disposición en contrario del presente Acuerdo, el Derecho de la Unión será aplicable al y en el Reino Unido durante el período transitorio». Mientras tanto, en lo que nos interesa, el art. 67 dispone que: «1. En el Reino Unido, y en los Estados miembros en las situaciones que incumban al Reino Unido, respecto de los procesos judiciales incoados antes del final del periodo transitorio y respecto de los procesos o acciones que tengan relación con tales procesos judiciales con arreglo a los artículos 29, 30 y 31 del Reglamento (UE) n.o 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo (...), se aplicarán los actos o disposiciones siguientes: a) las disposiciones en materia de competencia judicial del Reglamento (UE) n.o 1215/2012; (...); 2. En el Reino Unido, y en los Estados miembros en las situaciones que incumban al Reino Unido, se aplicarán los actos o disposiciones siguientes respecto del reconocimiento y la ejecución de resoluciones, documentos públicos, acuerdos y transacciones judiciales, como se dispone a continuación: a) el Reglamento (UE) n.o 1215/2012 se aplicará al reconocimiento y la ejecución de las resoluciones dictadas en procesos judiciales incoados antes del final del periodo transitorio, así como a los documentos públicos formalizados o registrados oficialmente y las transacciones judiciales aprobadas o celebradas antes del final del período transitorio». Otra historia distinta es hasta qué punto puede un acuerdo como este, negociado entre la UE y Gran Bretaña, extender el periodo temporal durante el que se aplica el CLII sin contar con la voluntad de los Estados parte ajenos a la UE: *cfr.* B. CORTESE, “Brexit e diritto internazionale privato tra Roma, Bruxelles e Lugano: “how can i just let you walk away?””, en *CDT*, 2021, p. 156. Tendría que haberse previsto en el *Agreement on arrangements between Iceland, the Principality of Liechtenstein, the Kingdom of Norway and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland following the withdrawal of the United Kingdom from the European Union, the EEA Agreement and other agreements applicable between the United Kingdom and the EEA EFTA States by virtue of the United Kingdom’s membership of the European Union*.

¹¹ Excurso: existe un párrafo bastante innecesario (el 55) donde se deja claro que no hay que tomar en consideración las exigencias de protección de los consumidores. Tratándose de relaciones entre empresas, era evidente. Un recordatorio tan prescindible puede significar o bien una regla prohibitiva tajante (es decir, lo que vale para profesionales no vale para los casos que impliquen a consumidores) o bien ser simplemente la evidencia de que la cuestión ha quedado abierta y el recordatorio d que no caben trasplantes.

23.1 se esté en presencia de alguna otra de las admitidas en ese párrafo, extremo este que debe ser comprobado por el juez nacional.

En definitiva, el fallo afirma que el art. 23 CLII debe interpretarse en el sentido de que «se ha estipulado válidamente una cláusula atributiva de competencia cuando esta se recoge en unas condiciones generales a las que un contrato celebrado por escrito remite a través de un enlace hipertexto a un sitio web en el que se pueden consultar, o a partir del cual se pueden descargar e imprimir, antes de la firma de dicho contrato, sin que se haya instado a la parte a la que se opone tal cláusula a aceptar las citadas condiciones generales marcando una casilla en dicho sitio web».

III. Breve apunte sobre el art. 67 del Acuerdo de retirada del Reino Unido e Irlanda del Norte

5. Hoy por hoy el panorama está claro: la validez de una cláusula de prórroga en favor de un tribunal británico será enjuiciada conforme al CLH 2005, y si éste no fuera aplicable se atenderá al sistema procesal del tribunal del foro elegido, con independencia del Estado en el que residan las partes del negocio. El problema viene a raíz del tenor del antes mencionado art. 67 del Acuerdo de retirada: ¿Se ha de dar por buena la afirmación según la cual el eventual proceso que se inicie ante los tribunales ingleses es el mismo que el incoado en Bélgica ocho años atrás? Téngase en cuenta que el art. 67 del Acuerdo habla de proceso judicial (y en las demás versiones lingüísticas accesibles se piensa siempre en términos procedimentales); nunca se ha dado relevancia al surgimiento de una diferencia, no basta la controversia¹². Si fuera el mismo proceso, el juez inglés quedaría vinculado por (o al menos heredaría) las actuaciones desarrolladas en Bélgica, y las partes tendrían que partir de lo que hayan realizado en esa jurisdicción. No es el caso: habrá que presentar una nueva demanda, nueva contestación, practicar nuevas pruebas, etc.¹³. No creo que la referencia a la sentencia *Sanicentral*¹⁴ sea afortunada, porque afirmar que la cláusula de sumisión produce consecuencias a partir de la fecha en que se ejercita la acción judicial es una obviedad que queda lejos de ser una respuesta tajante para interpretar el tan mentado art. 67. En consecuencia, si estamos ante procedimientos diferentes, habrá que concluir que la fecha relevante es la de la presentación de la demanda británica y los órganos judiciales ingleses decidirán en torno a la validez de la cláusula de elección conforme a sus propias normas procesales (en este caso, el Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro de 2005), no conforme al art. 23 CLII¹⁵.

¹² Se podría incluso traer a colación el art. 32 RBI bis, que no rompe con la solución jurisprudencial de la sentencia del TJ de 7 junio 1984 (asunto C-129/83; ECLI:EU:C:1984:215), idónea en definitiva de cara a la aplicación del CLII.

¹³ Dentro de una misma jurisdicción, cuando un juez se declara territorialmente incompetente, se emplaza a las partes para que comparezcan, sin limitarse a remitir los autos y continuar sin más el proceso iniciado ante el incompetente: con más razón es extrapolable esta idea cuando hablemos de diferentes jurisdicciones.

Salvando las distancias, en el ámbito material de la responsabilidad parental, adviértase cómo ni siquiera en los casos de transferencia de la competencia se puede hablar de un mismo procedimiento que continúe en otra jurisdicción.

¹⁴ STJ de 13 noviembre 1979, asunto C-25/79, ECLI:EU:C:1979:255.

¹⁵ Otro dato (por fortuna ajeno al caso comentado): Reino Unido es parte del Convenio de La Haya de 30 de junio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro, desde 1 de octubre de 2015 como parte de la UE y desde el 1 de enero de 2021 de forma independiente. En consecuencia, se aplicará a los acuerdos exclusivos de elección de foro que impliquen a una parte domiciliada en RU y otra en un EM (recuérdese que Gran Bretaña no ha conseguido acceder al CLII, rechazada por la UE). La discrepancia viene en cuanto a la fecha, porque la posición británica es que los pactos posteriores a 1 de octubre de 2015 quedan regulados por el Convenio, no por el Derecho de la Unión. La transcendencia es enorme, tanto en lo que toca a las materias cubiertas (art. 2) como en cuanto a las modalidades formales admitidas en el art. 3 CLH, más estrechas que las del RBI bis o el CLII, sin perjuicio de las diferencias en sectores como el tipo de acuerdos permitidos, la respuesta a la presentación de la demanda ante un tribunal no competente o el régimen de reconocimiento y ejecución de decisiones. Extraigo la información de L. B. DITTRICH, *Ensuring Efficient Cooperation with the UK in civil law matters. Situation after Brexit and Options for Future Cooperation*, estudio realizado bajo los auspicios del Comité de asuntos legales del Parlamento europeo, Bruselas, 2023, p. 22. Disponible en la siguiente dirección: <https://www.europarl.europa.eu/committees/en/supporting-analyses/sa-highlights> (consultada el 8 de mayo de 2023). Aunque este informe parece no ponderarlo suficientemente, conviene no perder de vista la importancia que está llamado a adquirir el CLH 2005, que permitirá mantener la posición privilegiada de Reino Unido como centro de la litigación comercial internacional, en sustitución de CLII, a pesar del *hard Brexit* en temas de cooperación judicial civil.

De otra parte, el agotamiento de los efectos del art. 67 del Acuerdo supone la reaparición de las *anti suit injunctions* ema-

6. Ahora bien: si se acepta lo enunciado *supra*, lo siguiente es la paradójica situación en la que, solicitado el reconocimiento en Gran Bretaña de la decisión de la *Cour de Cassation* belga declarando su falta de competencia, el tan mencionado art. 67 del Acuerdo sanciona la aplicabilidad de las normas del CLII/RBI bis¹⁶. A partir de aquí puede darse que la resolución simplemente se limite a declarar que unos tribunales son incompetentes, y no habrá duda de que la apreciación de la validez del acuerdo de prórroga se hará si se presenta demanda en Reino Unido y conforme al Derecho propio, con riesgo -más teórico que real- de pérdida de coherencia (que el juez belga no sea competente no significa que el inglés sí lo sea); pero si además la resolución a reconocer afirma que la cláusula en cuestión es válida, habría que descartar la *ultraactividad* de los criterios de competencia de origen europeo, en la medida en que el reconocimiento de esa segunda parte del pronunciamiento estaría violentando de algún modo los límites temporales marcados por el art. 67. En una coyuntura tan extraña, la ortodoxia impondría a mi juicio un tratamiento diferenciado del régimen de reconocimiento.

IV. De nuevo sobre los requisitos de una sumisión contenida en condiciones generales

1. El problema de no cliquer

7. Como se apuntaba, el desarrollo tecnológico nos conduce desde el cuestionamiento de la validez las cláusulas de prórroga contenidas en condiciones generales no incorporadas expresamente en el contrato a tener que afrontar fórmulas de prestación del consentimiento que escapan a los esquemas clásicos. En la tan citada sentencia *El Majdoub* se trataba de los llamados *click-wrap agreements*, es decir, aquellos en los que el usuario declara que consiente en las condiciones generales de la contraparte, condiciones que no se abren automáticamente en la página web sino sólo cuando se cliquea sobre el icono -fácilmente visible, con frecuencia en forma de *pop-ups* o *banners* que aparecen durante la navegación - que invita a hacerlo para verlas, siendo necesario pinchar en otra casilla para señalar que se consiente, que se está de acuerdo, que se acepta (evidentemente no es obligatorio leerlas antes). El elemento esencial es que se requiere de una acción positiva por parte del adherente, que puede ser juzgada sin duda como manifestación de consentimiento. Parecidos son los *scroll-wrap agreements*, en los que se exige desplazarse por la página web hasta encontrar el icono relativo a las condiciones generales. En el caso de los *browse-wrap agreements*, sin embargo, las condiciones aparecen en algún lugar de la página web, de alguna manera... o no: las condiciones generales de la contratación empleadas por una parte no se presentan directamente, sino que son accesibles mediante un hipervínculo, tal vez al final de la página, tal vez en otro sitio, en otra pantalla, sin ser evidenciadas antes de la conclusión del contrato (no es necesario acceder y consentir los términos, ni hacer *click* en ningún sitio específico antes de tener por concluido el negocio en cuestión). En las formas más extremas se reputa aceptación sólo por el hecho de usar la página web o por comprar¹⁷. Por supuesto no se habla de aquellos contratos en los que

nadas por los tribunales ingleses en defensa de las cláusulas de prorrogación: sentencia de la *England and Wales High Court (Commercial Court)* de 18 noviembre 2022 ([2022] EWHC 2927 (Comm)), en un asunto de alguna manera similar al comentado (aquí el litigio empieza en 2022), en el que se envió por correo electrónico el enlace a las condiciones generales; el tribunal lo da por bueno y afirma que *previsiblemente* será aplicable el CLH 2005. Sobre este tema, M. AHMED/P. BEAUMONT, “Exclusive Choice of Court Agreements: Some Issues on the Hague Convention on Choice of Court Agreements and its Relationship with the Brussels I Recast Especially Anti-Suit Injunctions, Concurrent Proceedings and the Implications of Brexit”, en *Journal of Private International Law*, 2017, pp. 402 ss.

¹⁶ La STJ de 15 noviembre 2012 (asunto C-456/11, *Gothaer*, ECLI:EU:C:2012:719) habla de la «...necesidad de una interpretación del concepto de «resolución» contenido en el artículo 32 del Reglamento nº 44/2001 que incluya aquellas resoluciones en virtud de las cuales un tribunal de un Estado miembro declina su competencia con base en una cláusula atributiva de competencia». Adviértase sin embargo que algo así no existe en el CLH 2005.

¹⁷ N. KIM, *Wrap Contracts. Foundations and Ramifications*, Oxford, 2013, p. 2; M. GEBAUER, “Contracts Concluded by Electronic Means in Cross-Border Transactions. “Click-Wrapping” and Choice-of-Court Agreements in online B2B Contracts”, en A. DE FRANCESCO (ed.), *European Contract Law and the Digital Single Market: The Implications of the Digital Revolution*, Cambridge, 2016, p. 214; en la doctrina española realiza una breve presentación de esta tipología en E. GÓMEZ VALENZUELA, *Ley aplicable a perfeccionamiento del contrato electrónico*, La Coruña, 2022, pp. 8 ss. La forma de consentir no es reprochable sólo porque en lugar de cliquer se haya de posar un dedo en la pantalla; lo importante es el conocimiento previo.

no se puede acceder a las condiciones antes de la conclusión (*shrink-wrap*), que no superarían en ningún caso el filtro representado por la doctrina del TJUE.

Pues bien, si de consentimiento negocial se trata, no puede ser equivalente aquella situación en la que se exige la aceptación formal y de forma indubitada mediante el marcaje de una casilla y la de un contrato que contiene una referencia a las condiciones generales de un contratante, disponibles en una página web. Sólo en el primer caso se puede afirmar de manera clara que el contratante es consciente de lo que está contratando¹⁸. En ausencia de *click*, para el TJ hay que poner condiciones: «...la remisión en el contrato escrito a condiciones generales mediante la mención del enlace hipertexto a un sitio web cuyo acceso permite, en principio, conocer esas condiciones generales, siempre que ese enlace hipertexto funcione y pueda ser abierto por una parte que aplique una diligencia normal, equivale *a fortiori* a una prueba de comunicación de esa información»¹⁹. La regla es razonable, sólo quedan algunas dudas, que trataré de evidenciar en las siguientes líneas.

2. La información como presupuesto

8. A nadie se le oculta que el espacio dejado a la autonomía de las partes en la ordenación de la competencia judicial internacional tiene como función aportar seguridad jurídica, previsibilidad y por ende ahorro. La reiterada afirmación según la cual hay que interpretar estrictamente los acuerdos de sumisión choca con la evidente flexibilidad con la que se ha afirmado que se satisfacen los requisitos reglamentarios, porque entre disponer de un pacto y no tenerlo no hay duda de que, para un tribunal, aquella es la mejor opción (la trayectoria de manga ancha respecto al uso de condiciones generales de la contratación es palmaria). Ahora bien, el Derecho está para resolver problemas, por lo que cuando lo que se convierte en objeto de controversia es la existencia de acuerdo en tal o cual esquema negocial, esa autonomía deja de cumplir su función y pierde su sentido; la clarificación de cómo se puede elegir un tribunal y en qué supuestos se considerará nula la elección, elaborando unos pocos tipos de casos²⁰, puede rescatarla. Respecto a los acuerdos de sumisión contenidos en condiciones generales el TJUE ha realizado esa tarea de manera impecable desde los albores del sistema, hasta el punto de que lo que concierne al art. 17 CB y sucesores es hoy por hoy territorio bastante pacífico (compárese por ejemplo con la problemática que aún perdura sobre la determinación del lugar de ejecución del contrato o el lugar del daño en caso de obligaciones extracontractuales)²¹.

Siendo conscientes de que los negocios mercantiles conforman un sector en el que no se necesita tutelar especialmente a ninguna de las partes, la respuesta del intérprete es muy sencilla: accesibilidad de la información más adhesión equivale a consentimiento perfecto²². Téngase en cuenta además que, cuando se contrata, las partes suelen detenerse en los aspectos esenciales del negocio (las prestaciones respectivas), sin pararse a negociar los demás elementos del intercambio, que en presencia de estos nuevos métodos de contratación se vuelven invisibles²³. Existe además la tendencia a cerrar las ventanas

¹⁸ No hace falta insistir en que bajo ningún concepto se discute en estos casos la existencia de contrato. La voluntad negocial existe, las partes están de acuerdo en sus elementos esenciales. La discusión afecta exclusivamente a la incorporación de las condiciones generales, eventualmente sólo de una cláusula compromisoria o de prórroga.

¹⁹ Párrafo 51.

²⁰ Por razones de seguridad jurídica, es augurable que se elabore una respuesta construida sobre unas pocas grandes líneas, esencialmente liberales. El exceso de matices genera un Derecho complejo en extremo, apto sólo para especialistas, fuente de dudas, incertidumbre y por ello imprevisibilidad.

²¹ El tema está muy bien tratado en el trabajo -ya un clásico- de A RODRÍGUEZ BENOT, *Los acuerdos atributivos de competencia judicial internacional en Derecho comunitario europeo*, Madrid, 1994, pp. 207 ss. en particular. Más recientemente, F. GARAU SOBRINO, "Los acuerdos atributivos de jurisdicción en Derecho procesal civil internacional español", en *CDT*, 2010, n° 2, pp. 65 ss.; A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Competencia judicial y validez de resoluciones en materia civil y mercantil en la Unión Europea. Comentario al Reglamento Bruselas I Bis*, Madrid 2017 (edición digital sin número de página).

²² Los arts. 5 y 7 de la Ley de condiciónes generales de la contratación vendrían a ser el marco general sustantivo para la vinculación de los términos predisuestos.

²³ La ausencia de formalismo, la "ceguera" generada por las pantallas, la incomodidad del modo en que se ofrece la información, la sensación -a veces- de que no se está entrando en una relación contractual, invitan escasamente a dedicar tiempo y recursos a los aspectos jurídicos de la relación: *cf.* R. MOMBERG, "Standard Terms and Transparency in Online Contracts",

emergentes -muchas inútiles- para acelerar la navegación y el proceso de contratación²⁴. Esa desatención, el comportamiento expeditivo, el centrarse en lo esencial, es lo más racional, y no choca con la existencia de un consentimiento perfecto. Sería impensable que para hablar de éste fuera imprescindible indagar o acreditar el dominio exhaustivo de los términos del negocio; el ordenamiento no puede inmiscuirse en si se ha conocido o no lo que en las condiciones se establece, porque paralizaría el tráfico, la seguridad jurídica y la eficiencia, al tiempo que castigaría las expectativas de aquellos intervinientes más activos que extraen conclusiones de la inercia de la contraparte. Si cabe hablar de una obligación personal de diligencia, el reverso es que ninguna instancia suple su falta²⁵. Las reglas se elaboran, pues, teniendo en mente al operador medio.

9. Basta, por tanto, la accesibilidad a las informaciones. Hasta tal punto no interesa el conocimiento que no se hace referencia a la necesidad de acuse de recibo. La información previa inspira toda la normativa relevante en la materia: el art. 10.3 de la Directiva de comercio electrónico establece que «[l]as condiciones generales de los contratos facilitadas al destinatario deben estar disponibles de tal manera que éste pueda almacenarlas y reproducirlas»²⁶, sin posibilidad de exclusión tampoco cuando se trate de contratos entre profesionales; otro tanto establece el art. 3.1.b del Reglamento 2019/1150 sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea, al obligar a los proveedores de servicios a que sus condiciones generales «se encuentran fácilmente disponibles para los usuarios profesionales en todas las etapas de la relación contractual con el proveedor de servicios de intermediación en línea, incluso en la fase precontractual»²⁷. Lo que dice el TJ es por lo tanto coherente con los principios básicos de la contratación electrónica. Se necesita que la existencia de las condiciones generales haya sido comunicada en una manera ajustada a la buena fe, para que sea manifiesta, que sean fácilmente accesibles en pantalla, archivables y reproducibles²⁸, y a partir de ahí que cada cual actúe como considere oportuno²⁹.

3. La duda de fondo: el consentimiento

9. Ni que decir tiene que las dos cuestiones que surgen de inmediato es si se han comunicado las condiciones en un caso como el controvertido, antecedente lógico para saber si se ha prestado el consen-

en A. DE FRANCESCHI (ed.), *European Contract Law and the Digital Single Market: The Implications of the Digital Revolution*, Cambridge, 2016, pp. 193 ss.

²⁴ El tema está muy bien tratado en S. A. SÁNCHEZ LORENZO, “Cláusulas de elección de fuero en contratos B2B contenidas en condiciones generales accesibles en una web mediante enlace hipertexto. Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de noviembre de 2022, asunto C-358/21: Tilman SA / Unliever Supply Chain Company AG”, en *La Ley Unión Europea*, nº 110, enero 2023, p. 4, con abundante bibliografía.

²⁵ Todo lo contrario, como se recordará, en un caso que implicaba a consumidores: la STJUE de 5 julio 2012 (asunto C-49/11; ECLI:EU:C:2012:419) subraya que «...procede considerar que cuando la información que se encuentra en el sitio de Internet del vendedor sólo es accesible a través de un vínculo comunicado al consumidor, tal información no es ni «facilitada» a ese consumidor ni «recibida» por él, en el sentido del artículo 5, apartado 1, de la Directiva 97/7» (§37).

²⁶ Traspuesto en términos muy similares en el art. 27.4 LSSI.

²⁷ Y por citar un último ejemplo, la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior impone la misma información respecto a ley elegida y tribunal competente (art. 22.1.g), exigiendo (apartado 2.c) que sean de fácil acceso para el destinatario *por vía electrónica a través de una dirección comunicada por el prestador*. Si esto no ampara el caso controvertido...

²⁸ *Cfr.* P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Manual de Derecho de las nuevas tecnologías*, Cizur Menor, 2023, p. 387. Por eso no va la sumisión contenida en condiciones generales expuestas en la web pero no enviadas en ninguno de los mensajes contractuales: OLG Celle RIW 2010, 164; LG Landshut IHR 2008, 184 (ambos casos aparecen citados en U. MAGNUS, “Comentario...”, *op. cit.*”, p. 639).

²⁹ La vinculación a las condiciones no puede depender de la efectividad de su conocimiento: *cf.* R. MOMBERG, “Standard Terms and Transparency in Online Contracts”, en A. DE FRANCESCHI (ed.), *European Contract Law and the Digital Single Market: The Implications of the Digital Revolution*, Cambridge, 2016, p. 190. Lo cual es, por lo demás, extensible al caso de los consumidores, porque no sería racional ni esperable que una persona controle el contenido de las condiciones generales de los profesionales con los que contrata, de forma que lo lógico es un control *a posteriori*, si el predisponente viola sus obligaciones de buena fe: J. ALFARO ÁGUILA REAL, *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991.

timiento. El razonamiento que viene haciendo el TJ es un tanto magmático, equiparando cumplimiento de obligaciones formales con cuestiones de fondo, al deducir del ajuste a los estándares admitidos la existencia de consenso³⁰. Es la idea fuerte, de manera que si un acuerdo se ha plasmado en alguna de las formas prescritas en la norma, es que hay acuerdo válido³¹: «la existencia de un «acuerdo» entre las partes en el sentido del artículo 23, apartado 1, del Reglamento Bruselas I puede inferirse del hecho de que se hayan cumplido los requisitos formales establecidos en el artículo 23 apartado 1, de dicho Reglamento»³². Ciertamente se puede estar de acuerdo en que hay modos de exteriorizar una cláusula que más claramente incorporan un acuerdo de voluntades que *a priori* no adolece de vicio alguno (por ejemplo, el suscrito por ambas partes, o cuando -como en el asunto *El Majdoub*- se cliquea aceptando), pero ahora nos confrontamos con una duda legítima que apunta a su propia existencia. No se puede exteriorizar lo que no existe³³, y por ende el examen de ajuste formal puede ser un punto de partida, pero no debería servir para desplazar una indagación atenta a las circunstancias del caso. En definitiva: lo que aquí se debatía no era la forma sino la existencia del acuerdo³⁴.

10. No merece la pena dedicar mucho esfuerzo a subrayar que no hay problemas formales, si reconducimos la forma a mecanismo idóneo para probar la existencia del acuerdo. Aun sin decir explícitamente que se está hablando de este inciso, los considerandos 46 y siguientes afirman que en el presente supuesto se satisfacen los requisitos de la letra a) del art. 23.1 CLII. Sólo si se está hablando de tal inciso se entienden los fundamentos 56 y sucesivos, vertebrados sobre las letras b) y c) de idéntica disposición. No se discute que se han cumplido los requisitos del art. 23.1.a) en relación con el párrafo 2 CLII: posibilidad de un soporte duradero, posibilidad de salvar e imprimir las condiciones. Garantizados que sean esos objetivos, los instrumentos para alcanzarlos son indiferentes. El ordenamiento no se cierra frente al desarrollo tecnológico y comercial, y por consiguiente el TJ no puede objetar nada a la inclusión de un mensaje con un enlace o a cualquier otro mecanismo fidedigno de intercambio de información³⁵.

11. Se asume que el destinatario del mensaje ha podido conocer las condiciones, mas quedan algunos puntos oscuros o simplemente pasados por alto: ¿Cómo debe ser el envío para colmar los requisitos que se derivan de la exigencia de buena fe? ¿Basta el hipervínculo cuando las condiciones generales propiamente dichas ni se han enviado ni aparecen en la pantalla del ordenador? ¿Debe revestir algún formato particular? Verlas en la pantalla no es lo mismo que disponer de un vínculo. Conforme con que las partes deben ser diligentes. Conforme con que hubo puesta a disposición. Sin embargo, nada asegura que el enlace no pase desapercibido, o que no funcione, o que no remita a otro enlace, o que no se alteren después unilateralmente tales condiciones, con el consiguiente riesgo de litigiosidad (ojo, no se habla de almacenamiento) o que haya dificultades para imprimirlas³⁶. Se echa de menos una explícita -probablemente redundante pero nunca superflua- exigencia de “claridad visual”³⁷. ¿Es correcto tener por concluido el contrato sin saber si funciona o no el vínculo, cuando no resulta obligatorio clicar en él? El TJ subordina la validez del acuerdo a que el acceso sea posible antes de la conclusión y que el enlace

³⁰ Y con la consecuencia absurda de que un acuerdo perfecto que no venga recogido en alguna de esas formas es como si no existiera: STJ de 8 marzo 2018, C- 64/17, Saey Home, ECLI:EU:C:2018:173.

³¹ Al respecto, para el reiterado precedente, *vid.* P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Cláusulas de sumisión en contratos electrónicos internacionales: eficacia del «click-wrapping» (Comentario a la STJUE de 21 de mayo de 2015, Asunto C-322/14, Jaouad El Majdoub y CarsOnTheWeb GmbH)”, en *La Ley Unión Europea*, número 28, 2015, p. 4.

³² Sentencias de 20 febrero 1997 (asunto C-106/95; EU:C:1997:70), 21 mayo 2015, citada *supra*; la cita procede de la sentencia de 7 julio 2016 (asunto C-222/15; ECLI:EU:C:2016:241).

³³ Cuando no se alcanzó un pacto, la forma no basta, escribe U. MAGNUS, “Comentario al art. 25”, en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI, *Brussels Ibis Regulation: Commentary*, Colonia, 2016, p. 635.

³⁴ En general, en tema de condiciones generales el problema no es de forma, sino de validez: *Cfr.* S. A. SÁNCHEZ LORENZO, “Cláusulas de elección de fuero en contratos B2B...”, *op. cit.*, p. 5.

³⁵ Podemos aceptar que en su momento se tuvieron en mente sólo los intercambios de correos electrónicos (CH. REITHMANN/D. MARTINY, *Internationales Vertragsrecht. Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, Colonia, 2016, par. 8.73), pero eso es hoy por hoy anecdótico.

³⁶ De ahí los escrúpulos respecto a estas cláusulas, no bastando la disponibilidad o la publicidad: P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado de internet*, Madrid, 2022, pp. 1309 ss.

³⁷ Recuérdese que la ley se preocupa sólo de claridad en la redacción, no de que sea visible.

funcione, pero la prueba de que no funciona no es fácil (¿vamos a exigir un informe pericial?), salvo que se admita como suficiente una simple captura de pantalla indicando error³⁸. ¿Cuál debe ser la reacción de un contratante que se ve sorprendido y no quiere quedar vinculado por esa cláusula? (Se supone que basta un mero mensaje rechazándola, es obvio). La conclusión de esa forma laxa de aproximarse a los requisitos del art. 23 CLII (y normas paralelas) es que en casos en los que exista incertidumbre, a partir de una apariencia de pacto se concede el beneficio de la duda al predisponente, obligando al adherente a comparecer ante un tribunal del que como mínimo se puede sospechar que ha sido elegido de un modo no ortodoxo³⁹.

4. La ausente referencia a la ley rectora del consentimiento

12. Permítaseme insistir en algo ya reiterado. Como en todo contrato (el pacto para elegir un tribunal competente lo es), se requiere un análisis en clave conflictual, atento al consentimiento y capacidad de las partes⁴⁰. No obstante el silencio del art. 23 CLII⁴¹, tal análisis impone, en buena lógica, reclamar la *lex causae*, asumiendo que la solución proclamada por el RBI bis no es más que la consagración de una *voluntas legislatoris* inmanente en los textos previos. La realidad es que aquella ecuación que identificaba forma y acuerdo de voluntades significa su anulación. Se hizo en 2015⁴² y se vuelve a hacer en 2022.

Como la disciplina convencional no es exhaustiva, hay que dar entrada a dos instrumentos de control (y excluir un tercero sugerido a veces): i) lo que sí: la ley nacional que regula la capacidad y el consentimiento negocial⁴³. Existe bastante sintonía en el sentido de que la ley del contrato sea la que discipline también este último punto⁴⁴, a pesar de la exclusión operada por el art. 1 del reglamento Roma I⁴⁵; ii) lo que puede ser que sí: corolario de lo anterior es que el art. 10.2 RRI debe desplegar su función de veto para acreditar que no se ha consentido⁴⁶; adviértase que se habla de ampararse en la ley de la propia residencia habitual, y no es verosímil que esta norma sea llamada a operar con frecuencia, porque en este sector existe un amplio consenso de las legislaciones mercantiles en cuanto a la adhesión a condiciones generales⁴⁷; iii) lo que no: entre comerciantes es rechazable esa idea de un control de contenido basado en un presunto abuso de derecho⁴⁸, más que nada porque atenta contra los principios básicos de

³⁸ Cfr. M. HO-DAC, “CJEU Rules on Formal Validity...”, *cit.*”. Ulteriores sugerencias sobre prueba en P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado...*, *op. cit.*, p. 1302. Adviértase, adicionalmente, que cuando se cuestione la competencia de un tribunal español, la aportación de una prueba es crucial en la tramitación de la declinatoria, art. 65.1 LEC.

³⁹ Lo que al final es beneficiar al que normalmente actuará como demandante: cfr. A. DICKINSON, “Lax Standards”, en *Law Quarterly Review*, vol. 135, 2019, p. 369.

⁴⁰ Cfr. B. HESS/T. PFEIFFER/P. SCHLOSSER, *Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States*, Heidelberg, 2007, p. 159.

⁴¹ Un silencio perturbador y elocuente, porque el propio POCAR pone de manifiesto que fue un tema abordado, pero no resuelto explícitamente: Informe explicativo del Convenio relativo de Lugano de 30 de octubre de 2007, en *DOUE* de 23 diciembre 2009 (2009/C 319/01), p. 27.

⁴² De ahí la crítica de A. DICKINSON/J. UNGERER, ““Click wrapping” Choice of Court Agreements in the Brussels I Regime”, en *Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly*, 2016, pp. 18-19.

⁴³ Es cierto que no hay demasiada claridad en cuanto a los ámbitos respectivos de aplicación de las leyes. Pero parece razonable aceptar que lo atinente a la libre voluntad o la moral no son cuestiones de forma: U. MAGNUS, “Comentario...”, *op. cit.*, pp. 627 ss.

⁴⁴ Por todos, F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho internacional privado*, Cizur Menor, 2021, versión digital, apartado 11.11; más matizado, aludiendo a la calificación procesal o sustantiva del ordenamiento del juez designado, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS/S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, Cizur Menor, 2022, RB-2.9.

⁴⁵ De hecho, para el caso de autos, el art. 98 de la ley belga de derecho internacional privado extiende las soluciones del RRI a las obligaciones contractuales excluidas de su ámbito de aplicación por el art. 1 de este último.

⁴⁶ *Vid.* M. VIRGOS SORIANO/F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Comentario al art. 3”, en A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ/L. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, 2002, p. 159.

⁴⁷ Una posible excepción vendría en caso de que vinieran redactadas en un idioma distinto del habitualmente utilizado en las relaciones comerciales.

⁴⁸ A propósito del art. 23 RBI, M. VIRGOS SORIANO/F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Comentario...”, *op. cit.*, p. 197; U. MAGNUS, “Comentario al art. 25”, p. 623 y la numerosa doctrina recogida en la nota 242. No es baladí evidenciar que quienes defienden un control generalizado no han sabido poner más ejemplos que los de consumidores. MAGNUS (p. 624) expresa una posición

ordenación (seguridad, previsibilidad) y contradice la idea básica del TJUE en el sentido de que basta la información y se impone la diligencia.

5. La coda sobre las otras formas

13. El fundamento 56 hace lo que nunca debe hacer una sentencia, pronunciándose sobre lo que no se le ha preguntado («...aunque el órgano jurisdiccional remitente no haya preguntado...») y convirtiéndose según voces autorizadas en “fuente de confusión”⁴⁹.

En efecto, todo el discurso se ha vertebrado hasta aquí en dilucidar si se satisface o no la exigencia de forma escrita del art. 23.1.a CLII, y en el fundamento 53 ya ha dicho que a tal fin basta «la mera posibilidad de salvaguardar e imprimir las condiciones generales antes de la celebración del contrato». Con eso ya tenemos una respuesta a la cuestión formulada. Pero se añade esa coda según la cual el tribunal nacional debe verificar si el acuerdo encaja en la noción de prácticas entre las partes o los usos, como fórmula subsidiaria idónea para salvar la validez del acuerdo⁵⁰. Aunque puedan surgir dudas sobre si esto encaja con la presunta interpretación estricta de la autonomía, desde luego no hay nada tan coherente con la voluntad de posibilitar el acuerdo y no interferir en el tráfico (sin duda, una buena razón para excederse en la respuesta). En consecuencia, se barajan dos posibilidades: i) si cabe registro del intercambio electrónico de informaciones se tratará de forma escrita pura y simple del art. 23.1.a); ii) si no queda constancia, habrá que explorar la viabilidad de subsumir el pacto en las letras b) o c)⁵¹.

Corolario: lo que está diciendo es que no resulta tan imperativa la posibilidad de salvar a imprimir las condiciones, porque siempre cabe una segunda oportunidad. En realidad, no es nada revolucionario, porque nos movemos en la línea anunciada por un elemento de interpretación tan útil como el informe oficial anexo al CLII, que excluye que los acuerdos por medios telemáticos hayan de encapsularse inexorablemente en uno u otro modo de concluir el acuerdo, dejando a salvo la potencial idoneidad de los tres incisos de la norma y poniendo de relieve que, al ser indubitado que podían encajar en las letras b) y c) del art. 23.1, la única duda era si la letra a) era asimismo adecuada: justamente para disipar sombras está el apartado 2 del art. 23, de suerte que cuando sea posible un registro duradero estaremos en la letra a) y en los demás casos habrá que explorar la viabilidad de las tras dos letras⁵².

14. ¿Confusión? A mi juicio ninguna. Sólo se ofrece una vía subsidiaria cuando las partes mantienen relaciones continuadas. Ahora bien, no podemos dejar de reconocer algunos inconvenientes: i) las opciones de las letras b) o c) del art. 23.1 CLII (y equivalentes) no aparecen expresamente en el CLH 2005, con riesgo de quiebra de la deseable interpretación uniforme⁵³; ii) su gran hándicap es la prueba, tan costosa⁵⁴. En particular, quien quiera acogerse a la letra c) tiene la carga de la prueba, y eso en sí mismo constituye un incentivo para que los tribunales y las partes eludan su aplicación: de nuevo estaríamos ante una norma que genera litigiosidad. En la sentencia *MSG c. Les Gravières Rhénanes SARL* el TJ dejó claro que el juez nacional debe investigar si existe un uso y si las partes lo conocían,

tibiamente favorable al control en supuestos similares a los de consumidores y trabajadores (no es muy explicativa la referencia a casos similares).

⁴⁹ P. DE MIGUEL ASENSIO, “Cláusulas de jurisdicción...”, *cit*”.

⁵⁰ La redacción del fundamento 56 es mejorable: «si existe un uso del comercio internacional que las partes conocieren (...), la cláusula atributiva de competencia también podrá estipularse, respectivamente, en una forma que se ajuste a los hábitos que las partes tengan establecidos entre ellas o, en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conozcan o deban conocer...». Son vías incompatibles. O una u otra, uso o práctica. Y, si existe un uso, lo que los contratantes hagan o dejen de hacer nos resulta indiferente.

⁵¹ Aunque la sentencia se explaya en el tema de los usos (fundamento 57), el cauce de la práctica consolidada entre ellos no puede ser descartado, y de hecho reaparece en el fallo.

⁵² F. POCAR, Informe explicativo del Convenio relativo de Lugano de 30 de octubre de 2007, en *DOUE* de 23 diciembre 2009 (2009/C 319/01), p. 29.

⁵³ P. DE MIGUEL ASENSIO, “Cláusulas de jurisdicción...”, *cit*”.

⁵⁴ Sería precipitado elevar a la categoría de uso expandido el comportamiento de Unilever. Por mucho que se aligere el nivel de exigencia probatoria, lo cierto es que la existencia del uso debe ser verificada por sectores, atendiendo al comportamiento de los operadores: STJ de 16 marzo 1999, asunto C-159/97, *Castelletti*, ECLI:EU:C:1999:142.

presumiéndose si las partes han entablado relaciones comerciales entre sí o con operadores del mismo sector⁵⁵; iii) se supone que el órgano judicial debe chequear las pruebas que le aporte quien quiera beneficiarse de la existencia de una cláusula de prorrogación sin descartar ninguna de las opciones legales, con la consiguiente farragosa discusión en torno a cada una de ellas.

V. A modo de conclusión

15. Se agradece el continuismo, sin estridencias, de la sentencia de 24 noviembre 2022. El TJUE engrosa su doctrina en punto a prorrogación de la competencia por medio de condiciones generales, aligera requisitos y evita poner obstáculos al tráfico, favorece la autonomía de las partes y deja claro que lo crucial es satisfacer la carga de informar a su cocontratante y de reaccionar con diligencia. No hay nada nuevo, sólo evolución desde las resoluciones previas, y eso es un plus de seguridad. Pero se echa de menos la superación de las ecuaciones. Sigue aferrado a la idea de que el respeto de una forma legalmente prevista es lo mismo que consenso, y este es un asunto que no ha sido dilucidado, básicamente porque es obviado. Al mismo tiempo, la clave conflictual brilla por su ausencia. El mero hecho de que casos similares hayan sido resueltos de forma distinta por la jurisprudencia de Estados Unidos⁵⁶ debería haber puesto sobre la pista de que aquí no valen las soluciones simplificadoras, y las vagas orientaciones que ahora se ofrecen auguran escasa armonía en las interpretaciones nacionales de la norma. ¿Se puede perfilar un poco más cómo deben ser los mensajes que envían enlaces que llevan a cláusulas de prorrogación? Surgirán nuevos supuestos, porque las técnicas comerciales no tienen tope, y sin duda habrá nuevas ocasiones para que se siga enriqueciendo la jurisprudencia.

⁵⁵ Apartados 21-24.

⁵⁶ Un completísimo repaso en S. A. SÁNCHEZ LORENZO, “Cláusulas de elección...”, *op. cit.*”, pp. 7 ss. Asimismo, actualizado a 3 de mayo de 2023, puede verse una rica recopilación de casos en <https://www.termsfeed.com/blog/browsewrap-clickwrap/>

La Ley aplicable a los contratos del personal civil
internacional de las misiones de la Unión Europea.
A propósito de la STGUE de 10 de noviembre de 2021

Law applicable to employment contracts of civilian staff
of EU missions. About the judgment of the EU General
Court of 10th November 2021

ANA CRESPO HERNÁNDEZ

*Profesora Titular de Derecho internacional privado
Universidad Rey Juan Carlos*

ORCID ID: 0009-0002-7224-228X

Recibido: 19.06.2023 / Aceptado: 25.07.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.8096

Resumen: En el caso *Jenkinson*, el Tribunal General de la Unión Europea resuelve las reclamaciones planteadas por un trabajador irlandés que durante varios años prestó servicios, siempre sobre la base de contratos de duración determinada, para diversas Misiones de la Unión Europea, la última de ellas en Kosovo. Tras la extinción del contrato, el trabajador reclama ante el TGUE que los diferentes contratos temporales se recalifiquen como una única relación laboral indefinida. Aunque cada uno de los contratos, contemplado individualmente, conduce a la aplicación de leyes diferentes, la STGUE de 10 de noviembre de 2021 establece la aplicación del Derecho irlandés a la totalidad de la relación laboral. El caso se analiza teniendo en consideración las especialidades que plantean los contratos suscritos con la Unión Europea desde el punto de vista del Derecho internacional privado.

Palabras clave: Contrato individual de trabajo, personal civil internacional de Misiones de la UE, ley aplicable a una sucesión de contratos de trabajo de duración determinada, Reglamento de Roma I, elección de la ley aplicable, ley de los vínculos más estrechos.

Abstract: In the *Jenkinson* case, the General Court of the European Union resolves the claims raised by an Irish worker who provided services for several years for different European Union Missions, the last one in Kosovo. Services were always provided on the basis of fixed-term contracts. After the termination of the contract, the worker claimed that all consecutive contracts should be re-categorized as a contract of indefinite duration. Even though each contract, considered individually, led to the application of different Laws, the Judgment of the General Court of 10 November 2021 establishes the application of Irish Law to the whole employment relationship. The case is analyzed considering the special regulation of private international Law for contracts signed with the European Union.

Keywords: Individual employment contract, International civilian staff of EU international Missions, Law applicable to a succession of fixed-term employment contracts, Rome I Regulation, freedom of choice, most closely connected Law.

Sumario: I. Planteamiento y cuestiones de hecho. II. El régimen contractual del personal civil internacional de las Misiones Europeas: marco normativo regulador. 1. Ausencia de normas de Derecho uniforme. 2. La determinación de la ley aplicable al contrato y el Reglamento de Roma

I. III. La ley aplicable a la recalificación de los contratos de duración determinada como una única relación laboral indefinida. 1. Posibles soluciones. 2. Los acuerdos de elección de ley en los nueve primeros contratos. 3. La ley aplicable en defecto de elección en los contratos décimo y undécimo. IV. Valoración final.

I. Planteamiento y cuestiones de hecho

1. Recientemente, el Tribunal General de la Unión Europea ha tenido que enfrentarse a la determinación de la ley aplicable en varios litigios interpuestos por trabajadores que prestaban servicios para Misiones de la Unión Europea. Uno de los más interesantes es el caso *Jenkinson*, resuelto por la STGUE de 10 de noviembre de 2021¹ que es objeto de este comentario. Este, además de ser un buen ejemplo de cómo se establece la ley aplicable para un contrato suscrito con la Unión Europea, soluciona los problemas que surgen cuando un trabajador presta servicios con base en una sucesión de contratos temporales que contienen soluciones diferentes de ley aplicable.

2. Los hechos que dieron lugar al litigio son sencillos. El Sr. *Jenkinson*, de nacionalidad irlandesa, estuvo prestando servicios entre 1994 y 2004 como personal civil sobre base contractual para diferentes Misiones de la Unión Europea: primero, para la Misión de Observación de la Comunidad Europea en los Balcanes, entre agosto de 1994 y junio de 2002; después, para la Misión de Policía de la UE en Bosnia y Herzegovina, entre el 17 de junio de 2002 y el 31 de diciembre de 2009; y por último, para la Misión *Eulex Kosovo*, entre el 5 de abril de 2010 y el 14 de noviembre de 2014. Aunque la relación laboral duró más de veinte años, el trabajo siempre se prestó en el marco de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada, llegando a encadenarse durante el periodo de empleo en *Eulex Kosovo* once contratos.

En una reestructuración de la Misión, se suprime el puesto del trabajador y, al no renovarse el último contrato, la relación laboral se extingue el 14 de noviembre de 2014. Como este último contrato incluía una cláusula compromisoria en favor del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en octubre de 2015, el Sr. *Jenkinson* interpone ante el Tribunal General² un recurso contra el Consejo de la UE, la Comisión Europea, el Servicio Europeo de Acción Exterior (SEAE) y la Misión *Eulex Kosovo*. En el mismo, junto a ciertas pretensiones de naturaleza extracontractual que no se analizan en este comentario, el trabajador pide que los distintos contratos de duración determinada suscritos con las Misiones sean recalificados como un único contrato de trabajo de duración indeterminada; a su vez, con base en esta relación laboral indefinida, el trabajador solicita indemnizaciones relacionadas con la falta de preaviso de la rescisión del contrato, el despido improcedente, y el abuso de contratos de duración determinada.

3. Una vez afirmada la competencia del Tribunal General de la Unión Europea para juzgar el caso³, en la Sentencia sobre el fondo de 10 de noviembre de 2021, este desestima todas las pretensiones del demandante sobre la base de la ley del contrato. En esta decisión, el TGUE solo se pronuncia sobre

¹ STGUE (Sala Segunda ampliada) de 10 de noviembre de 2021, as. T-602/15 RENV, *Jenkinson contra Consejo de la Unión Europea y otros* (ECLI:EU:T:2021:764).

² Téngase en cuenta que, como indica el art. 19 TUE, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea comprende el Tribunal de Justicia, el Tribunal General y los Tribunales especializados. Según el art. 256 TFUE, en estos casos la competencia corresponde en primera instancia al Tribunal General, y cabe la posibilidad de interponer recurso de casación contra la decisión de este ante el Tribunal de Justicia.

³ La competencia del TGUE da lugar a un litigio de gran interés, previo al relativo a la ley aplicable. En primera instancia, el TGUE dicta un Auto (Sala Primera) el 9 noviembre 2016, as. T-602/15, *Jenkinson* (ECLI:EU:T:2016:660) en el que se declara manifiestamente incompetente para juzgar el caso, debido a que solo el último contrato suscrito con *Eulex Kosovo* incluía cláusula compromisoria al Juez de la Unión, mientras que los demás contenían acuerdos de elección de foro en favor de los tribunales de Bruselas. Tras ser recurrido el Auto en cuestión ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), la STJUE de 5 de julio de 2018, as. C-43/17, *Jenkinson* (ECLI:EU:C:2018:531) anula el Auto, al considerar que el TGUE ha incurrido en error de Derecho al declararse incompetente, y devuelve el asunto al TGUE. La idea es que aunque el Tribunal General solo es competente en relación con el último contrato, sobre la base de esta competencia puede decidir sobre la recalificación de la relación laboral teniendo en cuenta, como cuestión de hecho, todos los contratos.

la recalificación como una única relación laboral de los once contratos temporales suscritos por el trabajador con la Misión Eulex Kosovo, dejando de lado los firmados con las Misiones de los Balcanes y Bosnia Herzegovina. El Tribunal considera que lo primero es estudiar la solicitud del recurrente en relación con los contratos con la Misión de Kosovo, y razona que si desestima la petición de recalificación sobre los mismos – como efectivamente hace – no tendrá competencia en relación con los contratos precedentes, al no haberse estipulado en estos cláusula compromisoria en su favor⁴. Este razonamiento, en nuestra opinión poco convincente⁵, es uno de los motivos por los que la Sentencia que se comenta ha sido recurrida en casación ante el TJUE, que aún no dictado sentencia definitiva sobre el caso⁶

II. El régimen contractual del personal civil internacional de las Misiones Europeas: marco normativo regulador

1. Ausencia de normas de Derecho uniforme

4. La primera gran cuestión en este supuesto es qué texto normativo debe emplearse para solucionarlo. En el caso, no eran aplicables las normas de Derecho uniforme europeo previstas en el Reglamento 31 (CEE) 11 (CEEA)⁷, que establece el régimen estatutario y laboral para los funcionarios y los llamados “otros agentes” de la Unión: el Sr. Jenkinson había sido contratado como personal civil internacional sobre una base contractual, y tal Reglamento no regula el régimen laboral de estos trabajadores.

Como alternativa al Reglamento, durante el proceso, se planteó la posible aplicación al caso de un supuesto “Derecho autónomo de la Misión Eulex Kosovo”. Este incluiría, según los demandados, el conjunto de disposiciones desarrolladas desde el inicio de la Misión como marco jurídico de los contratos de trabajo del personal de la misma. Sin embargo, el TGUE considera que en los actos adoptados para la creación de la Misión no se contemplan disposiciones adecuadas para resolver el litigio⁸, y lo cierto es que la Acción Común de 2008/124/PESC por la que se crea la Misión de Kosovo⁹ pocas indicaciones incluye en ese sentido: además de establecer la posibilidad de contratar, en caso de ser necesario, personal civil internacional y local en régimen contractual, la Acción Común se limita a remitir, en cuanto a las condiciones de contratación, a lo que se estipule en los contratos¹⁰.

2. La determinación la ley aplicable al contrato y el Reglamento de Roma I

5. En defecto de normas de Derecho uniforme, los contratos firmados por el Sr. Jenkinson quedan sometidos a las disposiciones que regulan, con carácter general, los contratos entre la Unión y un

⁴ STGUE as. T-602/15 RENV, apartados 80 a 82.

⁵ En nuestra opinión, la STJUE as C-43/17 permite perfectamente que el TGUE recalifique la relación laboral a partir de la totalidad de los contratos, sin diferenciar con qué Misión fueron suscritos

⁶ *Vid.* el Recurso de Casación contra la STGUE as. T-602/15 RENV interpuesto el 20 de enero de 2022 por Liam Jenkinson (asunto C-46/22 P). El Abogado General Jean RICHARD DE LA TOUR, en sus Conclusiones presentadas el 17 de mayo de 2023, considera que Tribunal tiene competencia en relación con la totalidad de los contratos, pero no ve inconveniente en que se realice un “análisis en dos tiempos” (apartado 57) comenzando por la serie de los once contratos (apartado 56).

⁷ Reglamento N° 31 (CEE) 11 (CEEA) por el que se establece el Estatuto de los funcionarios y el régimen aplicable a otros agentes de la Comunidad Económica Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, *DO* núm. 45, de 14 de junio de 1962. El documento 01962R0031-20230101, disponible en [http://data.europa.eu/eli/reg/1962/31\(1\)/2023-01-01](http://data.europa.eu/eli/reg/1962/31(1)/2023-01-01), de carácter “no oficial” incluye el texto consolidado con sus modificaciones hasta el 01 de enero de 2023

⁸ *Vid.* STGUE, as. T-602/15 RENV, apartados 91 a 94.

⁹ Acción Común 2008/124/PESC del Consejo de 4 de febrero de 2008 sobre la Misión de la Unión Europea sobre el Estado de Derecho en Kosovo, EULEX KOSOVO, *DO* L 042 de 26 febrero 2008, p. 92

¹⁰ El art. 9.3 de la Acción Común establecía que “La EULEX KOSOVO podrá asimismo, cuando proceda, emplear a personal civil internacional y local en régimen contractual cuando el personal en comisión de servicios de los Estados miembros no cubra las funciones exigidas”. En relación con el estatuto de este personal, el art. 10.3 solamente señalaba que “las condiciones de contratación y los Derechos y obligaciones del personal internacional y local se estipularán en los contratos que se celebren entre EULEX KOSOVO y el miembro del personal de que se trate”.

particular¹¹. El art. 340 TFUE¹², párrafo primero, partiendo de un enfoque iusprivatista¹³, establece que “la responsabilidad contractual de la Unión se regirá por la ley aplicable al contrato de que se trate”. A partir de esta regla, el TGUE considera que, en el caso, la cuestión debe resolverse sobre la base de la ley aplicable al contrato – leída sobre la base de los principios generales de Derecho de la Unión¹⁴-. De esta forma, el TGUE actúa como “Juez del contrato de trabajo”¹⁵ y desempeña el mismo papel que tendría un tribunal nacional en la solución del caso.

6. Hay que tener en cuenta que, a la hora de determinar la ley aplicable, el TGUE no siempre emplea las mismas normas que utilizaría un tribunal nacional. En los litigios relativos a un contrato de Derecho privado entre un particular y la Unión, cuando el asunto está planteado ante un órgano jurisdiccional nacional, el Reglamento de Roma I¹⁶ es de aplicación directa¹⁷. Sin embargo, si es el TGUE el que debe resolver el litigio, no existe una *lex fori* con reglas de conflicto propias¹⁸, por lo que es frecuente que el Juez de la Unión realice una determinación autónoma de la ley aplicable¹⁹ que, a veces, pero no siempre, se apoya en el Reglamento de Roma I. La jurisprudencia mayoritaria del Tribunal trata de solucionar el caso, si es posible, sobre la base del principio de autonomía de la voluntad de las partes, al que otorga validez en sí mismo²⁰. Cuando este principio no es suficiente para resolver el supuesto y

¹¹ Sobre el régimen previsto para estos contratos, con consideraciones tanto sobre aspectos jurisdiccionales como de ley aplicable, *vid.* K. LENAERTS, I. MASELIS y K. GUTMAN, *EU Procedural Law*, Oxford University Press, 2014, pp. 686-699; C. KOHLER, *L'autonomie de la volonté en droit international privé: un principe universel entre libéralisme et étatismes*, La Haya, Académie de Droit international de la Haye, 2013, pp. 30-31; *id.* “La Cour de Justice des Communautés européennes et le droit international privé”, *Droit international privé: Travaux du Comité français de droit international privé*, 12e année, 1993-95, 1996, esp. pp. 77-79; D. RITLÉNG, “Les contrats de l’administration communautaire”, en J.B. AUBY/J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (eds.) *Droit administratif européen*, Bruselas, Bruylant, 2007, pp. 147-170, esp. 153-156; y G. KREMLIS, “De quelques clauses d’élection de for et de droit applicable stipulées dans des contrats de droit privé conclus par les Communautés Européennes dans le cadre de leurs activités d’emprunt et de prêt”, *Diritto comunitario e degli scambi internazionale*, 1986, pp. 777-793. Este último trabajo, aunque se centra en los contratos relacionados con la actividad de crédito y préstamo de las instituciones europeas, contiene observaciones generales de gran interés totalmente válidas para otros tipos de contratos.

¹² Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, DO N° 326 de 26 de octubre 2012

¹³ Como indican C. MOLINA DEL POZO, J.B. MATA DIZ y R.C. DA SILVA GOMES CALDAS, *vid.* “Sobre la naturaleza de la responsabilidad extracontractual por los actos practicados en el marco de la Unión Europea por sus instituciones”, *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, Vol. 11 (3), septiembre-diciembre 2019, pp. 504.

¹⁴ *Vid.* STGUE as. T-602/15 RENV, apartados 90 a 95. Desde la STJCE de 18 de diciembre de 1986, as. C-426/85, *Comisión c. Zoubek*, (ECLI:EU:C:1986:501) es jurisprudencia reiterada del TGUE y del TJUE que “El Tribunal de Justicia, al que se ha acudido en virtud de una cláusula compromisoria, debe resolver el litigio sobre la base del Derecho nacional aplicable al contrato” (apartado 4)

¹⁵ Utilizando la expresión de D. SÁNCHEZ PUERTA, que habla del Juez de la Unión como “Juez del contrato de trabajo” o “Juez del Derecho del trabajo”. *Vid.* “Cláusulas compromisorias El Juez de la Unión como Juez del contrato de trabajo”, *Jurisdicción Social*, Julio 2022, pp. 15. Disponible online en <https://pjenlinea3.poderjudicial.go.cr/biblioteca/uploads/Archivos/Articulo/CLAUSULAS%20COMPROMISORIAS%20EL%20JUEZ%20DE%20LA%20UNION.pdf>

¹⁶ Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), *DOUE L 177* de 4 de julio de 2008

¹⁷ *Vid.* C. KOHLER, *L'autonomie de la volonté en droit international privé...*, *op. cit.*, p. 31.

¹⁸ *Ibid.*, p. 31. Esto era especialmente claro en tiempos del Convenio de Roma, cuando era comúnmente admitido que este vinculaba a los Estados miembros y no a la Comunidad en cuanto tal. Pero, aun sin formar parte el Convenio de Roma de la *Lex fori* europea, la doctrina consideraba que este contenía los principios en que debía inspirarse el Tribunal de Justicia a la hora de determinar la ley aplicable a un contrato. *Vid.* D. KOHLER, “La Cour de Justice des Communautés européennes...”, *loc. cit.*, p. 78 y G. KREMLIS “De quelques clauses d’élection de for...”, *loc. cit.*, pp. 788.

¹⁹ Como indican K. LENAERTS, I. MASELIS y K. GUTMAN, en ausencia de un Derecho aplicable de la Unión, el Juez de la Unión debe identificar la ley aplicable “of its own authority”, *vid.* *EU Procedural Law*, *op. cit.*, pp. 695

²⁰ El principio de autonomía de la voluntad se utiliza por el TGUE tanto para solucionar directamente el caso, si es posible, como para determinar la ley aplicable al contrato. Es frecuente que el TGUE busque la solución directamente en las cláusulas contractuales, sin establecer la *lex contractus* (*vid.* por ejemplo apartado 59 de la reciente STGUE de 13 de julio de 2022, as. T-194/20, *JF c. EUCAP Somalia*, ECLI:EU:T:2022:454: “no es necesario determinar el Derecho nacional aplicable al presente litigio, que puede resolverse sobre la base del contrato en cuestión, de los procedimientos operativos estándar de EUCAP Somalia a los que este se remite, así como de la Carta y de los principios generales de Derecho de la Unión”). Según jurisprudencia reiterada, el Tribunal solo debe acudir a lo previsto en la ley del contrato en caso de que existan dudas sobre el contenido del contrato o el significado de sus cláusulas, o cuando este por sí solo no permite resolver todos los aspectos del caso (*vid.* apartado 52 STGUE as. T-194/20, *JF c. EUCAP Somalia* y apartado 37 STGUE de 13 de julio de 2022, as. T-165/20, *JC c. EUCAP Somalia*, ECLI:EU:T:2022:453). El principio de autonomía de la voluntad de las partes también se

es necesario determinar la ley aplicable en defecto de elección o establecer el Derecho imperativo aplicable²¹, el Juez de la Unión, al menos en las sentencias más recientes, acostumbra a tener en cuenta el Reglamento de Roma I, aunque a veces, junto a este, invoca los principios del Derecho generalmente admitidos en los Estados miembros²²

7. En la Sentencia que se comenta, el TGUE menciona de forma específica y expresa el Reglamento de Roma I: “para determinar el Derecho nacional sustantivo aplicable a un litigio en materia de Derecho laboral como el controvertido en el litigio principal, el juez de la Unión utiliza las normas de Derecho internacional privado y, en particular, de conformidad con el art. 28 del Reglamento de Roma I, en relación con los contratos celebrados, como los once CDD, después del 17 de diciembre de 2009, las que figuran en el art. 8 de dicho Reglamento, que trata de los contratos individuales de trabajo”²³.

Como indica el TGUE, en relación con los once contratos suscritos con la Misión Eulex Kosovo se cumple lo establecido en el ámbito de aplicación temporal del Reglamento de Roma I; sin embargo, si el TGUE no hubiera limitado su tarea al análisis de esos contratos y hubiera incluido en su decisión los suscritos con las otras dos Misiones, la aplicación del Reglamento de Roma I hubiera peligrado para estos, puesto que el trabajador comenzó a prestar servicios para la Misión en los Balcanes en el año 1994, cuando este Reglamento aún no existía. Por otro lado, hay que indicar que el TGUE solo justifica la aplicación del Reglamento desde una perspectiva temporal, sin mencionar en absoluto el ámbito material de este texto legal. No obstante, el último no plantea dudas en el caso: aunque los contratos vinculan al demandante con organismos de Derecho público, la jurisprudencia del TJUE deja claro que forma parte del Derecho privado un contrato suscrito con un ente público si las funciones desempeñadas por el trabajador no implican ejercicio del poder público²⁴.

utiliza para determinar la ley del contrato, siendo numerosos los casos en que el Juez de la Unión admite la aplicación de la ley elegida por las partes, sin referirse a un texto legal específico. Entre las sentencias más recientes, posteriores al Reglamento de Roma I, *vid.* la STGUE de 4 de mayo de 2017, as. T-744/14, *Meta Group Srl.* (ECLI:EU:T:2017:304) en que el Tribunal se limita a decir que los contratos en cuestión quedan regidos por el Derecho belga en virtud de la cláusula de ley aplicable incluida en los mismos (apartado 64)

²¹ Según la jurisprudencia reciente del TGUE, las estipulaciones de las partes no pueden eludir las normas imperativas de la ley aplicable. *Vid.* apartado 38 de la STGUE as. T-165/20, *JC contra EUCAP Somalia* y apartado 53 de la STGUE as. T-194/20, *JF c. EUCAP Somalia*, aunque la última no identifica la ley aplicable al contrato, ya que “no parece que, para resolver el presente litigio, sea necesario aplicar disposiciones imperativas de Derecho nacional” (ver apartados 57 y 59)

²² Mencionando el Reglamento y los principios generales de los Estados miembros, se puede destacar la reciente STGUE as. T-194/20, *JF c. EUCAP Somalia*: “en caso de silencio del contrato, el Juez de la Unión debe determinar el Derecho aplicable inspirándose en los principios generalmente admitidos en los Estados miembros y utilizando las reglas contempladas en el Reglamento (de Roma I)” (apartado 55). Esta sentencia sigue la línea marcada previamente por la STGUE de 18 de febrero de 2016, as. T-164/14, *Calberson GE c. Comisión* (ECLI:EU:T:2016:85) (apartado 25). Por su parte, la STGUE as. T-165/20, *JC c. EUCAP Somalia* (apartado 40) se refiere en exclusiva al Reglamento de Roma I, sin mencionar los principios generales de los Estados miembros. En la doctrina, se considera que las reglas de Roma I se aplican por el Tribunal de Justicia en cuanto “principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros” (*vid.* C. KOHLER, *L'autonomie de la volonté en droit international privé...*, *op. cit.*, p. 31) o que los principios del Reglamento son una “fuente de inspiración” para el Tribunal de Justicia, junto al Derecho internacional privado de los Estados miembros (*vid.* K. LENAERTS, I. MASELIS y K. GUTMAN. *EU Procedural Law*, *op. cit.*, pp. 695-96).

²³ STGUE as. T-602/15 RENV, apartado 103

²⁴ *Vid.* la STJUE de 19 de julio de 2012, as. C-154/11, *Mahamdia* (ECLI:EU:C:2012:49) descartando la aplicación de las normas sobre inmunidad de jurisdicción e incluyendo en el ámbito material del RBI bis el contrato laboral de un trabajador que presta servicios para una Embajada, cuando las funciones ejercidas por el trabajador no formen parte del ejercicio del poder público. Puede consultarse sobre esta Sentencia el interesante comentario de P. JUÁREZ PÉREZ, “De inmunidades, sumisiones y centros de trabajo: la STJUE de 19 de julio de 2012, *Mahamdia c. República de Argelia*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2013), Vol. 5, Nº 1, pp. 267-268. La Sentencia sobre la competencia judicial internacional tiene incidencia directa sobre el ámbito de aplicación material de Roma I, habida cuenta de la necesidad de garantizar la coherencia entre este texto legal y el Reglamento de Bruselas (considerando 7 del Reglamento de Roma I).

III. La ley aplicable a la recalificación de los contratos de duración determinada como una única relación laboral indefinida

1. Posibles soluciones

8. Como indica el TGUE, en este caso, son aplicables las reglas del art. 8 del Reglamento de Roma I, que establecen un régimen especial para los contratos individuales de trabajo con la finalidad de proteger al trabajador. Este precepto se asienta sobre la idea de que la relación laboral se construye a partir de un único contrato de trabajo; sin embargo, en este caso, justamente se trata de decidir si una sucesión de contratos de duración temporal se puede considerar como una relación laboral única e indefinida.

Establecer la ley aplicable para resolver este problema no es difícil si todos los contratos temporales están sometidos a la misma ley, caso en que esta regirá tanto cada uno de ellos como la posibilidad de su conversión en un contrato indefinido. Sin embargo, cuando la concatenación de contratos se somete a diferentes leyes, la situación se complica. En la doctrina española, ha estudiado este problema A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, que ha propuesto buscar la ley más vinculada a la totalidad de la relación, prescindiendo de lo dispuesto en cada contrato. Para este autor, esa ley sería la de la prestación más habitual o significativa en el cómputo global²⁵.

9. En nuestra opinión, una solución completa del problema exige realizar por separado dos operaciones distintas: primero, determinar si es admisible la recalificación de los contratos temporales como una única relación laboral indefinida, y segundo, solo en caso afirmativo, hay que establecer la ley aplicable a la última. Según este planteamiento, el punto de partida sería que cada contrato queda regido por su propia ley, así que se comenzaría por analizar de forma independiente en cada uno de ellos – conforme a su propia ley reguladora – si contemplan la posibilidad de convertir la relación laboral en indefinida. Cuando la ley del contrato exige para ello el cumplimiento de un determinado plazo, para el cómputo temporal y como cuestión de hecho, se puede tener en cuenta la totalidad del tiempo prestado en el conjunto de los contratos²⁶. Si este proceso lleva a la conclusión de que sí existe un contrato laboral indefinido, en un segundo momento hay que identificar la ley aplicable a este, y para ello, nos parece muy adecuada la aproximación de A. ESPINIELLA.

Nos parece que esta forma de ver las cosas encaja muy bien con la regla “contrato por contrato”, que es la más sencilla a la hora de determinar la ley aplicable a un conjunto de contratos²⁷; además, conduce a un resultado muy en la línea del seguido por el TJUE en el caso a la hora de determinar la competencia del Tribunal²⁸, y es la solución más protectora del trabajador, ya que permite que cualquiera de las leyes rectoras de cada uno de los contratos de duración determinada establezca la conversión de la relación en indefinida.

10. Por su parte, el TGUE afronta el problema sin realizar consideraciones doctrinales sobre el mismo. Para solucionar el asunto, utiliza como primer parámetro la autonomía de la voluntad de las partes. El TGUE, en la línea jurisprudencial generalmente seguida²⁹, parte de la premisa de que el primer paso debe ser tratar de responder sobre la base de lo acordado por las partes³⁰. En este caso, la voluntad de las partes no es suficiente para resolver el caso de manera directa, así que el TGUE entiende que hay

²⁵ Vid. A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, *La relación laboral internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 130

²⁶ En la línea propuesta *ibid.*, p. 130: “el encadenamiento de contratos y el tiempo de trabajo en cada uno de ellos se pueden computar conjuntamente a efectos de evitar el fraude, aunque alguno de dichos contratos se haya celebrado o cumplido en el extranjero”

²⁷ Como indican A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, esta regla obvia las complicaciones que surgen de fijar la ley aplicable a un conjunto de contratos, *vid.* “Capítulo XX. Contratos internacionales I”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 2911, pp. 2890

²⁸ Vid. cómo resuelve el TJUE la cuestión de la competencia judicial, *supra*, nota 3.

²⁹ Vid. *supra*, par. 6

³⁰ STGUE as. T-602/15 RENV, apartado 105: “las estipulaciones contractuales en las que se pone de manifiesto la voluntad coincidente de las partes deben prevalecer sobre cualquier otro criterio, que solo podrá aplicarse en caso de silencio del contrato”

que determinar la ley estatal aplicable a los contratos³¹, operación para la que también parte del principio de libre elección: “el Derecho aplicable al contrato será, en consecuencia, en principio el que esté expresamente previsto en el contrato”³². Sin embargo, esto tampoco resuelve totalmente la cuestión, ya que, mientras que los nueve primeros contratos incluyen una cláusula de sumisión al Derecho irlandés, el décimo y el undécimo carecen de estipulación contractual alguna sobre la ley aplicable.

En esta situación, el TGUE determina la ley aplicable examinando por separado las dos series de contratos indicadas³³, y establece, por un lado, el derecho rector de los nueve primeros a partir de la autonomía de la voluntad contractual, y por otro, la ley aplicable en defecto de elección para los dos últimos contratos. Para estos, llega a la conclusión de que también es aplicable el Derecho irlandés, con base en la cláusula de escape del art. 8.4 RRI³⁴. Se puede observar que, realmente, el TGUE comienza por establecer la ley aplicable por separado para cada contrato, y busca a continuación una única ley rectora del conjunto, empleando – en el marco de la cláusula de escape – argumentos que relacionan todos los contratos entre sí, como la existencia de una única relación laboral. Veámoslo a continuación con más detalle.

2. Los acuerdos de elección de ley en los nueve primeros contratos

11. Los nueve primeros contratos remitían a la Comunicación C(2009) 9502 de la Comisión de 30 de noviembre de 2009 (“Reglamentación relativa a los consejeros especiales de la Comisión designados para la ejecución de las acciones operativas PESC y al personal contractual internacional”). Esta, al establecer las condiciones laborales del personal internacional, dispone la aplicación de la legislación laboral del Estado de la nacionalidad del trabajador, o del de su residencia fiscal permanente anterior a la entrada en funciones del trabajador, indicando que, en caso de divergencia entre ambas legislaciones, prevalece la última³⁵. Los contratos indicaban que la Comunicación formaba parte de ellos³⁶, y se había enviado una copia de la misma al demandante como anexo a un correo electrónico recibido antes de la firma del primer contrato³⁷, así que las partes eran conscientes (o por lo menos, estaban en condiciones de serlo) de las previsiones sobre ley aplicable incluidas en la Comunicación³⁸. En consecuencia, se puede entender, como hace el TGUE, que las partes habían elegido la ley irlandesa: el demandante era nacional irlandés, su país de origen Irlanda, y en ningún momento había manifestado que su residencia fiscal estuviera situada en un país diferente de su país de origen³⁹.

12. Los elementos del caso parecen indicar que el trabajador no participó de forma activa en una negociación acerca de la ley aplicable al contrato. Hay que señalar, no obstante, que una elección de ley no pierde eficacia por este motivo, y, de hecho, la jurisprudencia del TJUE a propósito del Reglamento de Roma I, ha aclarado que una cláusula de elección también es válida si solo ha sido redactada por el

³¹ *Ibid.*, apartado 111 y apartado 107. Según el último apartado, “en el presente asunto, si resultara constatado que los once CDD no contienen estipulaciones adecuadas para resolver directamente el litigio subyacente a la primera pretensión, se aplicarán las normas de Derecho internacional privado con el fin de determinar el Derecho nacional sustantivo aplicable en este caso”

³² *Ibid.*, apartado 105

³³ *Ibid.*, apartado 111

³⁴ *Ibid.*, apartado 139: “En conclusión, procede aplicar el Derecho irlandés a la totalidad de la relación contractual nacida de los once CDD (...). En consecuencia, se ha de resolver sobre el objeto del litigio subyacente a la primera pretensión a la luz de dicho Derecho, y no del Derecho belga invocado inicialmente por el demandante”

³⁵ El punto 4.a) párrafo tercero de la mencionada Comunicación indica que “el contrato de trabajo estará sujeto al Derecho laboral y a la legislación social del Estado del que sea nacional la persona contratada o del Estado de la residencia (fiscal) permanente declarada de esta última antes de su entrada en funciones”.

³⁶ STGUE as. T-602/15 RENV, apartado 116

³⁷ *Ibid.*, apartado 113

³⁸ Cumpléndose con ello los requisitos exigibles a una cláusula de ley aplicable incluida en las condiciones generales de la contratación a las que remite el contrato: como indican A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, en estos casos, para que la elección expresa de ley aplicable se considere válida, es necesario que las partes hayan sido conscientes de la remisión realizada por el contrato a las mismas: *vid.* “Capítulo XX. Contratos internacionales I”, *loc. cit.*, pp. 2903

³⁹ STGUE as. T-602/15 RENV, apartados 120 a 124

empresario, siempre que el trabajador la acepte⁴⁰. La protección del trabajador frente a cláusulas que le desfavorecen no se articula en el Reglamento de Roma I en función del papel más o menos activo que este haya tenido en la negociación, sino estableciendo la aplicación, como estándar mínimo, de las disposiciones imperativas de la ley aplicable en defecto de elección.

En efecto, el art. 8.1 indica claramente que la elección de la ley aplicable “no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le aseguren las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habrían sido aplicables en virtud de los apartados 2, 3 y 4 del presente artículo”. Esto implica que la ley elegida debe compararse con la ley aplicable en defecto de elección, aplicándose en todo caso las normas de Derecho imperativo vigentes en esta última. En el caso que se está analizando, sin embargo, el TGUE – aunque expone y explica a la perfección el sistema del art. 8 RRI – no comprueba en ningún momento si la ley elegida priva al trabajador de la protección que le otorgan las disposiciones imperativas de la ley rectora en defecto de elección.

3. La ley aplicable en defecto de elección en los contratos décimo y undécimo

13. A diferencia de lo que sucede con los nueve primeros contratos, los contratos décimo y undécimo no incluyen cláusula alguna que indique la ley aplicable a las condiciones laborales, aunque sí establecen una remisión a la ley nacional del trabajador (irlandesa) en relación con los regímenes fiscal, de seguridad social y de pensiones⁴¹. Para determinar la ley aplicable a estos contratos, el TGUE tiene en consideración los arts. 8.2 a 8.4 del Reglamento de Roma I⁴². El art. 8.2 del Reglamento señala claramente que en defecto de elección “el contrato se regirá por la ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente”. No suscita ninguna duda que esta regla conduce en el caso al Derecho de Kosovo, único lugar en que el trabajador ha prestado servicios para la Misión Eulex⁴³. Sin embargo, el TGUE descarta la aplicación de este ordenamiento, sin entrar en la discusión sobre la soberanía de Kosovo, con base en dos argumentos, primero, la falta de regulación de la cuestión litigiosa por parte de la Ley del Trabajo de Kosovo; segundo, la cláusula de escape del art. 8.4 RRI, al considerar que la relación laboral está más vinculada con Irlanda.

14. El primer motivo indicado no nos convence. Según el TGUE, “el propio Derecho laboral kosovar excluye (...) su aplicación a unas relaciones laborales como las controvertidas”, ya que las disposiciones de la ley núm. 3/L-212 sobre el Trabajo de Kosovo, (art. 2, apdo. 4) no son aplicables a las

⁴⁰ La STJUE de 15 julio 2021, as. acumulados C-152/20 y C-218/20, *DG y otros* (ECLI:EU:C:2021:600) indica con claridad que “El Reglamento no prohíbe la utilización de cláusulas tipo redactadas previamente por el empresario. La libertad de elección, en el sentido de esta disposición, puede ejercerse aceptando tal cláusula y no queda puesta en tela de juicio por el mero hecho de que dicha elección se realice sobre la base de una cláusula redactada e insertada por el empresario en el contrato” (apartado 40). Como indica J. RODRÍGUEZ RODRIGO en su comentario de la Sentencia, aunque se pueda cuestionar la validez del consentimiento de alguna de las partes, en ningún caso debe dudarse del mismo por el solo hecho de que la cláusula haya sido redactada por solo una de ellas. *Vid.* “Lugar de trabajo habitual a la luz del artículo 8.2 del Reglamento Roma I. Comentario de la STJUE de 15 de Julio 2021, asuntos acumulados C-152/20 y C-218/20”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2022), Vol. 14, Nº 1, pp. 868. Sobre la misma Sentencia, es igualmente de gran interés el comentario de N. MARCHAL ESCALONA, “La autonomía de la voluntad conflictual y sus límites en los contratos laborales en el sector del transporte por carretera”, *Bitácora Millenium DIPr: Derecho Internacional Privado*, Nº 14, 2021, pp. 50-67

⁴¹ Los contratos indicaban que estas cuestiones quedaban regidas por la legislación nacional del trabajador vigente en el país de residencia fiscal permanente previa a la entrada en la Misión Eulex Kosovo, esto es, el Derecho irlandés en el caso.

⁴² STGUE as. T-602/15 RENV, apartado 128: “Al no haber realizado las partes contratantes una elección en tal sentido en estos últimos CDD, se ha de determinar el Derecho laboral aplicable sobre la base de los criterios de conexión del Derecho internacional privado, a saber, en este caso, como se ha recordado en el apartado 106 de la presente sentencia, con arreglo a los criterios objetivos del art. 8, apartados 2 a 4, del Reglamento Roma I”.

⁴³ El art. 8.2, sin embargo, plantearía dificultades de aplicación si el Juez de la Unión hubiera intentado determinar la ley aplicable a la totalidad de la relación laboral del Sr. Jenkinson con las instituciones europeas, ya que entre 1994 y 2014, el trabajador había prestado servicios en los Balcanes, en Bosnia-Herzegovina y en Kosovo. Las soluciones en este caso hubieran podido ser, o bien determinar la ley aplicable “contrato por contrato”, o bien recurrir a la “ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador”, en aplicación del art. 8.3 del Reglamento.

relaciones laborales concertadas en Misiones internacionales⁴⁴. Sin embargo, el hecho de que una concreta ley de un ordenamiento extranjero no regule una situación o la excluya de su ámbito de aplicación no debería tener como consecuencia la no aplicación del Derecho extranjero designado por la norma de conflicto. A partir del principio de aplicación integral del Derecho extranjero, el caso debería resolverse buscando la solución que daría al mismo el Juez de dicho Estado, incluyendo, de ser necesario, las normas extranjeras sobre integración de lagunas.

Por otro lado, aunque en este supuesto el demandante y la Misión Eulex Kosovo estaban de acuerdo sobre que la Ley del Trabajo kosovar no regulaba la situación, esto no cambia las cosas. En materia laboral, hay que garantizar que se tomen en consideración las disposiciones imperativas de la ley aplicable en defecto de elección, incluso si eso requiere que el Juez adopte un papel más activo en la indagación de su contenido y en la aplicación del Derecho extranjero⁴⁵. Si el litigio se interpone ante el TGUE, el argumento se refuerza. Las normas de procedimiento del Tribunal de Justicia no indican el tratamiento procesal que el mismo debe dar al Derecho extranjero, pero la doctrina ha mantenido que este no debe ser tratado como un elemento de hecho por el Juez de la Unión, y ha propuesto que este investigue de oficio la ley extranjera, invitando a las partes a prestar su ayuda a la hora de probarla, de ser necesario⁴⁶.

15. Si nos parece acertado descartar el Derecho kosovar utilizando la cláusula de escape en favor del Derecho irlandés. La argumentación del TGUE sobre la aplicación del Derecho irlandés pivota en torno a dos consideraciones: primera, la presencia de una relación laboral continuada entre las partes a lo largo de los once contratos de duración determinada; y segunda, que los regímenes fiscal, de seguridad social y de pensiones del trabajador dependían del Derecho irlandés.

La primera idea tiene sentido a la hora de aplicar la cláusula de escape. La existencia de una relación laboral mantenida entre las partes, desde la firma del primero de los once contratos, muestra la vinculación existente entre todos ellos, por lo que, según el TGUE, para los dos últimos “procede tener en cuenta los parámetros de determinación de dicho Derecho que figuraban en los nueve primeros CDD”⁴⁷. Aunque el TGUE no lo menciona, el argumento encaja con lo previsto en el Considerando 21 de la Exposición de Motivos del Reglamento de Roma I que indica que, a efectos de determinar la ley de los vínculos más estrechos, “debe tenerse en cuenta, entre otros aspectos, si el contrato en cuestión tiene una relación muy estrecha con otro contrato o contratos”⁴⁸. En el caso, que se aplique una única ley a la totalidad de la relación laboral, vía cláusula de escape, sin duda simplifica las cosas. En segundo término, al aplicar la cláusula de escape, el TGUE tiene en consideración que los regímenes fiscal, de seguridad social y de pensiones están sometidos en los dos últimos contratos al Derecho irlandés. Este

⁴⁴ STGUE as. T-602/15 RENV, apartado 129

⁴⁵ En opinión de A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, el acuerdo de las partes no es motivo suficiente para que el Juez no aprecie de oficio la ley de mínimos, ya que las normas imperativas de la ley aplicable en defecto de elección deben tenerse en cuenta al margen de la actuación procesal de las partes, *vid. La relación laboral internacional, op. cit.*, pp. 527-28. L.F. CARRILLO POZO argumenta la necesidad de un cambio en el papel tradicional del Juez a la hora de poner en funcionamiento la norma de conflicto en el ámbito laboral, hacia un papel más activo, en que el acuerdo de las partes pierde importancia. El Juez debe asumir una tarea de investigación de ser necesario, para evitar que la elección de ley aplicable en materia laboral se convierta en una elección normal, sin protección alguna de parte débil. *Vid.* “La ley aplicable al contrato de trabajo plurilocalizado: el Reglamento Roma I”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 132, 2017, pp. 155

⁴⁶ *Vid.* G. KREMLIS, “De quelques clauses d’élection de for...”, *loc. cit.*, pp. 791. Este autor realiza interesantes observaciones sobre esta cuestión: considera que el Tribunal de Justicia, en cuanto institución internacional, no debe tratar el Derecho extranjero como un elemento de hecho, pues esto iría contra la cortesía internacional y podría menoscabar el prestigio de la institución, haciendo menos interesante para las partes acordar una cláusula compromisoria en su favor (pp. 791-92); en todo caso, para G. KREMLIS, hay que diferenciar entre la aplicación de la ley de un Estado miembro y la de un tercer Estado. La primera debería tratarse por el Tribunal de Justicia más como un Derecho vecino que como una ley extranjera, y debe aplicarse de oficio. La ley de un tercer Estado, sin embargo, puede resultar más difícil de aplicar por motivos de acceso a la misma, a la jurisprudencia, al idioma, etc. Este autor considera que esta ley también debería aplicarse de oficio por el Tribunal, aunque recabando de ser necesario la colaboración de las partes (pp. 789-792)

⁴⁷ STGUE as. T-602/15 RENV, apartado 136.

⁴⁸ Esta idea también se encuentra en la jurisprudencia del TJUE. La STJUE de 23 de octubre de 2014, as. C-305/13, *Haeger & Schmidt GmbH* (ECLI:EU:C:2014:2320), dictada a propósito del Convenio de Roma I, indica que, para la toma en cuenta de la cláusula de excepción, el “juez nacional deberá tener en cuenta todas las circunstancias que concurran, incluida la existencia de otros contratos relacionados con el contrato en cuestión”. *Vid.* en particular apartados 49 y 51

argumento también nos parece acertado, ya que va en la línea de lo indicado por el TJUE en la jurisprudencia *Schlecker*⁴⁹. Según esta, la aplicación de la cláusula de escape requiere llevar a cabo una apreciación global de la totalidad de los elementos objetivos que caracterizan la relación contractual. Esto implica tener en cuenta elementos significativos de vinculación como “el país en el que el trabajador por cuenta ajena paga sus impuestos y los tributos que gravan las rentas de su actividad y aquel en el que está afiliado a la seguridad social y a los distintos regímenes de jubilación, seguro por enfermedad e invalidez”, así como “la totalidad de las circunstancias del asunto, como, en particular, los parámetros relacionados con la fijación del salario u otras condiciones de trabajo”⁵⁰.

16. Tras realizar una valoración global, también nos parece correcto el resultado alcanzado por el Tribunal descartando la aplicación del Derecho de Kosovo, pese a que el lugar de desempeño habitual del trabajo es un criterio prioritario y previsible para las partes⁵¹. No, desde luego, como indica el TGUE, por no regular la Ley del Trabajo de ese país los servicios prestados en Misiones extranjeras. Más bien porque en este supuesto son muchos los elementos ajenos al lugar de prestación, ya que se trata de una relación laboral que desarrolla en Kosovo un trabajador extranjero para una organización de carácter internacional y regida por un ordenamiento diferente del lugar del trabajo⁵², en un caso en que, además, se aplican leyes extranjeras sobre seguridad social y régimen fiscal.

En esta situación, descartada la aplicación del Derecho kosovar, solo quedan dos opciones a la hora de escoger la ley más vinculada con la situación: el Derecho irlandés elegido por el Tribunal, o el Derecho belga, en que basaba sus alegaciones el demandante. Desde el punto de vista de la proximidad, consideramos preferible la decisión en favor del Derecho irlandés. La ley del Estado enviante es un criterio relevante para determinar la ley aplicable a los servicios prestados por los empleados públicos de un Estado en el extranjero⁵³, pero esto no conduce necesariamente al Derecho belga en este caso. Hay que tener en cuenta, primero, que el Sr. Jenkinson es un contratado laboral y no un empleado público; segundo, que no presta servicios para su propio Estado, sino para una organización internacional; y por último y más importante, aunque muchos de los contratos concluidos por la Unión Europea se someten al Derecho belga⁵⁴, esto es fruto de la voluntad de las partes y se limita a los casos en que las partes acuerdan su aplicación; la ley de la institución enviante no es propiamente la Ley belga, sino el Derecho de la Unión Europea que, como ya hemos visto, no permite por sí solo resolver la situación.

En favor del Derecho belga, sin embargo, sí hay que señalar que este era el que aparentemente más favorecía al trabajador⁵⁵. Es cierto que este argumento por sí solo no cambia las cosas, ya que en el caso *Schlecker* el TJUE ha rechazado la toma en consideración del principio de protección del trabajador a la hora de aplicar la cláusula de escape⁵⁶, pero sin duda estamos de acuerdo con M. GARDEÑES en una

⁴⁹ STJUE de 12 septiembre 2013, as. C-64/12, *Schlecker* (ECLI:EU:C:2013:551)

⁵⁰ *Ibid.*, apartado 41

⁵¹ Como también ha indicado el TJUE: *ibid.*, apartado 32. Entre los argumentos en favor de la aplicación de la ley del lugar de desempeño habitual, además de los señalados, hay que indicar que es habitualmente la del domicilio del trabajador, se relaciona con la organización social y económica de los Estados y coincide con las normas de policía y en la mayor parte de los casos, con el sistema de seguridad social. *Vid.* A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, *La relación laboral internacional*, *op. cit.*, pp. 89-90.

⁵² Justamente uno de los casos en que la doctrina considera adecuado que el art. 8.4 proyecte su eficacia es el de aislamiento del lugar del trabajo, por prestarse los servicios en el extranjero para una instalación sometida a otro ordenamiento, como una base militar. *Vid.* L.F. CARRILLO POZO, “La ley aplicable al contrato de trabajo plurilocalizado...”, *loc. cit.*, pp. 149

⁵³ Como señala M. GARDEÑES SANTIAGO en este caso, el debate entre la *Lex loci laboris* y la del Estado enviante es una cuestión clásica. *Vid.* “Derecho imperativo y contrato internacional de trabajo”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 132, 2017, pp. 182, nota 68.

⁵⁴ Así lo indica en relación con los contratos laborales, A. ARUFE VARELA, *El personal laboral de la Unión Europea*, Barcelona, Atelier, 2020, pp. 82-83, pero las cláusulas de elección de ley en favor del Derecho belga se encuentran en todo tipo de contratos suscritos por la Unión.

⁵⁵ El trabajador invoca las normas del Derecho belga en favor de sus pretensiones (*vid.*, por ejemplo, apartado 190 de la STGUE as. T-602/15 RENV). No obstante, solo quedaría claro que el Derecho belga era más favorable al trabajador si el TGUE hubiera analizado su posible aplicación de este al caso.

⁵⁶ STJUE as. C-64/12, *Schlecker*, apartado 34 “dicha disposición (el art. 6 del Convenio de Roma) debe garantizar que se aplique, al contrato de trabajo, la ley del país con el que ese contrato establece los vínculos más estrechos. Pues bien, tal interpretación no debe conducir necesariamente (...) a que se aplique, en todos los casos, la ley más favorable para el trabajador”

propuesta de reforma del art. 8.4 del Reglamento de Roma I que permita tomar en cuenta el principio *pro operario* a la hora de su aplicación⁵⁷.

IV. Valoración final

17. El pronunciamiento del TGUE en el caso *Jenkinson* es importante, ya que es previsible que los problemas planteados en este supuesto vuelvan a aparecer en el futuro. Es habitual la concatenación de contratos temporales para el personal civil internacional de las Misiones de la Unión Europea, y también que estos se sometan a normas y estipulaciones que difieren entre sí. En este caso, el resultado final es desfavorable al trabajador: sobre la base del Derecho irlandés aplicable a la totalidad de la relación, el TGUE llega a la conclusión de que “procede desestimar la solicitud de recalificación de los CDD sucesivos como un solo CDI”⁵⁸ tras considerar que existen “razones objetivas” para la celebración de los sucesivos contratos de duración determinada.

Sin discutir la aplicación del Derecho irlandés al caso, que nos parece razonable, como ya hemos indicado, nos ha llamado la atención como el principio de protección del trabajador brilla por su ausencia en el razonamiento del Tribunal General y en la decisión final que adopta. La lectura de las diferentes resoluciones dictadas sobre el caso deja la impresión de que este principio apenas se tiene en cuenta por parte del TGUE a la hora de resolver los litigios entre la Unión y sus trabajadores. En todo caso, aún queda esperar a que se resuelva el recurso de casación que el Sr. Jenkinson ha interpuesto contra la Sentencia que se comenta. Así que, a la espera de la nueva Sentencia del Tribunal de Justicia, solo podemos decir que “continuará”...

⁵⁷ Vid. M. GARDEÑES SANTIAGO, “Derecho imperativo y contrato internacional...” *loc. cit.*, pp. 184

⁵⁸ STGUE as. T-602/15 RENV, apartado 210. CDI se utiliza por el TGUE para referirse al contrato de duración indeterminada y CDD son los contratos de duración determinada.

De nuevo la batalla por la cuantificación del daño y la estimación judicial: La STJUE *Tráficos Manuel Ferrer*

Again, the battle of harm quantification and judicial estimation: The CJEU ruling *Tráficos Manuel Ferrer*

FERNANDO DíEZ ESTELLA

*Profesor Titular acreditado de Derecho Mercantil
Universidad Antonio de Nebrija*

ORCID ID: 0000-0002-5011-0051

Recibido:14.06.2023 / Aceptado:12.07.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.8097

Resumen: A punto de cumplirse una década desde la aprobación de la Directiva 2014/104/UE, de daños derivados de ilícitos anticompetitivos, si bien los principios que la inspiran están ya firmemente asentados, su aplicación práctica ha encontrado un sinfín de problemáticas, tanto sustantivas como procesales. El principal obstáculo al que, hoy en día, se enfrentan quienes ejercen su derecho a ser indemnizados es sin duda la cuantificación del daño. Junto a las herramientas de acceso a las fuentes de prueba, o las presunciones para redistribuir las cargas probatorias en el proceso, se ha configurado la facultad de estimación judicial del daño resarcible. En este comentario se analiza esta novedosa figura, al hilo de la Sentencia del TJUE en el asunto *Tráficos Manuel Ferrer*, así como la jurisprudencia española al respecto, como la emanada del Juzgado Mercantil nº 3 de Valencia, y las trascendentales sentencias del Tribunal Supremo de junio de 2023. Pese a que todavía quedan aspectos por perfilar, todos estos pronunciamientos han delimitado cuando se puede y cuando no se puede hacer uso de esta facultad.

Palabras clave: aplicación privada, acciones de daños, cuantificación del daño, estimación judicial.

Abstract: Almost a decade after the approval of Directive 2014/104/EU on damages arising from anticompetitive offenses, although the principles that inspire it are now firmly established, its practical application has encountered a myriad of problems, both substantive and procedural. The main obstacle faced today by those who exercise their right to compensation is undoubtedly the quantification of the damage. Together with the tools of access to the sources of evidence, or the presumptions to redistribute the burden of proof in the process, the possibility of judicial estimation of the compensable damage has been configured. This commentary analyzes this novel figure, following the CJEU Judgment in the *Tráficos Manuel Ferrer* case, as well as the Spanish jurisprudence in this respect, such as the emanating from the Commercial Court nº 3 of Valencia, and essentially the landmark Supreme Court's sentences of June 2023. Although there are still some aspects to be defined, all these pronouncements have delimited when it is possible and when it is not possible to make use of this capacity.

Keywords: private enforcement, damages actions, harm quantification, judicial estimation of damages.

Sumario: I. Introducción: casi una década desde la aprobación de la Directiva 2014/104/UE, ¿dónde estamos? II. La función disuasoria de la aplicación privada del Derecho de la Competencia y los principios de indemnidad y efectividad. III. Reclamaciones contra el “cártel de los camiones”: cuantificación del daño, informes periciales y exigencias probatorias. IV. La STJUE de 16 de febrero

de 2023: Condiciones para hacer uso de la facultad judicial de estimación del daño. 1. El “precedente” de la *STJUE DAF Trucks NV y AB Volvo*. 2. La cuestión prejudicial: el Auto del Juzgado Mercantil nº 3 de Valencia, de 10 de mayo de 2021. 3. El pronunciamiento en *Tráficos Manuel Ferrer*. V. La respuesta del Juzgado Mercantil nº 3 de Valencia: sentencia núm. 24/2023, de 10 de marzo de 2023. 1. Cuándo se puede (y se debe) emplear la facultad de estimación judicial. 2. Cuando no se puede (o no se debería) emplear la facultad de estimación judicial. 3. Propuesta de estándar para acudir a la estimación judicial. VI. Los pronunciamientos del Tribunal Supremo de junio de 2023. VII. Conclusiones.

“La plena eficacia del artículo 85 del Tratado y, en particular, el efecto útil de la prohibición establecida en su apdo. 1 se verían en entredicho si no existiera la posibilidad de que cualquier persona solicite la reparación del perjuicio que le haya irrogado un contrato o un comportamiento susceptible de restringir o falsear el juego de la competencia”

TJCE, Sentencia de 2001 *Courage* (Apdo. 26).

I. Introducción: casi una década desde la aprobación de la Directiva 2014/104/UE, ¿dónde estamos?

1. El pasado 16 de febrero de 2023 el Tribunal de Justicia de la UE dictó la esperada sentencia en el asunto *Tráficos Manuel Ferrer*¹, que da respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado Mercantil nº 3 de Valencia, con relación a una reclamación de daños derivada del conocido cártel de los fabricantes de camiones, sancionado² por la Comisión Europea.

2. Aunque uno de los aspectos de este pronunciamiento que más eco ha tenido en los medios de comunicación jurídicos ha sido el relativo a las costas procesales, en este comentario vamos a fijarnos sobre todo en la otra gran cuestión a la que da respuesta: la problemática relativa a la cuantificación del daño y la novedosa facultad de estimación judicial. Y lo haremos en relación con la previa sentencia del TJUE en el asunto *DAF Trucks y AB Volvo*³, sobre la misma cuestión debatida, ya que ambas han de interpretarse conjuntamente.

3. Por otro lado, se analizará también la Sentencia⁴ del Juzgado Mercantil nº 3 de Valencia, de 10 de marzo de 2023, que da “cumplimiento” al pronunciamiento del TJUE, para lo que será preciso exponer brevemente los problemas generales que plantea cuantificar el daño provocado por el cártel de los fabricantes de camiones, desde la perspectiva de los reclamantes, y las dificultades -procesales y sustantivas- a las que éstos se enfrentan. Y, muy especialmente, se reseñarán las trascendentales sentencias del Tribunal Supremo de junio de 2023, las primeras que se dictan resolviendo recursos de casación en el “cártel de los camiones”.

4. En España desde la aprobación de la actual LDC no cabía ninguna duda⁵ que nuestro sistema *antitrust* contemplaba las acciones de daños derivados de ilícitos anticompetitivos. En el ámbito de la UE, desde la histórica sentencia en el asunto *Courage c. Crehan*⁶, del año 2001, se había reconocido por parte del entonces TJCE (Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea) como un derecho esencial

¹ STJUE (Sala Segunda) de 16 de febrero de 2023, As. C-313/21 (ECLI:EU:C:2023:99).

² Decisiones de 19 de julio de 2016 y de 27 de noviembre de 2017 (Asunto AT.39284).

³ STJUE (Sala Primera) de 22 de junio de 2022, As. C-267/20, de (ECLI:EU:C:2022:494).

⁴ SJMerc. nº 3 Valencia, de 10 de marzo de 2023 (ECLI:ES:JMV:2023:548).

⁵ *Vid.*, por todos, J. PÁSSAS, y J. PÉREZ, “Reclamaciones de daños y perjuicios derivados de la infracción de la normativa sobre competencia”, en A. CREUS (ed.), *La Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. Jornada de estudio de la AEDC*, Ed. Wolters Kluwer (2008), pp. 249-278.

⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2001, As. C-453/99, *Courage Ltd c. Bernard Crehan*, Rec. 2001 p. I-6297.

de los perjudicados por un ilícito anticompetitivo la obtención de un resarcimiento patrimonial por los daños sufridos. Este principio de la “plena compensación”, de indemnidad para los quien ha sufrido un daño económico, se consagra ahora como uno de los pilares de la aplicación privada del Derecho de la Competencia en la UE.

5. Poco tiempo después de *Courage*, en el año 2006, la sentencia del TJCE en el asunto *Manfredi*⁷ desarrollaría aún más este principio, estableciendo que las normativas nacionales no podían obstaculizar este resarcimiento efectivo de las víctimas de una conducta antitrust. Desde los primeros análisis que se hicieron de este proceso de privatización del derecho de competencia⁸ se puso de manifiesto que tanto en el ordenamiento jurídico español como en el de la UE existían cauces procesales para reclamar una indemnización por el daño sufrido, pero su efectividad real era prácticamente nula⁹.

6. En efecto, este proceso de modernización y descentralización no produjo avance alguno en el ámbito de las reclamaciones patrimoniales, que seguían siendo en España -y en el resto de los estados miembros de la UE- prácticamente inexistentes. Existía, como ha quedado dicho, la posibilidad teórica, pero no era un sistema eficaz, debido a los múltiples obstáculos existentes que impedían la realidad de un “marco normativo realmente eficaz para obtener la reparación de los daños causados por infracciones al Derecho de la competencia”¹⁰.

7. Este proceso de privatización y descentralización del *enforcement* antitrust experimentó, hace ya casi una década, un renovado y definitivo impulso con la aprobación de la Directiva¹¹ 2014/104/UE en materia de ejercicio de acciones de daños por infracciones del Derecho de la competencia. En España, esta profunda transformación se ha incorporado al derecho interno por Real Decreto-Ley¹² 9/2017, de 26 de mayo.

8. La incorporación de la Directiva de daños a nuestro derecho interno, y su aplicación por los jueces y tribunales españoles en estos primeros compases de su vigencia, ha experimentado las fases típicas de todo proceso legislativo novedoso: desconcierto inicial, pronunciamientos contradictorios, consolidación y maduración del sistema. A la postre, una de las herramientas que más ha contribuido a clarificar aquellos aspectos -tanto en el plano sustantivo como en el procesal- dudosos, ha sido la elevación al TJUE por parte de los órganos jurisdiccionales de cuestiones prejudiciales. Precisamente una de ellas es la que da pie al pronunciamiento que será objeto de análisis en estas páginas¹³.

⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia, de 13 de julio de 2006, Asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*.

⁸ C. HERRERO SUÁREZ, “La aplicación privada del Derecho de la Competencia Europeo: El Libro Blanco en materia de Acciones de Daños y Perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de Defensa de la Competencia”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº 3, Año 2008.

⁹ Se trata del antiguo artículo 13.2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, que establecía una suerte de “prejudicialidad” administrativa, de modo que sólo sobre la base de una Resolución firme de la Autoridad correspondiente podían los particulares entablar la acción de daños y perjuicios ante la jurisdicción civil. Esto suponía un interminable proceso, calificado con acierto como “el largo camino hacia el resarcimiento patrimonial”; A. CREUS, “La privatización del Derecho de la Competencia”, *Gaceta Jurídica de la Competencia*, nº 200 (1999), pág. 55.

¹⁰ C. FERNÁNDEZ-VICIÉN, “La eficiencia real del Derecho de la Competencia: la indemnización de los daños causados”, en S. MARTÍNEZ-LAGE y A. PETITBÓ JUAN (Dir.), *La modernización del Derecho de la Competencia*, Ed. Marcial Pons – Fundación Rafael del Pino, Madrid 2005, pág. 171.

¹¹ Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014 que establece determinadas normas por las que se rigen, en virtud del Derecho nacional, las acciones de daños resultantes de las infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, D.O.U.E. L349/1, de 5 de diciembre de 2014, pp. 5 a 19.

¹² Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores, B.O.E. núm. 126, pág. 42820, de 27 de mayo de 2017.

¹³ Puede encontrarse un comentario más temprano y breve a la sentencia del TJUE *Tráficos Manuel Ferrer* en F. DíEZ ESTELLA, “Cuándo se puede -y cuándo no- acudir a la estimación judicial del daño”, en *Almacén de Derecho*. 20 de abril de 2023. Disponible en: <https://almacendederecho.org/cuando-se-puede-y-cuando-no-acudir-a-la-estimacion-judicial-del-dano> (último acceso el 14 de junio de 2023).

9. En este histórico pronunciamiento de 16 de febrero de 2023 en el Asunto C-312/21, *Tráficos Manuel Ferrer, S.L. y Daimler AG*, el TJUE resuelve una cuestión prejudicial planteada¹⁴ por el Juzgado Mercantil nº 3 de Valencia, respecto al tema de las costas judiciales y la facultad de estimación del daño, en el contexto de una reclamación de daños derivados del conocido “cártel de los camiones”.

10. Como es sabido, la facultad de estimación del daño que el art. 17 de la Directiva 2014/104/UE y el correspondiente art. 76.2 LDC conceden al juez puede ejercitarse cuando se acredita que el demandante los sufrió y resulta prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificarlos con precisión¹⁵. Y es tarea ciertamente difícil, ya que esta cuantificación no puede hacerse -como en otros ámbitos de la responsabilidad civil por daños- midiendo el quebranto patrimonial cierto y preciso, sino recreando un escenario hipotético contrafactual: estimando cuál sería el precio que habría pagado el adquirente del camión en condiciones de un mercado competitivo, no cartelizado. Esta es, sin duda, la tarea más compleja a resolver en una litigación de daños derivados de un cártel, el núcleo del problema. Como afirmara, por ejemplo, la AP de A Coruña, en una sentencia¹⁶ de 8 de febrero de 2021: “*La demostración del daño particularmente sufrido por los demandantes es el punto central del litigio*” (FD 6º, apartado 30).

11. Para el desarrollo de este trabajo se seguirá el siguiente esquema. Tras este primer epígrafe de introducción se examinará, en el apartado II, en el contexto -más amplio- de la complementariedad de la aplicación pública y privada, como el TJUE lleva a cabo sustanciosas consideraciones sobre la función disuasoria (y no meramente resarcitoria) de las acciones de daños. Y, en respuesta a las consideraciones que a su vez hace el órgano jurisdiccional español remitente, cómo juega en este ámbito el principio comunitario de *efectividad*. A continuación, en el apartado III se examinará el presupuesto que da origen a la cuestión prejudicial: el problema de la cuantificación del daño, y el papel que juegan los informes periciales, y el estándar de exigencia probatoria que es razonable pedirles. Seguidamente, en el apartado IV analizaremos el planteamiento de la cuestión prejudicial por parte del Juzgado Mercantil nº 3 de Valencia, en su Auto de 10 de mayo de 2021, la respuesta que da la Sentencia del TJUE *Tráficos Manuel Ferrer*, del pasado 16 de febrero de 2023. Evidentemente, no podemos llevar a cabo un análisis completo de la misma, y ello obligará a obviar algunos puntos, dignos del máximo interés, y objeto de la cuestión prejudicial, como es el tema de las costas procesales. En este comentario nos centraremos exclusivamente en la delimitación que hace el TJUE de la facultad de estimación del juez. En el apartado V se analiza el pronunciamiento del Juzgado Mercantil nº 3 de Valencia, de 10 de marzo de 2023. En el apartado VI haremos una breve reseña de las trascendentales sentencias dictadas por el Tribunal Supremo español en junio de 2023, que sientan definitivamente doctrina sobre la facultad de estimación judicial (entre otras cuestiones). Finalmente, en el apartado VII, se ofrecen una serie de conclusiones y valoración global de las cuestiones examinadas.

II. La función disuasoria de la aplicación privada del Derecho de la Competencia y los principios de efectividad e indemnidad

12. En todos los debates previos a la aprobación de la Directiva 2014/104/UE se insistió infatigablemente en la complementariedad entre la aplicación pública y la aplicación privada del Derecho de la Competencia, como sistemas que están llamados a complementarse, no a ser sustitutivo uno del otro. Esto corresponde al entendimiento de que cada uno tiene sus propios objetivos en el marco del fin

¹⁴ Auto de 10 de mayo de 2021, Rec. Núm. 1017/2019 (ECLI:ES:JMV:2021:681A), del Magistrado Eduardo Pastor Martínez.

¹⁵ F. GARCÍA DE LA VEGA, “Análisis del Artículo 76 LDC”, en J. FOLGUERA y J. MASSAGUER (Dir.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Ed. Civitas, 6ª Ed., Madrid 2020, págs. 1680 y ss.

¹⁶ Sentencia núm. 42/2021, de 8 de febrero de 2021 (Ponente: Pablo Sócrates González-Carrero) ECLI:ES:APC:2021:21). Acude el magistrado a la *Guía Práctica de la Comisión Europea sobre cuantificación del daño en demandas por infracción de los artículos 101 y 102 TFUE*, y como la Guía recuerda, señala que “*es imposible saber con certeza cómo habría evolucionado exactamente un mercado si no se hubiera producido la infracción*” (FD 6º, n. 33).

común de la defensa de la competencia: el *public enforcement* busca el efecto disuasorio (*deterrence*) a través de la política sancionadora, mientras que el *private enforcement* busca el resarcimiento patrimonial de los perjudicados por una práctica anticompetitiva.

13. Ello no impidió que se cuestionara si el previsible desarrollo de las acciones de daños llevaría a un detrimento del *public enforcement*: “la aplicación pública y privada del derecho de la competencia deben apoyarse mutuamente e interactuar de forma coordinada, logrando que la intensificación y aumento de las reclamaciones de daños no perjudique la aplicación administrativa de la norma”¹⁷. Este debate ha ocupado un papel muy señalado en las sentencias que se han ido dictando al hilo de cuestiones prejudiciales en torno al cártel de los camiones. Así, en la reciente decisión *Sumal c. Mercedes*¹⁸ señala el TJUE que:

“al igual que la aplicación de las normas de competencia de la Unión por las autoridades públicas (*public enforcement*), las acciones de resarcimiento por daños y perjuicios por infracción de tales normas (*private enforcement*) forman parte integrante del sistema de aplicación de estas normas, que tiene por objeto sancionar los comportamientos de las empresas contrarios a la competencia y disuadirlas de incurrir en ellos” (apartado 37).

14. Esta rotunda afirmación se apoya explícitamente en la no menos reciente sentencia *Skanska*¹⁹, que también resuelve una cuestión prejudicial al hilo de las reclamaciones de daños antitrust. Como puede deducirse de la literalidad de la expresión, asigna a la aplicación privada la función disuasoria que siempre se ha considerado como propia (¿y exclusiva?) de la aplicación pública del Derecho de la Competencia. En sus conclusiones a otro asunto similar (discutiendo sobre el concepto de “empresa”²⁰, y quiénes son los destinatarios de las normas de competencia, y en qué medida los infractores son los responsables a efectos de la reclamación de daños en el cártel de los camiones), ya había manifestado el A.G. Wahl con toda rotundidad que: “Al utilizar expresiones categóricas como derechos y eficacia del Derecho de la competencia de la Unión, el Tribunal de Justicia recalcó especialmente la función disuasoria de las demandas de indemnización de daños por infracción del Derecho de la competencia de la Unión”²¹. Por su parte, en *Sumal c. Mercedes* el TJUE sigue con un discurso igualmente explícito en este mismo sentido: “más allá de la propia reparación del perjuicio alegado, la apertura de este derecho contribuye a la consecución del objetivo disuasorio que se halla en el centro de la acción de la Comisión” (apartado 36).

15. Todo esto tiene gran relevancia también para el caso *Tráficos Manuel Ferrer*. El actual sistema de *enforcement* “bifurcado”²² (público y privado) persigue la disuasión como objetivo principal, lo que no excluye la búsqueda de compensación por los daños causados por las prácticas anticompetitivas de las prácticas anticompetitivas. Por lo tanto, las dos ramas que componen el sistema de aplicación,

¹⁷ D. CASTRO-VILLACAÑAS, “La transposición de la *Directiva de Daños* de 2014 y la interacción entre aplicación pública y aplicación privada del Derecho de la Competencia”, en *Anuario de la Competencia 2015*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2016, pág. 445.

¹⁸ STJUE (Gran Sala) de 6 de octubre de 2021, *Sumal, S. L., contra Mercedes Benz Trucks España, S.L.*, As. C-882/19 (ECLI:EU:C:2021:800).

¹⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 14 de marzo de 2019, As. C-724/17, *Skanska Industrial Solutions y otros* (ECLI:EU:C:2019:204), apartado n° 45.

²⁰ Sobre esta cuestión, permítase la referencia a F. DíEZ ESTELLA, “En búsqueda de un concepto de “empresa” en el Derecho de la competencia: la STJUE *Sumal c. Mercedes Benz*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 14 (2), septiembre de 2022, págs. 319-347.

²¹ Conclusiones del Abogado General Wahl, presentadas el 6 de febrero de 2019, Asunto C 724/17, *Vantaan kaupunki contra Skanska Industrial Solutions Oy NCC Industry Oy Asphaltmix Oy* (ECLI:EU:2019:100), apartado 29.

²² Sigue el AG Wahl, en las citadas Conclusiones en *Skanska* profundizando en esta cuestión, y habla de dos ramas que han de considerarse como un único sistema: “Ello se debe a que una demanda civil de indemnización por daños y perjuicios, al igual que la aplicación del Derecho de la competencia en el ámbito público por las autoridades de defensa de la competencia, también persigue —aunque por un mecanismo distinto— disuadir a las empresas de llevar a cabo comportamientos contrarios a la competencia. En efecto, como *Vantaan kaupunki* señaló, la aplicación en el ámbito público y la aplicación en el ámbito privado del Derecho de la competencia de la Unión forman parte de un sistema completo, aunque con dos ramas, que ha de considerarse como un todo.” (Apartado 76).

persiguen un objetivo común, a saber, la disuasión del comportamiento anticompetitivo²³. Y más allá de la sanción económica en vía administrativa, sería muy poco “disuasorio” para la empresa infractora que debido a dificultades procesales o a la asimetría informativa en la que habitualmente se encuentra el demandante de daños derivados de una práctica anticompetitiva, la responsable quedara “impune”, y no se pudiera hacer efectiva su obligación de resarcir el perjuicio económico causado.

16. Es por ello que el pronunciamiento en *Tráficos Manuel Ferrer* recoge (apartado 4) el Considerando nº 11 de la Directiva 2014/104/UE: “Todas las normas nacionales que regulan el ejercicio del derecho a resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados por una infracción de los artículos 101 o 102, incluidas las relativas a aspectos no abordados en la presente Directiva, como el concepto de relación causal entre la infracción y los daños y perjuicios, han de observar los principios de efectividad y equivalencia. Ello quiere decir que no se deben formular o aplicar de manera que en la práctica resulte imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho a resarcimiento garantizado por el TFUE”.

17. Y, seguidamente, en el apartado 9 del marco jurídico en el que va a pronunciarse, recoge el TJUE el Considerando nº 45 de la Directiva de Daños: “La cuantificación del perjuicio ocasionado en casos de infracción del Derecho de la competencia puede constituir, por lo tanto, un obstáculo significativo que impide la eficacia de las reclamaciones de daños y perjuicios”. De ahí que, como se puede fácilmente apreciar, la cuantificación del daño lejos de ser un aspecto más del procedimiento, o una cuestión meramente relegada a los peritos económicos y sus informes, puede erigirse en un impedimento de la eficacia de todo el sistema.

18. Es más, como acertadamente señala el TJUE en el párrafo nº 41 de su pronunciamiento del pasado 16 de febrero de 2023, “*el legislador de la Unión partió de la apreciación de que la iniciativa del sector público, es decir, de la Comisión y de las autoridades nacionales de la competencia, para combatir los comportamientos contrarios a la competencia no era suficiente a efectos de garantizar el pleno respeto de los artículos 101 TFUE y 102 TFUE, y de que debía facilitarse al sector privado la posibilidad de contribuir al cumplimiento de ese objetivo*”. Este razonamiento está en el trasfondo del pionero pronunciamiento de 20 de febrero de 2019²⁴ del Magistrado Pastor, que integra en delicado equilibrio los principios de efectividad e indemnidad, junto con los de debido respeto al derecho de defensa del demandado.

19. Así, señala (apartado 90) que: “Una empresa cartelista también es beneficiaria del principio de efectividad que establece la Directiva de daños. La regla de indemnidad debe excluir, de igual manera, escenarios de sobrecompensación tanto como los de infracompensación. Sin embargo, sin alteración de esas reglas de indemnidad y efectividad, hay consecuencias que normalmente deben seguirse de escenarios de insuficiencia probatoria (...). Pero, en la aplicación privada del derecho de la competencia, la regla de vinculación a lo resuelto por la autoridad de competencia, el principio de efectividad, el juego de presunciones o la distribución de funciones procesales basadas en la constatación de asimetrías informativas, pueden determinar que, en escenarios como el presente, el juez haga uso de sus facultades de estimación relativa de los daños sufridos por ese actor, que son el corolario de la regla *ex re ipsa* en su formulación plena y conforme con la Directiva de daños”.

20. Aplicación pública y privada son, por tanto, dos dimensiones de una misma realidad: la existencia de conductas contrarias a la libre competencia, que causan un perjuicio al mercado, a las empresas

²³ Este razonamiento es igualmente recogido por el profesor J. ALFARO ÁGUILA-REAL, en un comentario precisamente a la Sentencia del Juzgado Mercantil nº 3 de Valencia, de 20 de febrero de 2019, cuyo ponente es el Magistrado Eduardo Pastor y a la que haremos abundantes referencias en los siguientes apartados. “Cártel de camiones: estimación judicial de la cuantía del daño y legitimación pasiva de la filial nacional del grupo sancionado”, en el blog *Almacén de Derecho*, 4 de marzo de 2019. Disponible en: <https://almacendederecho.org/cartel-de-camiones-estimacion-judicial-de-la-cuantia-del-dano-y-legitimacion-pasiva-de-la-filial-nacional-del-grupo-sancionado> (último acceso el 7 de junio de 2023).

²⁴ Sentencia del JMerc. nº 3 de Valencia, de 20 de febrero de 2019 (ECLI:ES:JMV:2019:34).

competidoras de las infractoras, y en última instancia -y en todo caso- a los consumidores. Citando la jurisprudencia *PACCAR* y otros²⁵, lo sintetiza el TJUE en el apartado 42 de su sentencia, respondiendo a la primera de las cuestiones prejudiciales planteadas por el juzgado valenciano: “*Esta participación del sector privado en la sanción pecuniaria y, por ende, en la prevención de comportamientos contrarios a la competencia es tanto más deseable si se tiene en cuenta que no solo permite poner remedio al daño directo que la persona en cuestión alegue haber sufrido, sino también a los daños indirectos causados a la estructura y al funcionamiento del mercado, que no ha podido desplegar su plena eficacia económica, en particular en beneficio de los consumidores afectados*”.

21. Como ha señalado en una publicación doctrinal precisamente el magistrado que elevó la cuestión prejudicial, “de alguna manera, debe considerarse también que la aplicación privada del derecho de la competencia coadyuva a la consecución de los fines de la aplicación pública de este derecho, que son los de inhibir conductas ilícitas”²⁶. Otros autores van aún más allá, llegando a afirmar que la función disuasoria “es la que vertebra el sistema de responsabilidad civil por infracciones del Derecho de la Competencia”²⁷.

22. De ahí que se haya previsto, ante las dificultades probatorias y otra serie de problemas que se examinarán en los siguientes apartados, la facultad de estimación judicial, como solución de último recurso, en caso de que todo lo anterior no sea suficiente, porque fallaría la efectividad del Derecho de la Competencia y no se estaría respetando el principio de indemnidad de los perjudicados por dichas prácticas. Pero, y esa es la clave del pronunciamiento del TJUE en *Tráficos Manuel Ferrer*, su ejercicio está sometido a ciertas limitaciones, y al cumplimiento de una serie de presupuestos y requisitos. Y, naturalmente, lo mismo²⁸ señalan las sentencias del Tribunal Supremo de junio de 2023.

III. Acciones de reclamación de daños contra el “cártel de los camiones”: cuantificación, informes periciales y exigencias probatorias

23. Tras una amplia investigación, las oportunas inspecciones domiciliarias, y la incoación de un expediente sancionador, la Comisión Europea concluyó que los fabricantes MAN, Volvo/Renault, Daimler, Iveco y DAF habían llegado a acuerdos secretos para repercutir sobre sus compradores los costes de cumplimiento con la normativa de emisiones. Así mismo, y según consta en la Decisión²⁹ *Camiones* (As. AT.39824), el cártel se extendía a las fechas en las que introducían ciertas tecnologías, y la coordinación de precios mayoristas, en la venta de camiones medios (entre 6 y 16 toneladas) y grandes (más de 16 toneladas).

24. Consecuentemente, el 19 de julio de 2016 la Comisión impuso a dichas empresas una astronómica sanción, de 2.926 millones de euros, por participar en un cártel que afectó, durante 14 años (desde 1997 hasta 2011), a prácticamente toda la zona euro. El 27 de septiembre de 2017 “completó” la sanción al cártel de los camiones con una multa de 880 millones de euros a SCANIA, que no se había

²⁵ STJUE de 10 de noviembre de 2022, As. C-163/21 (ECLI:EU:C:2022:863), apartado nº 56 y ss.

²⁶ E. PASTOR MARTÍNEZ, “Acciones «follow on»: la estimación judicial del daño en la práctica reciente de la jurisprudencia española”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 317 (2020), pág. 16.

²⁷ J. MARTÍ MIRAVALLS, “Cuestiones sustantivas sobre las reclamaciones de daños en el marco del cártel de los fabricantes de automóviles”, en *Nuevos horizontes del Derecho de la Competencia*, Ed. Ateliers, Valencia 2021, pág. 18.

²⁸ Habida cuenta de que los razonamientos y las palabras con que se verbalizan son prácticamente iguales en cada una de las quince sentencias dictadas los días 12, 13 y 14 de junio de 2023, para mayor claridad en la exposición cuando hagamos referencias a esta doctrina será a partir únicamente de ellas, dejando constancia de idénticas ideas y expresiones pueden perfectamente encontrarse en las restantes. Se trata de la Sentencia núm. 947/2023, de 14 de junio de 2023 (ponente, Sr. D. Juan María Díaz Fraile), que resuelve el recurso contra el pronunciamiento de la Audiencia Provincial de Valencia, de 23 de enero de 2020.

²⁹ Decisión C (2016) 4673 final, de 19 de julio de 2016, relativa a un procedimiento en virtud del artículo 101 TFUE y del artículo 53 del Acuerdo EEE, Asunto AT.39824 – *Camiones*, DOUE 2017 C/108, pág. 6. El texto público de la Decisión está disponible en: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39824/39824_6567_14.pdf

acogido al régimen transaccional como el resto de las empresas en el expediente sancionador, y por tanto siguió un procedimiento distinto³⁰. Hace poco más de un año, con fecha 2 de febrero de 2022, el TGUE ha desestimado³¹ el recurso de Scania y por tanto ha confirmado la existencia de una infracción única y continuada, así como su participación junto al resto de los integrantes del *cártel de los camiones*.

25. Las tres conductas infractoras fueron: 1) acuerdos o prácticas concertadas sobre la fijación de precios y los aumentos de precios brutos con el fin de alinearse; 2) acuerdos o prácticas concertadas sobre el calendario para la introducción de las tecnologías de emisiones de CO₂ exigida por las normas EURO3 a EURO6; 3) acuerdos o prácticas concertadas para la repercusión a los compradores del coste de introducción de dichas tecnologías.

26. Al poco tiempo de publicarse la sentencia, y precisamente sobre el tema que estamos analizando aquí, ya se puso de manifiesto³² por parte de la doctrina que más ha trabajado sobre las reclamaciones de daños derivadas de dicho *cártel*, que la información disponible no iba a facilitar, de modo sencillo, una cuantificación del daño sufrido por los adquirentes finales de los camiones. Para complicar más las cosas, no se puede olvidar que el acuerdo entre los fabricantes no se materializó en concretas subidas de precios (como suele ocurrir con los *cárteles duros*), sino en otros aspectos de su comportamiento, que si bien es innegable que falsean la libre competencia (intercambio de información, alineamiento de conductas, coordinación de actuaciones, entendimiento sobre precios brutos, etc.), es complicado calcular con exactitud en qué medida se produjo el daño para los adquirentes de los camiones, fueran concesionarios o clientes finales.

27. Con todo, no tardaron en llegar las primeras resoluciones judiciales pronunciándose sobre reclamaciones de daños contra los fabricantes de camiones, como la sentencia³³ de 16 de octubre de 2018, de las primeras en España en que un Juez de lo Mercantil estima una reclamación de daños derivados de este *cártel*, en concreto contra la empresa *VOLVO Group España, S.A.*, por importe de €128.756,78.

28. Hoy, y sólo en España, superan el millar las sentencias dictadas en primera instancia por los Juzgados de lo Mercantil resolviendo este tipo de reclamaciones, y por cientos las de las Audiencias Provinciales respectivas resolviendo recursos de apelación³⁴. Es fácil imaginar el amplio abanico de problemáticas tanto sustantivas como procesales que el ejercicio de estas acciones ha planteado, y los jueces han ido resolviendo, con planteamientos necesariamente novedosos, no siempre acertados, y que la segunda instancia ha ido -según qué casos- confirmando o revocando.

29. Los pasados 10 y 11 de mayo de 2023 se celebraron las primeras vistas orales sobre los asuntos que han llegado ya en casación al Tribunal Supremo, y de forma un tanto sorprendente entre los días 12 y 14 de junio de 2023 se han dictado las correspondientes sentencias, quince en total, que resuelven los recursos planteados. Iremos incorporando los pronunciamientos en los respectivos epígrafes de este comentario, y dedicaremos un apartado final a una reseña general de estas trascendentales sentencias. Baste por ahora señalar que desestiman todos los recursos planteados por los fabricante de camiones.

³⁰ Decisión C (2017) 6467 final, de 27 de septiembre de 2017, relativa a un procedimiento en virtud del artículo 101 TFUE y del artículo 53 del Acuerdo EEE, Asunto AT.39824 – *Camiones*.

³¹ Sentencia del TG de la UE (Sala Décima ampliada), de 22 de febrero de 2022, As. T-799/17, *Scania c. Comisión Europea*.

³² F. MARCOS FERNÁNDEZ, “El cálculo de los daños causados por el *cártel* de los fabricantes de camiones”, 11 de julio de 2018, en el blog *Almacén de Derecho*, disponible en: <http://almacenederecho.org/calculo-los-danos-causados-cartel-los-fabricantes-camiones/> (última consulta el 20 de mayo de 2023).

³³ Sentencia del Juzgado Mercantil nº 1 de Murcia, núm. 288/2018, de 15 de octubre de 2018.

³⁴ Sin duda el autor que está haciendo un seguimiento más exhaustivo y prácticamente en tiempo real de esta ingente producción jurisprudencial es el profesor FRANCISCO MARCOS. Para una relación completa de las sentencias dictadas a enero de 2022, *Vid.*, “Jurisprudencia menor sobre los daños causados por el *cártel* de camiones”, *Blog Almacén de Derecho*, 21 de enero de 2022, disponible en: <https://almacenederecho.org/jurisprudencia-menor-sobre-los-danos-causados-por-el-cartel-de-camiones> (última consulta el 10 de mayo de 2023).

30. Así, en estos primeros compases de aplicación privada del Derecho de la Competencia se han planteado, entre otras, las siguientes problemáticas³⁵: interpretación del derecho español conforme a la Directiva 2014/104/UE; jurisdicción competente para conocer de las demandas; legitimación activa y pasiva; efecto vinculante de la decisión de la Comisión; plazo de prescripción de la acción de daños y determinación del *dies a quo*; litisconsorcio pasivo necesario; presunción de daño *in re ipsa*, valoración de los dictámenes periciales; estimación judicial del daño; valoración de la defensa *passing-on*; etc. Naturalmente, excedería con creces el ámbito de este comentario entrar a analizar en detalle cada una de esas problemáticas; nos centraremos en una de ellas, la facultad de estimación judicial, ya que es la que ha suscitado (junto con el tema de las costas procesales) la cuestión prejudicial que resuelve el TJUE en su sentencia objeto de comentario aquí.

31. En este contexto de “hiperlitigación”, con las controversias e incertidumbres anteriormente apuntadas, y habiendo transcurrido ya casi una década desde la aprobación de la Directiva 2014/104/UE, y un lustro desde su transposición a derecho interno a través del RD Ley 9/2017, no hay dudas de que la cuestión que está resultando más problemática -con diferencia- en el ejercicio de acciones de daños derivadas de ilícitos anticompetitivos es la cuantificación del daño.

32. Esto es así, en primer lugar, porque esta cuantificación no puede hacerse -como en otros ámbitos de la responsabilidad civil por daños- midiendo el quebranto patrimonial cierto y determinado, sino recreando un escenario hipotético contrafactual: estimando cuál sería el precio que habría pagado el adquirente del camión en condiciones de un mercado competitivo, no cartelizado.

33. A este respecto, sigue siendo válida y perfectamente aplicable la temprana doctrina sentada por nuestro Tribunal Supremo, en su Sentencia³⁶ de 7 de noviembre de 2013, recaída en las acciones de daños causados por el cártel del azúcar, cuyo FD 7º marcó el modo de proceder para estas reclamaciones: “*comparando la situación real, consecuencia de la práctica restrictiva de la competencia, y la ‘situación hipotética contrafáctica’, esto es, la que hubiera acaecido de no producirse la práctica ilícita*”.

34. A estos efectos, la herramienta probatoria clave es el informe pericial³⁷ (que naturalmente ha de cumplir con todas las exigencias de la carga probatoria en nuestro proceso civil conforme al art. 217 LEC) del reclamante, que -sigue señalando el TS- debe estar elaborado de modo que “*formule una hipótesis razonable y técnicamente fundada sobre datos contrastables y no erróneos*”. Para ello, además de la propia *expertise* de los peritos, existe como es sabido una Guía Práctica de la Comisión Europea sobre cuantificación del daño en demandas por infracción de los artículos 101 y 102 TFUE. Pero, tal y como la propia Guía reconoce, y de esto se hace eco cualquier pronunciamiento judicial que tenga que conocer de una acción de daños de estas características “*es imposible saber con certeza cómo habría evolucionado exactamente un mercado si no se hubiera producido la infracción*”³⁸.

35. En segundo lugar, la complejidad de la cuantificación del daño se deriva de la evidente asimetría de información existente entre las partes en conflicto. La Sentencia del Juzgado Mercantil nº 3 de Valencia de 10 de marzo de 2023 señala sin ambages que “*la principal manifestación de las dificultades de prueba sobre la cuantificación del daño es la asimetría de información existente entre las partes*”.

³⁵ Para una visión general de estas problemáticas, con referencia expresa al cártel de los camiones, permítase la referencia a F. DíEZ ESTELLA, “Problemáticas prácticas en las acciones de daños derivados de cárteles en España”, en AA.VV., *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos* (dir. J. M. BENEYTO PÉREZ / J. MAÍLLO GONZÁLEZ-ORÚS), Aranzadi, 2019, págs. 687-732.

³⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 651/2013, de 7 de noviembre de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:5819).

³⁷ Sobre la valoración que se ha hecho de la prueba pericial en las más de 400 sentencias dictadas en primera instancia, y más de medio centenar en apelación, hasta diciembre de 2020 (ahora son ya muchas más), y analizando también en profundidad la facultad de estimación judicial a partir de estos pronunciamientos, consideramos imprescindible el estudio publicado por F. MARCOS: “Cuantificación del daño causado el cártel de los fabricantes de camiones. Exigencias probatorias y estimación judicial”, en el blog *Almacén de Derecho*, el 5 de diciembre de 2020. Disponible en: <https://almacenederecho.org/cuantificacion-del-dano-causado-el-cartel-de-los-fabricantes-de-camiones> (última consulta el 10 de abril de 2023).

³⁸ Sentencia de la AP Coruña, núm. 42/2021, de 8 de febrero de 2021 (ECLI:ES:APC:2021:21), FD 6º, apartado 33.

Como veremos seguidamente, el TJUE matiza un poco esta afirmación, y señala que la facultad de estimación judicial prevista por el art. 17.1 de la Directiva de Daños e incorporada a nuestro derecho interno en el art. 76.2 de la Ley de Defensa de la Competencia no tiene su fundamento último en la necesidad de subsanar esta asimetría.

36. Y, en tercer lugar, hay un obstáculo si se quiere más “prosaico”, pero no por ellos menos significativo que los dos anteriores, a la hora de erigirse en una barrera para el efectivo ejercicio de acciones de daños, y es el coste económico que estas reclamaciones comportan. Lo señala el considerando nº 45 de la Directiva 2014/104/UE: *“cuantificar el perjuicio causado en casos de Derecho de la competencia suele caracterizarse por la gran cantidad de elementos fácticos necesarios y puede requerir la aplicación de complejos modelos económicos. Ello suele ser muy costoso y los demandantes encuentran dificultades para obtener los datos necesarios para sustanciar sus pretensiones”*.

37. Este aspecto está presente en los pronunciamientos recientes del Tribunal Supremo, cuando reconoce que *“Sin que además podamos obviar la desproporción que se advierte fácilmente, en un caso como este, entre el interés litigioso y el coste que podría generarle la práctica de las diligencias necesarias para acceder a la documentación que pudiera ser relevante en ese caso concreto y la elaboración del posterior informe pericial. Desproporción que convertiría en claramente antieconómica la reclamación judicial del demandante”*³⁹.

38. Respecto a las exigencias probatorias del art. 217 LEC, ya la jurisprudencia ha recordado, en este ámbito concreto de las acciones de daños antitrust y en una interpretación conforme a la Directiva 2014/104/UE, éstas se “invierten” en favor del demandante, como ha señalado, por ejemplo, la ya citada Sentencia⁴⁰ del Juzgado Mercantil nº 3 de Valencia, de 19 de febrero de 2019:

“por la aplicación de la regla a un proceso follow on en concordancia con asunciones razonables traídas del caso en cuestión, sí se lograba una interpretación flexible de los materiales probatorios que podían permitir, hipotética pero fundadamente, reconocer la existencia del daño seguido de la infracción, con alteración de las cargas probatorias para exigir al demandado la tarea de enervar la eficacia de la presunción” (FD 5º, 59).

39. Esto es así por la propia naturaleza de la reclamación y dado que una interpretación excesivamente rigurosa y formalista de la carga probatoria por parte del demandante haría imposible la cuantificación, habida cuenta de la dificultad inherente a esta labor y la evidente asimetría informativa entre las partes, con la consiguiente indefensión de los perjudicados.

40. Sin embargo, y aun contando con esta “flexibilización” del estándar de prueba, es evidente que, como ha reconocido la jurisprudencia *“ninguna recreación de un mercado no cartelizado será capaz de proporcionarnos otra cosa que una conjetura razonable”*⁴¹. Y esta conjetura no siempre convence al juzgador, ni siempre puede hacerse de forma que no admita refutación. Y, como veremos en el epígrafe siguiente, siempre conlleva una gran dificultad para el reclamante de los daños.

41. Por lo que entra en juego la facultad de estimación del daño por parte del juez. No estamos ante un supuesto de falta de prueba -que obligaría a desestimar la demanda- ni de insuficiencia de la prueba -esta es una cuestión que se recoge en prácticamente todas las sentencias recaídas hasta la fecha: hacer constar el “esfuerzo probatorio” desplegado por los demandantes-, sino ante un contexto de dificultad probatoria.

³⁹ Sentencia núm. 947/2023, de 14 de junio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2480), FD 10º, apartado 20.

⁴⁰ Sentencia núm. 34/2019 del Juzgado Mercantil nº 3 de Valencia, de 19 de febrero de 2019 (ECLI:ES:JMV:2019:34).

⁴¹ Sentencia de la AP de A Coruña núm. 42/2021, de 8 de febrero de 2021 (ECLI:ES:APC:2021:21), FD 6º, n. 38.

42. En este mismo sentido, ¿supondría la exigencia de tener que demandar directamente a los fabricantes un obstáculo excesivo para un efectivo resarcimiento de las víctimas del cártel? Esta es otra de las cuestiones que aborda la Sentencia *Tráficos Manuel Ferrer*. Como hemos indicado en la introducción, aquí centraremos nuestro análisis en qué condiciones puede el juez nacional hacer uso de la facultad de estimación que prevé la Directiva 2014/104/UE, y que en nuestro ordenamiento ha consagrado el nuevo art. 76.2 LDC.

43. En un asunto muy similar a este, planteado un recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, este órgano suspendió el procedimiento y planteó al TJUE una cuestión prejudicial a través de un Auto⁴² de fecha 24 de octubre de 2019. Es interesante que la primera razón que da la AP (apartado 10) para justificar el planteamiento de la cuestión prejudicial es precisamente por las dificultades a las que tienen que enfrentarse los reclamantes de daños. Se dice que equivalen en la práctica a una suerte de falta de tutela judicial efectiva; en terminología muy propia del derecho antitrust, llega a calificar estas dificultades como de... ¡“una importante barrera de entrada en el procedimiento para los perjudicados”! (apartado 27).

44. Precisamente comentando la STS de 7 de noviembre de 2013, señala⁴³ en una publicación doctrinal la Magistrada de la Audiencia Provincial de Valencia las siguientes tres claves para entender la figura de la estimación judicial: 1) No a las soluciones salomónicas carentes de justificación; 2) Flexibilidad en la apreciación de la prueba no es igual a arbitrariedad y carencia de motivación; 3) No se acepta, como argumento válido de moderación, la falta de diligencia en el cumplimiento de la obligación del demandante de intentar mitigar el daño sufrido.

45. En efecto, ya en algún pronunciamiento había recalcado esta Magistrada que “no se trata de sustituir la pericia por la discrecionalidad, con el riesgo que ello entraña de banalización del proceso y de supresión del principio de carga de la prueba del año que incumbe al perjudicado”⁴⁴. El Tribunal Supremo también se pronuncia sobre este concreto aspecto, señalando categóricamente que “la recurrente alega que la Audiencia ha incurrido en arbitrariedad al hacer la estimación del daño y fijar su cuantía en el 5% del precio de adquisición de los camiones. Ya dijimos entonces que esta alegación confunde motivación manifiestamente irrazonable o arbitrariedad con arbitrio judicial”⁴⁵.

46. De ahí que siga la descripción de la facultad de estimación judicial la Magistrada de Valencia indicando que “esta facultad no está desconectada de los principios que configuran el sistema que atribuye al demandante la carga de la prueba (...). Lo que se pretende es dotar al juez de un instrumento de flexibilización respecto a la exigencia probatoria y de valoración de los informes periciales en términos de probabilidad y no de certeza”⁴⁶.

47. Naturalmente, y aunque en este comentario estamos continuamente calificando esta facultad como “novedosa”, no es porque no estuviera ya contemplada en nuestro ordenamiento, sino por su ejercicio concreto en el ámbito de la aplicación privada del Derecho de la Competencia. En efecto, los jueces y tribunales en nuestro país ya han hecho con anterioridad estimación judicial de daños, como por ejemplo en los seguros⁴⁷ de edificación y obra civil y en el campo de negligencia profesional⁴⁸.

⁴² Auto de la AP de Barcelona (Sección 15ª), núm. 775/2019, de 24 de octubre de 2019 (ECLI:ES:APB:2019:9370A).

⁴³ P. MARTORELL ZULUETA, “Culpabilidad y daños: cuantificación y reparación integral”, en *Acciones Follow-on. Reclamaciones de daños por infracciones del Derecho de la Competencia*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2018, pág. 95.

⁴⁴ Sentencia de la AP de Valencia (Sección 9ª), de 16 de diciembre de 2019 (ECLI:ES:APV:2019:4152).

⁴⁵ Sentencia núm. 947/2023, de 14 de junio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2480), FD 10º, apartado 13.

⁴⁶ P. MARTORELL ZULUETA, “Culpabilidad y daños...” (cit), pág. 96.

⁴⁷ *Vid.*, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª) núm. 396/1996, de 10 de mayo de 1996 (ECLI:ES:TS:1996:3021).

⁴⁸ Igualmente, y con acertadas consideraciones sobre la naturaleza y alcance de la estimación judicial del daño, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 801/2006, de 27 de julio de 2006 (ECLI:ES:TS:2006:5866). Señala, en efecto, que no es de aplicación “el criterio de la libre discrecionalidad del juzgador, propia de los daños morales, a un daño que, aun teniendo relación

48. De esto también da cuenta nuestro Tribunal Supremo, en sus sentencias de junio de 2023, al recordar que “*la facultad del juez de fijar la indemnización del daño producido por la conducta infractora del Derecho de la competencia mediante una estimación ya estaba reconocida en nuestro ordenamiento jurídico como consecuencia necesaria del principio de indemnidad del perjudicado propio del art. 1902 CC y del art. 101 TFUE, antes incluso de la entrada en vigor de la Directiva y de la trasposición al Derecho interno del art. 17.1 de dicha Directiva*”⁴⁹.

IV. La STJUE de 16 de febrero de 2023: condiciones para hacer uso de la facultad judicial de estimación del daño

1. El “precedente” de la STJUE *DAF Trucks NV y AB Volvo*.

49. El precedente necesario de *Tráficos Manuel Ferrer* es la Sentencia del TJUE en el asunto *DAF Trucks y AB Volvo*⁵⁰, dictada en respuesta a la cuestión prejudicial planteada⁵¹ por la Audiencia Provincial de León, también en el contexto de la litigación de daños derivados del cártel de los camiones. La cuestión principal en este asunto era el tema de la prescripción, en relación con las disposiciones transitorias de la Directiva y el sin duda tortuoso régimen que establece.

50. La solución aportada por el TJUE ha sido de una formulación un tanto “laberíntica”, y no será objeto de análisis aquí. En la tercera de las preguntas, el órgano remitente plantea -a los efectos de dilucidar qué régimen transitorio le es aplicable- si la facultad de estimación judicial prevista en el art. 76.2 LDC, interpretado a la luz del art. 17.1 de la Directiva 2014/104/UE, se trata de una norma de carácter procesal o de carácter sustantivo.

51. En su pronunciamiento *DAF Trucks y AB Volvo*, recuerda el TJUE (apartado 80) que “*los Estados miembros deben velar por que ni la carga de la prueba ni los estándares de prueba necesarios para la cuantificación del perjuicio hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho al resarcimiento de daños y perjuicios*”. Y, tras invocar una vez más el principio de efectividad, habla (apartado 81) de las situaciones “*en las que sería prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificar con precisión el importe exacto del daño sufrido*” y de que las previsiones contenidas en el artículo 17 de la Directiva tienen por objeto “*flexibilizar el nivel de prueba exigido para determinar el importe del perjuicio sufrido y subsanar la asimetría de información existente en detrimento de la parte demandante afectada*” (apartado 82). Este inciso es, evidentemente, una importante aclaración del contexto y circunstancias en que se reconoce esta novedosa facultad de estimación judicial en las reclamaciones de daños, y la finalidad con la que se introduce por la Directiva 2014/104/UE.

52. Al tratarse de normas relativas a la carga de la prueba y al nivel de prueba exigido de normas de carácter procesal, concluye el TJUE (apartado 85) conforme a reiterada jurisprudencia⁵², que “*el artículo 17, apartado 1, de la Directiva 2014/104 constituye una disposición procesal*”. Pero, como veremos en el siguiente epígrafe de este comentario, no ha de interpretarse que la STJUE en *Tráficos Manuel Ferrer* restringe el ámbito de aplicación de la facultad de estimación judicial; simplemente delimita sus perfiles, la “matiza”, como acertadamente ha señalado la jurisprudencia⁵³ que ya la incorpora

en su origen con la privación del ejercicio de un derecho fundamental, no tiene naturaleza moral, sino patrimonial, por más que lo incierto de su cálculo obligue a un juicio de valoración consistente en una previsión probabilística, formulada con la debida prudencia, acerca de la pérdida de oportunidades padecida en función de las posibilidades de buen éxito del recurso interpuesto en relación con el interés económico objeto de la reclamación” (FD 8°).

⁴⁹ Sentencia núm. 947/2023, de 14 de junio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2480), FD 10°, apartado 14.

⁵⁰ STJUE (Sala Primera) de 22 de junio de 2022, As. C-267/20 (ECLI:EU:C:2022:494).

⁵¹ Auto de la Audiencia Provincial de León (Secc. 1ª), de 12 de junio de 2020 (ECLI:ES:APLE:2020:291A).

⁵² STJUE de 21 de enero de 2016, As. C-74/14, *Eturas y otros*, apartados 30 a 32 (ECLI:EU:C:2016:42).

⁵³ SJMerc. nº 15 de Madrid, núm. 22/2023, de 4 de abril de 2023, FD3.1 (ECLI:ES:JMM:2023:577).

en el ámbito de las reclamaciones de daños por el “cártel de los fabricantes de automóviles”. El Tribunal Supremo, en sus sentencias de Junio de 2023, dice que “ciñe”⁵⁴ su ámbito de aplicación. En efecto, en *DAF Trucks y AB Volvo*, el TJUE simplemente se limitó a responder a lo que se le plantea en la cuestión prejudicial: la naturaleza de la disposición, de cara a establecer su aplicación *ratione temporis*.

53. A título meramente informativo, ya que no es objeto de análisis en estas páginas, respecto al apartado 2º del Artículo 17 de la Directiva 2014/104/UE, relativo a la presunción de que las infracciones de cárteles causan daños, el TJUE en cambio señala (apartado 92) que al establecer una presunción, esta disposición no tiene finalidad meramente probatoria, y por tanto (apartado 97), “*tal norma puede calificarse como de sustantiva*”.

54. Lo que desde luego no hace el TJUE en este pronunciamiento es aclarar cuál es ese “umbral probatorio mínimo”, que en cierta manera parece eximir al demandante de un esfuerzo probatorio. Esto se lleva a cabo algo más detalladamente en *Tráficos Manuel Ferrer*. También aportan a esta cuestión las Conclusiones del AG Rantos en *DAF Trucks y AB Volvo*, cuando señala (apartado 75) que la presunción del daño “no retira la carga de la prueba ni la obligación principal que incumbe a la parte demandante de cuantificar y probar el importe del perjuicio sufrido. La mencionada disposición se limita a proporcionar únicamente a los órganos jurisdiccionales nacionales un método de cuantificación del importe del perjuicio, ofreciéndoles un margen de apreciación que les permita ajustar los estándares de prueba necesarios a efectos de la determinación del importe del perjuicio y aceptar, por tanto, un nivel de prueba inferior respecto del que normalmente se exige, cuando los demandantes tienen dificultades para cuantificar con precisión el perjuicio causado”⁵⁵. De ahí que, como se ha señalado acertadamente, “aunque el nivel probatorio se rebaje, en todo caso el reclamante deberá realizar un esfuerzo probatorio que supere ciertos mínimos”⁵⁶.

55. Finalmente, es también ilustrativo que el A.G. Rantos caracterice la institución de la facultad de estimación judicial como un refuerzo de la labor normal del juez: “De este modo, estimo que esta herramienta no supone sino un refuerzo de lo que, por lo demás, es la misión natural del juez en el marco de una acción por daños, es decir, la determinación del importe del perjuicio sufrido” (apartado 76).

2. La cuestión prejudicial: el Auto del Juzgado Mercantil nº 3 de Valencia, de 10 de mayo de 2021.

56. Como ha quedado dicho, el Juzgado Mercantil nº 3 de Valencia planteó al TJUE una cuestión prejudicial a través de un Auto de fecha 10 de mayo de 2021. Así, en el marco de la reclamación de daños por infracción del artículo 101 TFUE, en el que el demandante había adquirido diversos camiones de las marcas Mercedes, Renault e Iveco, plantea tres cuestiones al TJUE:

La compatibilidad con el principio de pleno resarcimiento del régimen previsto en el art. 394.2 LEC, que permite que el perjudicado por la infracción cargue con una parte de las costas procesales.

Si el acceso por parte del demandante a los datos del demandado en los que se basa para su informe sobre existencia y cuantía del daño precluye la estimación judicial prevista en el art. 76.2 LDC.

Si el hecho de que la reclamación de daños se dirija contra uno de los infractores destinatarios de la Decisión de la Comisión, pero que no vendió directamente los camiones al perjudicado, impide al juez hacer uso de su facultad de estimación del daño.

⁵⁴ “La posterior STJUE de 16 de febrero de 2023 (asunto C-312/21, *Tráficos Manuel Ferrer*), en su apartado 53, ha ceñido la aplicación de las facultades de estimación del juez en este campo a «situaciones en que, una vez acreditada la existencia de ese perjuicio respecto de la parte demandante, sea prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificarlo», Sentencia núm. 947/2023, de 14 de junio de 2023, FD 10º, apartado 16.

⁵⁵ Conclusiones del AG Rantos, presentadas el 28 de octubre de 2021, Asunto C-267/20 *AB Volvo, DAF TRUCKS NV contra RM* (ECLI:EU:C:2021:884).

⁵⁶ F. MARCOS, “Cuantificación Prescripción y daño en las reclamaciones de daños por conductas anticompetitivas: Luces y sombras de la sentencia del Tribunal de Justicia UE de 22/6/22 (C-267/20 *DAF Trucks NV & AB Volvo/RM*)”, *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, nº 30 (2022), pág. 17.

57. Se ha señalado con precisión que “El eje de la cuestión prejudicial elevada por el JM nº 3 de Valencia es la facultad judicial de estimación del daño”⁵⁷. En este breve comentario vamos a centrarnos únicamente en la respuesta del TJUE a la segunda pregunta, obviando -pese a su indudable interés- la primera y tercera cuestión.

58. A este respecto, es muy clarificador en la lectura del Auto del Juzgado valenciano los calificativos con los que adjetiva la estimación judicial, ya que son indicativos de la naturaleza que esta facultad tiene para el magistrado remitente de la cuestión prejudicial: se la califica como de “facultad alternativa” (apartado 35), y su ejercicio como “subsidiario” (apartado 48). Como veremos en el epígrafe siguiente, al hilo de la Sentencia del TJUE respondiendo a la pregunta que se le formula, estos dos rasgos son posiblemente los que mejor definen y caracterizan la facultad judicial de estimación del daño en acciones resarcitorias derivadas de ilícitos antitrust.

59. Esta formulación del Auto de 10 de mayo de 2021 está en perfecta sintonía con el esquema del Magistrado Pastor, que en variadas publicaciones académicas⁵⁸ en años anteriores -además de en las sentencias en que ha sido ponente en el Juzgado Mercantil nº 3 de Valencia- había formulado claramente su entendimiento de la figura de la estimación judicial. Destaca, sobre todo, la preocupación por no hacer un uso abusivo de esta facultad, o indiscriminado, sino que constituya efectivamente una solución de último recurso.

60. Y, además, que se motive. Como ya hiciera este mismo juez en su pionera sentencia⁵⁹ de 19 de febrero de 2019, cuando indicó con toda claridad: “Para desarrollar esta función judicial de estimación relativa voy a partir de los siguientes elementos: (i) El hecho probado del precio de adquisición del camión afectado por la conducta colusoria. (ii) La distribución porcentual de umbrales de sobreprecio aplicados por cárteles que fijan sobreprecios, en el informe adecuado de la Comisión (Oxera). (iii) Las recomendaciones de la Comisión sobre criterios de plausibilidad en la estimación de daños o margen de error estadístico de muestreo” (apartado 91).

3. El pronunciamiento del TJUE en *Tráficos Manuel Ferrer*

61. Para hacer efectivo el derecho a la reclamación de los daños de un perjudicado por una infracción antitrust, y por tanto no sólo para subsanar la asimetría informativa, se han arbitrado una serie de medios, enunciados en el apartado 44 de la STJUE *Tráficos Manuel Ferrer*:

“A tal efecto, en primer término, la Directiva 2014/104, en virtud de su artículo 5, obliga a los Estados miembros a permitir a la parte demandante solicitar a los órganos jurisdiccionales nacionales que ordenen, en determinadas condiciones, que la parte demandada o un tercero exhiba las pruebas pertinentes que tenga en su poder.

En segundo término, esa Directiva, en virtud de su artículo 17, apartado 1, impone a los Estados miembros la obligación de facultar, en determinadas condiciones, a los órganos jurisdiccionales para estimar el perjuicio cuando sea prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificarlo, en su caso, si así lo desean, con la ayuda de la autoridad nacional de la competencia, como se desprende del artículo 17, apartado 3, de dicha Directiva.

En tercer término, la misma Directiva exige a los Estados miembros establecer presunciones, en particular la relativa a la existencia del perjuicio causado por los cárteles, contemplada en el artículo 17, apartado 2, de la referida Directiva”.

⁵⁷ F. MARCOS, “Tres claves para la estimación judicial del daño antitrust indemnizable tras la STJUE *Tráficos Manuel Ferrer*”, en el blog *Almacén de Derecho*, 22 de febrero de 2023, disponible en: <https://almacenederecho.org/tres-claves-para-la-estimacion-judicial-del-dano-antitrust-indemnizable-tras-la-stjue-trafficos-manuel-ferrer> (último acceso el 3 de junio de 2023).

⁵⁸ E. PASTOR MARTÍNEZ, “La estimación judicial del daño en las acciones follow on”, en el blog *Almacén de Derecho*, 22 de octubre de 2019, disponible en: <https://almacenederecho.org/la-estimacion-judicial-del-dano-en-las-acciones-follow-on> (último acceso el 3 de junio de 2023).

⁵⁹ Sentencia del JMerc. nº 3 de Valencia, de 20 de febrero de 2019 (ECLI:ES:JMV:2019:34).

62. Por tanto, son tres los tipos de instrumentos los que se arbitran para facilitar el ejercicio de acciones, y que llevan a que la relación de fuerzas entre las partes en conflicto “*pueden terminar reequilibrándose*” (apartado 45), en función del uso que se haga de ellos: exhibición de prueba, estimación judicial, y las presunciones que conllevan una inversión de la carga de la prueba. Veamos en qué términos se plantea su interpretación en el asunto objeto de litigio.

63. El tribunal de Luxemburgo da una respuesta conjunta a las preguntas segunda y tercera, en los apartados 50 a 65 de su pronunciamiento de 16 de febrero de 2023. Y lo hace con cuatro grandes negativas, que en algún caso rectifican o matizan el planteamiento de las preguntas formuladas por el tribunal remitente de la cuestión prejudicial:

La mera existencia de incertidumbres, que son, por otra parte, inherentes a cualquier litigio de daños, *no* justifica el recurso a la facultad de estimación judicial ex art. 17.1 Directiva 2014/104/UE (apartado 52).

El concepto de asimetría informativa *no* justifica, por sí mismo, el recurso a la facultad de estimación judicial (apartado 54).

La puesta a disposición de datos por parte del demandado, y con independencia de que el demandante haya hecho uso de ella o lo haya declinado, *no* es un factor determinante en la decisión del juez de hacer empleo de su facultad de estimación del año (apartado 59).

El hecho de que la reclamación se dirija contra una de las empresas destinatarias de la Decisión de la Comisión pero que sólo ha comercializado parte de los bienes afectados por el cártel *no* influye en la facultad de estimación judicial del daño (apartado 64).

64. Estos son, en síntesis, los principales argumentos del TJUE en su sentencia *Tráficos Manuel Ferrer*, sobre qué factores no influyen, no condicionan, no son -en definitiva- requisitos previos para que el juez haga uso de su facultad de estimación judicial del daño. Queda por tanto delimitado el ejercicio de esta facultad cuando se cumplan los siguientes requisitos:

El punto de partida ineludible (esto no cambia en absoluto con esta sentencia, ni con las anteriores) es la condición expresada en el art. 76.2 LDC: “*Si se acreditara que el demandante sufrió daños y perjuicios pero resultara prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificarlos con precisión en base a las pruebas disponibles*”.

En segundo lugar, tiene que haber un mínimo esfuerzo probatorio por el demandante; la facultad de estimación judicial no puede -ni debe- suplir su inactividad o negligencia. Lo señala la sentencia del TJUE en su apartado 57: “*En efecto, en el supuesto de que la imposibilidad práctica de evaluar el perjuicio se deba a la inactividad de la parte demandante, no corresponderá al juez nacional sustituir a esta parte ni suplir su falta de acción*”.

En tercer lugar, y en paralelo con el requisito anterior, el juez tiene también que desplegar una actividad de asimilación y comprensión de los informes periciales remitidos por las partes, que lógicamente serán contradictorios, y hacer un esfuerzo por asumir íntegramente la cuantificación que uno de los dos ofrece, o asumirla parcialmente, o a partir de dichos informes y contrainformes (y su ratificación si se celebra vista oral) y del resto de pruebas obrantes en el expediente, realizar una cuantificación de los daños, moderando o ponderando las propuestas por las partes.

65. Así, y como se ha destacado⁶⁰ comentando este pronunciamiento, se apuntan las siguientes fases lógico-procesales para llegar a la estimación judicial del daño: 1) Comprobación por parte del juez de que ha habido un mínimo esfuerzo probatorio por el demandante; 2) Intento de asumir íntegramente las cuantificaciones propuestas por las partes en sus informes periciales; 3) Intento -por parte, siempre, del órgano judicial- de realizar una cuantificación propia de los daños, moderando o ponderando los peritajes y contra peritajes de las partes; 4) En última instancia, y cuando todo lo anterior se ha hecho, se abre la vía de estimación judicial.

⁶⁰ J. CONCHEIRO, “La cuantificación y la estimación judicial del daño en ilícitos antitrust ¿Son lo mismo?”, blog *Almacén de Derecho*, 10 de marzo de 2023. Disponible en: <https://almacendederecho.org/la-cuantificacion-y-la-estimacion-judicial-del-dano-en-ilicitos-antitrust-son-lo-mismo> (último acceso el 3 de junio de 2023).

66. Vemos, por tanto, cómo por vía de delimitación negativa y positiva, el TJUE ofrece una acertada combinación entre los factores que no condicionan la estimación judicial y los requisitos que se exigen para su ejercicio. Y se perfilan de manera un poco más precisa los contornos de esta novedosa facultad conferida a los jueces en la difícil tarea de resolver reclamaciones de daños, facultad que -en todo caso, y esto lo deja muy claro *Tráficos Manuel Ferrer*- es una facultad extraordinaria, excepcional (“facultad particular”⁶¹ la llama la Sentencia *Volvo AB y DAF Trucks*); en definitiva, de último recurso. En nuestra jurisprudencia, por ejemplo, y aunque a veces en algunos juzgados se ha hecho un uso de esta facultad algo indiscriminado⁶², la AP de Barcelona acertadamente la califica como una solución de “último extremo”⁶³.

67. En definitiva, parece indicar el propio TJUE en su pronunciamiento, una facultad respecto de la que hay que poner todos los medios para no llegar a emplearla: “(...) juez nacional, que, gracias a la peritación y al consiguiente contraperitaje, esclarecido por la divulgación de la información en que aquella se basa, dispone de datos que permiten acreditar la realidad del perjuicio sufrido por la parte demandante y determinar después la extensión de este, lo que puede evitarle tener que realizar una estimación judicial del perjuicio” (apartado 58).

68. Y, desde luego, es encomiable en este sentido la recepción por parte de los jueces españoles de la jurisprudencia emanada del TJUE, que inmediatamente incorporan esta doctrina en sus pronunciamientos. Así, en una reciente sentencia⁶⁴ resolviendo una reclamación de daños derivada del no menos conocido “cártel de los fabricantes de automóviles”, se desarrolla un todo un cuidadoso y detallado razonamiento en el Fundamento de Derecho Tercero, parte 2ª, para concluir que procede el recurso a la estimación judicial del daño:

Entiende el juzgador que la prueba pericial de la actora supera el “estándar mínimo probatorio” que le permite aplicar la facultad de estimación judicial del daño (por la idoneidad de la base de datos utilizada; el empleo de las variables explicativas para llegar a la variable explicada; y lo adecuado del método econométrico adoptado -de diferencias en diferencias- para discriminar los sobrepuestos de precios a otros factores económicos de los provocados por el cártel).

No deja de señalar que “no estamos ni mucho menos ante la pericial perfecta, ni siquiera ante una pericial completa, y es desde luego mejorable”.

Se cumple el requisito de que sea excesivamente difícil o prácticamente imposible cuantificar el daño con precisión (por el tipo de datos disponibles, la dificultad de establecer el escenario contrafactual, y la complejidad e infinito número de variables de la fórmula econométrica para determinar el importe calculado -aumentándolo o disminuyéndolo- así como los problemas de multicolinealidad).

69. Y, naturalmente, el Tribunal Supremo incorpora íntegramente esta doctrina en su jurisprudencia en sus sentencias de junio de 2023, y la condensa en el concepto de “inactividad del perjudicado”, como factor que condiciona el válido empleo por parte del juez de su facultad de estimación del daño en una reclamación derivada de una conducta anticompetitiva. Así, señala que “*Para decidir si el ejercicio de facultades de estimación del daño realizado en la sentencia apelada ha sido correcto, hay que valorar, siguiendo los criterios fijados en la STJUE de 16 de febrero de 2023 citada, si la imposibilidad práctica de valorar el daño se debió a la inactividad del perjudicado. Y para realizar esta valoración*

⁶¹ STJUE de 22 de junio de 2022, As. C-267/20, apartado 83 (ECLI:EU:C:2022:494).

⁶² Se observa un cierto reproche, en este sentido, por algún pronunciamiento de la Audiencia Provincial, en los que se advierte que el Juzgador de instancia puede caer en la tentación de no valorar las periciales ni la prueba practicada, y acudir cómodamente al recurso de la estimación judicial, concediendo el 5% en todos los casos. Así, la Sentencia de la AP de Barcelona (Sección 15) de 18 de julio de 2022 (ROJ: SAP B 7669/2022) lo expresa de la forma siguiente: “*La sentencia apelada acude directamente a la estimación judicial del daño y opta por un porcentaje del 5% de sobrepuesto, en línea con lo que acordamos en nuestra Sentencia de 17 de abril de 2020. La sentencia, por tanto, no valora las periciales ni, en general, la prueba practicada en este procedimiento, cuando los argumentos y los informes aportados por las partes difieren sustancialmente de los que tomamos en consideración en aquella*”.

⁶³ Sentencia de la AP de Barcelona, de 10 de enero de 2020, Ponente: Jose M^a Ribelles, FD 7º, n. 60 (ECLI:ES:APB:2020:58).

⁶⁴ SJMerc. nº 15 de Madrid, núm. 22/2023, de 4 de abril de 2023 (ECLI:ES:JMM:2023:577).

*no bastan las consideraciones generales o abstractas, sino que hay que atender a las circunstancias concretas del litigio*⁶⁵.

V. Respuesta del Juzgado Mer. nº 3 Valencia: la Sentencia núm. 24/2023, de 10 de marzo

70. ¿Cómo ha sido recibido este pronunciamiento por el Juzgado Mercantil nº 3 de Valencia que planteo la cuestión prejudicial? Naturalmente, y como se acaba de señalar, con el acatamiento y sumisión que corresponde a una sentencia del TJUE, pero nos atrevemos a decir que en este caso particular, también con un cierto punto de disconformidad y recelo. El actual titular del dicho juzgado es posiblemente el Magistrado que más ha trabajado en nuestro país las acciones de daños derivadas de ilícitos antitrust, tanto en su labor judicial resolviendo este tipo de reclamaciones, como también a través de sus múltiples publicaciones⁶⁶.

71. Ya había hecho hace cuatro años un extenso desarrollo de esa facultad en la pionera sentencia⁶⁷ en España en aplicación privada del Derecho de la Competencia, a la que tantas veces nos hemos referido ya. En efecto, como ya señaló en su pronunciamiento del 20 de febrero de 2019: *“Los jueces pueden desarrollar de forma autónoma esa facultad estimativa sin lesión del principio dispositivo o los deberes de congruencia mientras, partiendo de ese esfuerzo previo de las partes, ofrezcan una motivación particular sobre el ejercicio de su facultad estimativa”* (FD 5º, apartado 61).

72. Y había tenido igualmente ocasión de pronunciarse sobre cuándo se puede hacer uso de esta facultad, al hilo del conocido “cártel de los coches”, por ejemplo en su reciente sentencia⁶⁸ de 21 de octubre de 2022, en la que desestima la demanda y rechaza acudir a la facultad del art. 72.1 LDC:

“Debo desestimar la demanda formulada por la parte actora, al considerar que, pese a la aplicabilidad de una presunción de daño tras infracción de cartel según la tipología y características de la conducta sancionada y no habiendo sido esa presunción refutada por la demandada, su actividad de postulación y prueba no colma directamente las exigencias del juicio de cuantificación de ese daño, ni la hace merecedora de un ejercicio alternativo de estimación judicial del daño eventualmente sufrido, según su conducta en el proceso, por haber provocado un desenlace final de insuficiencia probatoria” (FD 1º, 1).

73. En la sentencia⁶⁹ del pasado 10 de marzo de 2023, en el asunto *Tráficos Manuel Ferrer* lo que lleva a cabo es una cuidada y rigurosa exposición de los principios esenciales en la resolución de reclamaciones de daños derivados de ilícitos anticompetitivos, en un razonamiento que sigue las siguientes fases lógico-procesales:

Recoge (FD 2º) la regla de jurisprudencia menor aplicable a la solución del caso previa a la Sentencia del TJUE de 16 de febrero de 2023.

Ofrece (FD 3º) una interpretación del asunto litigioso consistente con lo resuelto por el TJUE respecto a la cuestión prejudicial planteada, a partir de la respuesta que da a las preguntas primera (nn. 31 a 36), segunda (nn. 37 a 60) y tercera (nn. 61 a 65).

Manifiesta (FD 4º) su abandono de la doctrina jurisprudencial de la Audiencia Provincial de Valencia que -la semana siguiente al pronunciamiento de Luxemburgo- ya dictó una Sentencia aplicándolo (SAP Valencia, Secc. 9ª, núm. 185/2023, de 23 de febrero de 2023), y que según él *“no es consistente*

⁶⁵ Sentencia núm. 947/2023, de 14 de junio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2480), FD 10º, apartado 17.

⁶⁶ *Vid.*, además de las ya referenciadas en epígrafes anteriores, entre otras: “La opinión del Abogado General en el asunto C-882/19, Sumal S.L. v. Mercedes Benz Trucks España S.L.”, blog *Almacén de Derecho* 17 de abril de 2021, disponible en: <https://almacenederecho.org/la-opinion-del-abogado-general-en-el-asunto-c-882-19-sumal-s-l-v-mercedes-benz-trucks-espana-s-l>.

⁶⁷ SJMerc. nº 3 Valencia, de 20 de febrero de 2019 (ECLI:ES:JMV:2019:34).

⁶⁸ SJMerc. nº 3 Valencia, de 21 de octubre de 2022 (ECLI:ES:JMV:2022:9610).

⁶⁹ SJMerc. nº 3 Valencia, de 10 de marzo de 2023 (ECLI:ES:JMV:2023:548).

con la respuesta ofrecida por el Tribunal de Justicia” (apartado 66). Ante esta situación adopta una posición ciertamente singular y desde luego drástica: “(...) temo que mi visión y la de la Audiencia Provincial de Valencia son ya irremediabilmente distantes, a la espera de un pronunciamiento unificador de la Sala Primera del Tribunal Supremo, con auténtico valor de doctrina jurisprudencial” (apartado 71).

Establece (FD 6ª) una regla para la compensación efectiva del daño y su cuantificación exacta, en un proceso *follow-on* y ante un escenario de incertidumbres probatorias.

74. Al apreciar existencia de legitimación activa y estado de vigencia -no prescripción- de la acción (FD 5º) y ausencia de prueba asumible de *passing-on* (FD 7º) no duda en estimar la demanda (FD 1º), sin condena en costas procesales (FD 8º).

75. Son, ciertamente, muchas -y muy variadas- las consideraciones que pueden realizarse al hilo de esta sentencia, pues no hay prácticamente cuestión relevante sobre resarcimiento de daños derivados de infracciones antitrust que no se contemple: determinación del régimen aplicable (nn. 7-8); legitimación activa y pasiva (nn. 9-11); prescripción (nn. 12-14); presunción de que los cárteles generan daño (nn. 75-93); defensa *passing-on* (n. 22); etc. El recorrido que este pronunciamiento hace por la jurisprudencia comunitaria en materia de acciones de daños, y las propias resoluciones judiciales del Juzgado Mercantil nº 3 de Valencia, así como la revisión judicial de que ha sido objeto por parte de la Audiencia Provincial de Valencia, es también notable, y desde luego digno de estudio.

76. Este análisis exhaustivo excedería con creces el objeto de este breve comentario, y por tanto nos centraremos únicamente en lo que la sentencia refleja sobre la facultad de estimación judicial. Y lo haremos precisamente siguiendo el esquema de los requisitos positivos y negativos para su ejercicio, que se deducen de la Sentencia de 16 de febrero de 2023 (y anteriores) del TJUE en *Tráficos Manuel Ferrer*, que han sido recogidos en su integridad en los pronunciamientos del Tribunal Supremo de junio de 2023. De estas trascendentales sentencias emana mucha doctrina muy relevante en el ámbito de las acciones de daños, sólo nos fijaremos igualmente en lo relativo a la facultad de estimación judicial.

1. Cuándo se puede (y se debe) emplear la facultad de estimación judicial

77. En este punto el Magistrado Pastor es elocuente y categórico, conforme a su interpretación de lo previsto en la Directiva 2014/104/UE y su incorporación a la LDC. Su línea de razonamiento sigue, como no podía ser de otra manera, los requisitos establecidos por el TJUE en *Tráficos Manuel Ferrer*, que aplica, sin renunciar -como corresponde a la labor del juez nacional remitente de una cuestión prejudicial- a sus propios criterios y convicciones.

78. Respecto al primero de los presupuestos, el escenario de dificultad probatoria, señala (apartado 58) que ésta también puede deberse a aquellos supuestos “*en los que el demandado no colabora con el buen fin del proceso, su conducta es obstruccionista, sus alegaciones evasivas y su actividad probatoria inconcluyente y opaca*”. También, en cuanto a la presunción de daños, si el esfuerzo probatorio del demandado “*se resuelve en una negación insistente de lo más rudimentario para las ciencias jurídica y económica que los cárteles causan daño mientras no se pruebe lo contrario*” (apartado 77).

79. Con todo, y en relación con el siguiente presupuesto la gran queja del magistrado, que no oculta al redactar la sentencia (discrepando abiertamente del criterio seguido por la AP de Valencia, y veladamente del seguido por el TJUE), es que la negativa a acceder a los datos no se considere impedimento para la facultad de estimación judicial: “*Pues debe cuestionarse la existencia de una dificultad probatoria habilitante de la estimación allí donde el actor ha rechazado injustificadamente una medida de acceso a fuentes de prueba, porque la estimación judicial del daño no es un remedio a su pasividad*” (apartado 47).

80. Por ello, y en cuanto a este requisito de haber constatado un esfuerzo probatorio del demandante, desde el primer momento la sentencia señala que: “*La estimación judicial del daño no debe resultar accesible en aquellos supuestos de insuficiencia de la actividad probatoria del presunto perjudicado o cuando su estrategia incrementa el grado de incertidumbre del proceso*” (apartado 5), o, peor aún, “*cuando es el actor quien provoca una situación de opacidad probatoria*” (apartado 19).

81. Finalmente, también al juez le es exigible un esfuerzo por cuantificar el daño, antes de acudir demasiado alegremente a su facultad de estimación. Alerta el magistrado, en un tono ciertamente categórico, de que “*la estimación judicial del daño no sirve para que el juez hurte su deber de motivación, es decir, de valoración de los medios de prueba presentados en el caso*” (apartado 54). Y añade, en términos no menos drásticos, que “*si por estimación judicial del daño se entiende la simple reformulación de los dictámenes periciales de las partes, ese juicio estimativo, en términos de institución legal, no significará absolutamente nada para el ordenamiento jurídico español*” (apartado 56).

2. Cuando no se puede (o no se debería) emplear la facultad de estimación judicial

82. Aquí el Magistrado Pastor no duda en expresar su punto de vista, no del todo coincidente con el criterio seguido por el TJUE, y desde luego abiertamente discrepante con el de la Audiencia Provincial de Valencia. El punto esencial de disconformidad es respecto a la asimetría informativa, y el papel que -de cara a acudir a la estimación judicial- juega la puesta a disposición al demandante la información que el demandado se basa para construir su dictamen pericial, a través de las conocidas “salas de datos”.

83. Ya había mantenido la misma postura cuando el demandante rechazó la posibilidad que se le ofreció de recurrir a una sala de datos, por ejemplo en la citada Sentencia⁷⁰ de 21 de octubre de 2022, para evitar lo que califica como recurso abusivo a la facultad de estimación judicial:

“Pero, si desprecia abiertamente esa posibilidad cuando ya se ha advertido que su intento de cuantificación es insuficiente, no puede después reivindicar la subsistencia de una situación de dificultad probatoria y asimetría informativa que justifiquen una sobreactuación judicial última, resuelta mediante una estimación judicial subsidiaria del daño compensable. Este era el contrapeso que consideré más adecuado para evitar un recurso abusivo a las facultades de estimación judicial del daño como solución habitual -y por eso inadecuada- de una acción follow on. Así se preservaba la conexión de esa facultad con el contenido económico mínimo de una presunción de daño”.

84. Ya en este pronunciamiento señala que ha planteado la cuestión prejudicial que *Tráficos Manuel Ferrer* resuelve, y no duda en calificar el criterio sobre el acceso a las salas de datos impuesto por la AP de Valencia en su partido judicial como de una “visión refractaria” y que establece “*un umbral probatorio exorbitante, pues ningún intento de cuantificación del daño logra nunca formar la convicción del Tribunal en ningún sentido, siendo todos los procesos resueltos de manera homogénea y con recurso a la facultad de estimación judicial del daño*” (FD 4º, apartado 43).

85. Para el TJUE, en *Tráficos Manuel Ferrer* (apartado 54), el concepto de asimetría de información pese a que “está en el origen” de la adopción del art. 17.1 de la Directiva 2014/104, sin embargo “no juega ningún papel” en la facultad de estimación judicial⁷¹. El Magistrado Pastor, sin embargo, afirma que:

⁷⁰ SJMerc. nº 3 Valencia, de 21 de octubre de 2022, FD 4º, n. 42 (ES:JMV:2022:9610).

⁷¹ Con razón se ha dicho que en este punto el TJUE se está contradiciendo a sí mismo, ya que es precisamente la existencia de asimetría informativa la *raison d'être* de las herramientas para paliarla, entre las que se encuentra la facultad de estimación judicial; *Vid.*, a este respecto, L. HORNBKOHLE, “Of Adequate Cost Rules, Judicial Damages Estimation, and Fundamental Principles of Antitrust Damages Actions”, *Kluwer Competition Law Blog*, 17 February 2023. Disponible en: <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2023/02/17/of-adequate-cost-rules-judicial-damages-estimation-and-fundamental-principles-of-antitrust-damages-actions-trafficos-manuel-ferrer-c-312-21/> (último acceso el 10 de junio de 2023).

“Por mi parte, siempre he sostenido que la principal manifestación de las dificultades de prueba sobre la cuantificación del daño es la asimetría de información existente entre las partes. A tal fin, he disciplinado medidas de acceso a fuentes de prueba para corregir esa situación y, cuando el actor las ha despreciado injustificadamente mientras amparaba su demanda en un informe de experto abiertamente insuficiente, he desestimado esas pretensiones (por primera vez, en la sentencia de 10 de diciembre de 2019)” (apartado 18).

86. Y se lamenta, en este mismo párrafo de que la AP de Valencia, en Sentencia⁷² de 17 de noviembre de 2020, *“cuestionó la utilidad de una medida de acceso a fuentes de prueba, su encaje en nuestro derecho nacional y censuró su fiabilidad, por considerarla una medida tramposa”*. A partir de aquí, el pronunciamiento del juzgador valenciano persiste en una férrea defensa de su planteamiento inicial, legitimando su divergencia respecto a la respuesta dada por el TJUE en que *“el razonamiento del Tribunal exige de una interpretación más atenta, porque su análisis es abierto y plural”* (apartado 38) y no dudando en afirmar que *“el Tribunal de Justicia ha rechazado expresamente esta construcción de manera tan rotunda como, según considero, poco efectiva desde el punto de vista práctico y para la solución de este caso”* (apartado 40).

87. Este punto, como tantos otros, tiene que ser objeto de aclaración todavía por instancias superiores. Lo mismo que con esta “pasividad probatoria” del demandante, rechazando la posibilidad que se le ofrece de acceso a los datos del demandado, se precisa detallar cuál es el “estándar mínimo probatorio”, seguido habitualmente por la AP de Madrid, y no en cambio por la de Barcelona, que acude -como criterio para el recurso a la facultad de estimación judicial- a la mera presunción iuris tantum del daño.

88. Así, por ejemplo, no se contempla un mínimo estándar probatorio en lo resuelto por Sentencia de 17 de abril de 2020, cuando se indica (apartado 55) que: *“La situación expuesta nos lleva a tener que compartir la decisión adoptada por el juez a quo en cuanto a tener que optar por la estimación judicial del daño ante la imposibilidad de poder optar por la cuantificación realizada por la pericial de la actora, partiendo de una simple media aritmética resultante de un estudio estadístico sobre el impacto del cártel de los camiones en Europa. Consideramos que la cuantificación realizada por la actora es insuficiente e inútil para llevar a cabo una cuantificación aproximada del daño sufrido, sin que la parte demandada haya aportado cuantificación alternativa”*⁷³.

89. Concluye su razonamiento el magistrado valenciano deplorando que: *“En el terreno de los eufemismos, esta cuestión prejudicial quedó reducida para cierto imaginario a una sobre el uso de ‘salas de datos’. Porque ese fue el instrumento en él se plasmó la medida de acceso a fuentes de prueba acordada en el caso”* (apartado 47). Habrá que estar, pues, a lo que digan a este respecto las instancias superiores, ya que desde la perspectiva del *public enforcement*, el debido respeto a los derechos fundamentales y garantías procesales -el *due process*- son aspectos de la máxima trascendencia en un sistema que pretenda ser efectivo, y han sido objeto de estudio por destacados expertos en la materia⁷⁴. Pero es que desde la perspectiva del *private enforcement* dichas cuestiones no son menos importantes, y de ello está dando cuenta la construcción jurisprudencial de este peculiar sistema de daños derivados de ilícitos antitrust, como hemos tenido oportunidad de comentar en anteriores publicaciones⁷⁵.

90. En este sentido, es patente que nos encontramos ante dos posturas irreconciliables, y efectivamente es el Tribunal Supremo español el encargado de dilucidar qué interpretación es la correcta.

⁷² Sentencia de la AP de Valencia, núm. 1284/20, de 17 de noviembre de 2020 (ECLI:ES:APV:2020:4230).

⁷³ SAP Barcelona (Sección 15ª), de 17 de abril de 2020 (ECLI:ES:APB:2020:2567).

⁷⁴ F. CASTILLO DE LA TORRE y E. GIPPINI FOURNIER, *Evidence, proof and judicial review in EU Competition Law*, Ed. Elgar Competition Law & Practice, Londres (2017).

⁷⁵ F. DÍEZ ESTELLA, “Camiones, sobres de papel, azúcar y el seguro decenal: sobre los cárteles en España y las acciones resarcitorias de daños y perjuicios”, *Anuario de la Competencia 2017*, Ed. Marcial Pons – Fundación ICO, Madrid 2018, págs. 215 a 248.

Desde luego que tanto el TJUE como la AP de Valencia se han manifestado con claridad, y no menos rotundo es el titular del Juzgado Mercantil nº 3 de Valencia:

“De este modo, la respuesta del Tribunal de Justicia pone en riesgo, por su posible incompatibilidad, el recurso a la estimación judicial del daño como herramienta jurisprudencial para la configuración de un daño mínimo en los supuestos de pasividad probatoria del demandado y que, a modo de germen jurisprudencial precursor, pueda ser positivizado por el legislador español. Todo eso queda ya sobre la mesa de nuestro Tribunal Supremo” (apartado 59).

91. Pues bien, el Tribunal Supremo se ha pronunciado, en junio de 2023, y desde luego que su postura a este respecto es inequívoca, alineada con la interpretación del TJUE, y contraria a la postura del magistrado valenciano. No duda, primeramente, en recordar que *“El juez nacional debe valorar los elementos pertinentes, dadas las circunstancias concurrentes en el caso enjuiciado, para juzgar el esfuerzo probatorio desplegado por el perjudicado. Entre ellos se encuentra, como uno más de los posibles y no como una exigencia de carácter ineludible, haber hecho uso de las diligencias de acceso a las fuentes de la prueba”*⁷⁶.

92. El acceso a las fuentes prueba no es, por tanto, una exigencia ineludible, para valorar el esfuerzo probatorio del demandante. Y, por si quedara alguna duda, señala a continuación que:

*“En un caso como el presente, no consideramos que pueda apreciarse una inactividad probatoria del demandante que hiciera improcedente la estimación que los tribunales de instancia han hecho del daño, porque no conste que la demandante, una empresa que reclama el daño consistente en el sobreprecio de ciento ocho camiones, haya acudido a los mecanismos de acceso a las fuentes de prueba para que un perito pudiera realizar un informe basado en una realidad más próxima a la adquisición de su camión”*⁷⁷.

3. Propuesta de estándar para acudir a la estimación judicial

93. Como acertadamente señala el Juzgado Mercantil nº 3 de Valencia en su sentencia de 21 de octubre de 2022 (relativa al cártel de los fabricantes de automóviles): *“La estimación judicial del daño como resultado alternativo de un proceso de esta clase no es una condena del juez mercantil español. Porque siempre será un recurso que solo existe para garantizar la efectividad del derecho a obtener un resarcimiento por parte del perjudicado por una infracción anticompetitiva. La estimación judicial del daño no es otra cosa”*⁷⁸.

94. Y eso, continua señalando, exigirá siempre examinar, antes de nada, si existe o no existe ese derecho, es decir, “si el actor en cuestión es titular o no de un interés susceptible de protección jurídica en el caso concreto de que se trate”. Y aquí el Magistrado Pastor echa mano de los clásicos, recordándonos que administrar justicia, *ius dicere*, no es el ejercicio abstracto de un poder: consiste en determinar qué dice el Derecho a un caso concreto⁷⁹. De ahí que en el pronunciamiento que estamos comentando no se limita a mostrar su disconformidad, sino que aporta una solución al problema de cuándo puede un juez acudir a su facultad de estimación del daño.

95. En efecto, en la Sentencia de 10 de marzo de 2023 se ofrece un claro y bien definido estándar jurisprudencial para evaluar cuándo la actividad probatoria de las partes es adecuada para la solución del caso, y no se precisa por tanto acudir al remedio extremo de la estimación judicial. Propone el Magistrado tomar en consideración (apartado 100):

⁷⁶ Sentencia núm. 947/2023, de 14 de junio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2480), FD 10º, apartado 18.

⁷⁷ Sentencia núm. 947/2023, de 14 de junio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2480), FD 10º, apartado 19.

⁷⁸ Sentencia del JMerc. nº 3 de Valencia, de 21 de octubre de 2022, FD 8º, nº 168 (ECLI:ES:JMV:2022:9610).

⁷⁹ *Vid.* L. M. DíEZ PICAZO, “La potestad jurisdiccional: características constitucionales”, *Parlamento y Constitución-Anuario*, núm. 2, 1998, p. 70.

- (i) la especificidad de la prueba a practicar en este Derecho,
- (ii) un remedio a las limitaciones del discernimiento del juez,
- (iii) el significado de la valoración económica que está llamado a proporcionar y,
- (iv) la aplicación de la doctrina del Tribunal de Justicia cuando enfatiza que la exactitud sobre la existencia y cuantificación del daño compensable coexiste con algunas incertidumbres inevitables.

96. Este planteamiento está en consonancia con lo que el magistrado había manifestado en publicaciones académicas, señalando que este tipo de acciones de daños “exigen la creación de una doctrina jurisprudencial que parte desde cero y sin un marco comparativo claro: es el caso de la estimación judicial del daño en supuestos de insuficiencia probatoria y asimetría informativa”⁸⁰. Continua señalando que el ejercicio de esta novedosa facultad exige, sin quebrar el principio dispositivo o los deberes de congruencia, ni lesionar los principios elementales del proceso civil, “ubicarse fuera de él, si la solución del caso así lo exige”, dado que los informes periciales de que dispone no pueden valorarse de manera “usual y ortodoxa”.

97. Por todo ello, se entiende que caracterice la facultad de estimación judicial como “autónoma y alternativa, distinta de una mera labor de estimación parcial de una demanda por la asunción también parcial de unos u otros dictámenes periciales y, también, distinta de una mera labor de distribución de cargas probatorias o de una labor de presunción judicial. Y esa facultad especialísima solo se ha atribuido a los jueces por la Directiva”⁸¹.

98. Y señala, en esta misma aportación doctrinal, la que consideramos es una acertada definición de la categoría jurídica que estamos analizando en estas páginas: “El objetivo de la labor de estimación judicial es ofrecer una cuantificación alternativa del daño sufrido por el lesionado, cuando los intentos realizados por las partes no han sido suficientes para formar la convicción del juez y existe un déficit de información para la correcta cuantificación del daño del que no puede hacerse responsable al lesionado. Esa labor de cuantificación alternativa del daño es omnicomprendiva de todos los conceptos que normalmente lo integran: daño emergente, lucro cesante e interés, donde resulte aplicable”⁸².

99. Por último, y este rasgo nos parece esencial para entender el alcance de esta facultad, y también sus límites, y sus debilidades, se recalca su carácter eminentemente extraordinario y singular: “Si consideramos que la facultad de estimación judicial del daño es un instrumento novedoso y excepcional, deberemos igualmente asumir que su ejercicio concreto se desarrollará de forma y contenido extraordinarios, según los indicadores y datos de los que el juez pueda valerse en cada caso. Es decir, que lo extraordinario no es solo su presupuesto de aplicación, sino también su contenido. La clave es que no por ello la estimación deje de resultar prudente. En definitiva, el juez deberá realizar su intento de valoración alternativa de los daños en la forma en que le sea posible hacerlo, recurriendo a las evidencias y materiales de los que disponga”⁸³.

100. Volviendo a la sentencia de 10 de marzo de 2023, en el asunto *Tráficos Manuel Ferrer*, tras lamentar la “*dispersión de las valoraciones probatorias de los jueces españoles*” (apartado 106), resume éstas en cuatro posiciones:

- 1) asumir el esfuerzo de cuantificación de los perjudicados;
- 2) llevar a cabo una arbitraria y oportunista reformulación de los informes periciales aportados;

⁸⁰ E. PASTOR MARTÍNEZ, “Acciones «follow on»: la estimación judicial del daño en la práctica reciente de la jurisprudencia española”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 317 (2020), pág. 3.

⁸¹ *Idem.*, pág. 16.

⁸² *Idem.*, pág. 29.

⁸³ *Idem.*, pág. 35.

- 3) convertir la estimación judicial del daño en una “solución estandarizada para la litigación privada antitrust”;
- 4) dar poder de convicción íntegra a los informes periciales.

101. Seguidamente, hace un exhaustivo recorrido por sus pronunciamientos previos (señaladamente, las sentencias de 20 de febrero de 2019⁸⁴, 30 de diciembre de 2019⁸⁵ y 21 de octubre de 2022⁸⁶) en los que explica el método de valoración que ha seguido, y cómo ha otorgado a los diferentes informes periciales que las partes le han presentado mayor o menor poder de convicción, y por último desarrolla una regla jurisprudencial que desde luego merece un análisis completo y detallado, pero escapa al ámbito de este comentario.

102. Para concluir este epígrafe, sólo resta volver a señalar que la sentencia de 10 de marzo de 2023 es estimatoria de las pretensiones del demandante, cuya “*actividad de postulación y prueba es suficiente para la cuantificación del daño sufrido*” (FD 1º, n. 1), y ello pese a que “*el intento de cuantificación realizado por el actor presenta algunas contradicciones o debilidades, pues la ciencia económica está sujeta a sus propias controversias y de lo que se trata es de que el escenario propuesto sea lo suficientemente plausible y razonable. De este modo, en mi proceso de convicción, el informe pericial presentado por la actora reunirá suficientemente esas características*” (FD 1º, n. 2).

103. Ya que en el tema del acceso a las fuentes de prueba no, aquí sí hay alineamiento entre la postura del magistrado valenciano y el Tribunal Supremo, que en sus sentencias de este mes de junio de 2023 sigue este mismo razonamiento: “*La conclusión de lo anterior es que la actividad probatoria desplegada por el demandante, en concreto la presentación del informe pericial con la demanda, pese a que dicho informe no resulte convincente, en este caso y a la vista del estado de la cuestión y de la litigación cuando fue presentada la demanda, puede ser considerada suficiente para descartar que la ausencia de prueba suficiente del importe del daño se deba a la inactividad del demandante. Y estando probada la existencia del daño, justifica que el tribunal haya hecho uso de facultades estimativas para fijar la indemnización*”⁸⁷.

VI. Epílogo: las sentencias del Tribunal Supremo de junio de 2023

104. Como ya se ha señalado en la introducción, no se puede ignorar la enorme trascendencia que los pronunciamientos de nuestro alto tribunal ha dictado entre los días 12 y 14 de junio de 2023, resolviendo los primeros recursos de casación planteados contra sentencias de Audiencias Provinciales en relación con reclamaciones de daños en España derivados del cártel de los camiones.

105. Naturalmente, no se pretende aquí llevar a cabo un análisis exhaustivo de dichos pronunciamientos, que seguro merecerán contribuciones doctrinales monográficas durante los próximos meses. Únicamente nos hemos limitado a señalar, en los apartados correspondientes de este comentario a la STJUE en el asunto *Tráficos Manuel Ferrer*, qué decían sobre la facultad de estimación judicial del daño. Sistematizando aquí esa doctrina, y como corolario de todo lo dicho anteriormente, podemos señalar los siguientes puntos:

- 1) La facultad de estimación judicial ya estaba reconocida en nuestro ordenamiento jurídico como consecuencia necesaria del principio de indemnidad del perjudicado propio del art. 1902 CC y del art. 101 TFUE, antes incluso de la entrada en vigor de la Directiva 2014/104/UE y su trasposición a través del art. 76 LDC.

⁸⁴ Sentencia del JMerc. nº 3 de Valencia, de 20 de febrero de 2019 (ECLI:ES:JMV:2019:34).

⁸⁵ Sentencia del JMerc. nº 3 de Valencia, de 30 de diciembre de 2019 (ECLI:ES:JMV:2019:1265).

⁸⁶ Sentencia del JMerc. nº 3 de Valencia, de 21 de octubre de 2022 (ECLI:ES:JMV:2022:9610).

⁸⁷ Sentencia núm. 947/2023, de 14 de junio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2480), FD 10º, apartado 20.

- 2) La atribución al juez de facultades de estimación de la cuantificación del daño causado por la conducta infractora de la competencia permite superar algunas dificultades propias de la valoración del daño en este campo, flexibilizando el estándar de prueba exigible y subsanando la asimetría informativa existente en detrimento del perjudicado (aquí se recoge la STJUE *DAF Trucks NV y AB Volvo*).
- 3) Para decidir si el ejercicio de facultades de estimación del daño es correcto, hay que valorar, siguiendo los criterios fijados en la STJUE *Tráficos Manuel Ferrer*, si la imposibilidad práctica de valorar el daño se debió a la inactividad del perjudicado.
- 4) Entre los elementos pertinentes para llevar a cabo dicha valoración está, como uno más de los posibles y no como una exigencia de carácter ineludible, haber hecho uso de las diligencias de acceso a las fuentes de la prueba.
- 5) Es válida la estimación hecha por los jueces, cuando no se acredite que el importe del daño ha sido superior al porcentaje mínimo del 5%, y por tanto el demandante no puede pretender una indemnización superior a ese porcentaje.

106. Ofrecemos a continuación una tabla de las sentencias, con algunas indicaciones que faciliten su consulta; como ha quedado dicho, son quince sentencias, dictadas entre los días 12 y 14 de junio de 2023, y que en total suman más de 600 folios.

Nº Ref. y ECLI	Fecha	Ponente	Demandado (en 1ª instancia)	Sentencia recurrida
923/2023 ES:TS:2023:2492	12.06.23	D. Rafael Sarazá Jimena	Fiat Chrysler y CNH Industrial	AP de Valencia (16.12.2019)
924/2023 ES:TS:2023:2472	12.06.23	D. Ignacio Sancho	Fiat Chrysler y CNH Industrial	AP de Valencia (24.09.2020)
925/2023 ES:TS:2023:2495	12.06.23	D. Ignacio Sancho	CNH Industrial	AP de Zaragoza (27.05.2020)
926/2023 ES:TS:2023:2473	12.06.23	D. Ignacio Sancho	CNH Industrial	AP de Barcelona (21.09.2022)
927/2023 ES:TS:2023:2475	12.06.23	D. Rafael Sarazá Jimena	IVECO y CNH Industrial	AP de Bizkaia (04.06.2020)
928/2023 ES:TS:2023:2474	12.06.23	D. Pedro José Vela Torres	IVECO	AP de Valencia (27.10.2020)
939/2023 ES:TS:2023:2476	13.06.23	D. Ignacio Sancho	MAN Truck & Bus Iberia	AP de Valencia (05.12.2019)
940/2023 ES:TS:2023:2477	13.06.23	D. Pedro José Vela Torres	MAN SE	AP de Valencia (25.05.2020)
941/2023 ES:TS:2023:2497	13.06.23	D. Rafael Sarazá Jimena	MAN Truck & Bus Iberia	AP de Pontevedra (10.07.2020)
942/2023 ES:TS:2023:2478	13.06.23	D. Juan María Díaz Fraile	MAN SE	AP de Zaragoza (27.07.2020)
946/2023 ES:TS:2023:2479	14.06.23	D. Pedro José Vela Torres	AB Volvo y Renault Trucks	AP de Valencia (20.12.2019)
947/2023 ES:TS:2023:2480	14.06.23	D. Juan María Díaz Fraile	AB Volvo y Renault Trucks	AP de Valencia (23.01.2020)
948/2023 ES:TS:2023:2493	14.06.23	D. Pedro José Vela Torres	Daimler AG	AP de Zaragoza (03.07.2020)
949/2023 ES:TS:2023:2494	14.06.23	D. Rafael Sarazá Jimena	DAF Trucks NV	AP de Valencia (08.06.2020)
950/2023 ES:TS:2023:2496	14.06.23	D. Juan María Díaz Fraile	DAF Trucks NV	AP de Zaragoza (20.07.2020)

VII. Conclusiones

107. De lo expuesto anteriormente, al hilo del análisis de la STJUE en el asunto *Tráficos Manuel Ferrer*, el ulterior pronunciamiento del Juzgado Mercantil nº 3 de Valencia, los pronunciamientos del Tribunal Supremo de junio de 2023, así como de otra jurisprudencia y las aportaciones doctrinales que hemos considerado más relevantes, podemos extraer las siguientes conclusiones.

108. En primer lugar, casi una década después de la aprobación de la Directiva 2014/104/UE, que impulsó el ejercicio de acciones de reclamación de daños y perjuicios derivados de ilícitos anticompetitivos, podemos afirmar que el sistema ha ido madurando. Se han perfilado -a golpe de jurisprudencia del TJUE, y ahora también de nuestro Tribunal Supremo- cuestiones prácticas y conceptos que eran dudosos, y hoy en día contamos con unos principios claros y bien sentados, y un instrumental bien diseñado para su aplicación.

109. En segundo lugar, un ejemplo de esta maduración del modelo de *enforcement* en esta materia es que la tan proclamada “complementariedad” entre la aplicación pública y la privada del derecho de la competencia, ha evolucionado hacia el entendimiento que son dos aspectos del mismo sistema, y que las acciones de daños, además de su natural función resarcitoria, tienen también una finalidad disuasoria, ya que contribuyen a desincentivar la comisión de prácticas anticompetitivas, tanto -o más- que las propias sanciones económicas.

110. En tercer lugar, este escenario, tan bien diseñado en el plano conceptual, ha encontrado, no obstante, abundantes obstáculos en su implementación práctica, que comprometen los principios de efectividad e indemnidad. En concreto, y además de otras cuestiones materiales y procesales que no son objeto de comentario en estas páginas, pero que convierten la reclamación de daños en un auténtico calvario (sobre todo para los demandantes), sin duda el principal obstáculo es la cuantificación de los daños sufridos. Esto es así, como hemos visto, por tres motivos fundamentales: la dificultad inherente a la tarea de recrear el escenario hipotético contrafactual, la existencia de importantes asimetrías informativas entre reclamantes y demandados, y el elevado coste de los necesarios informes periciales.

111. En cuarto lugar, y como anticipando este escenario de dificultades poco menos que insalvables, la Directiva de Daños ha previsto una serie de mecanismos para hacer efectivo el derecho a la plena compensación económica por los daños sufridos a consecuencia de, por ejemplo, un cártel de precios: una serie de presunciones (como la de existencia de daño) que redistribuyen las cargas probatorias, la flexibilización del estándar de prueba, los mecanismos de acceso a las fuentes de prueba, y la novedosa facultad de estimación judicial del daño.

112. En quinto y último lugar, es esta novedosa institución de la facultad de estimación judicial del daño -en el contexto de las demás, ya que no se puede abordar su estudio de forma aislada- la que ha sido objeto de examen en estas páginas, y que a resultas del trabajo de análisis realizado, podemos caracterizar con estos cinco rasgos:

Se trata (y los adjetivos que vamos a indicar ahora son todos extraídos de la jurisprudencia) de una facultad “especialísima”, “particular”, “alternativa”, “extrema”, “excepcional”, “extraordinaria”, “subsidiaria”, de “último recurso”, y que lo deseable es que se ejerza por los jueces lo menos posible, evitando su uso abusivo. A la vez, éstos tienen que ejercerla de forma autónoma, y en pleno uso de su independencia propia.

Su uso no se justifica por la mera existencia de incertidumbres o dificultades (inherentes a unos litigios de esta complejidad). Como ha aclarado sin ambages el TJUE en *Tráficos Manuel Ferrer*, la asimetría informativa entre demandante y demandado por sí sola tampoco justifica el recurso a esta facultad, pese a ser su presupuesto lógico. Sólo está permitida en un escenario de dificultad probatoria que haga prácticamente imposible o excesivamente difícil la cuantificación del daño.

Por otro lado, el carácter excepcional de esta facultad no puede llevar a que se quiebren los elementales principios del proceso civil, su carácter dispositivo, el deber de congruencia de la decisión judicial y la necesidad de motivación.

No suple la tarea del demandante, a quien se exige que desarrolle un mínimo esfuerzo probatorio, y por supuesto que su actitud no conlleve a un escenario de “opacidad probatoria”. Contra la opinión del titular del Juzgado Mercantil nº 3 de Valencia, el TJUE es categórico al afirmar que la renuncia por el demandante a hacer uso de los medios de acceso a las pruebas (como por ejemplo, a través de una “sala de datos”), no precluye el recurso por parte del juzgador a su facultad de estimación del daño. En igual sentido se pronuncia el Tribunal Supremo español, en sus recientes pronunciamientos.

Por último, también al juez se le exige que, antes de acudir a esta facultad estimativa, haga un esfuerzo de cuantificación a partir de los informes periciales propuestos por las partes, asumiéndolos en su totalidad, parcialmente, o integrando su juicio de valor a partir de los datos y cuantificaciones obrantes en el expediente. Como recientemente ha señalado el Tribunal Supremo, salvo que el demandante pruebe otra cosa, la cifra estimada del 5% como sobrecoste refleja correctamente el daño sufrido por el cártel.

113. Aún quedan muchas cuestiones que precisar, como por ejemplo cuál es el “umbral probatorio mínimo” exigible para no desvirtuar el recurso a la facultad de estimación judicial, y otros aspectos de la tarea de cuantificación del daño. Si bien es cierto que el Tribunal Supremo, en sus recientes sentencias de junio de 2023 ha despejado las dudas sobre algunos puntos conflictivos en los primeros asuntos que le han llegado en casación derivados del cártel de fabricantes de camiones, quedan todavía otros muchos, que deberán ser aclarados.

Perpetuatio fori y coexistencia entre el Reglamento (CE) 2201/2003 y el Convenio de La Haya de 1996. A propósito de la STJUE de 14 de julio de 2022, asunto C-572/21, CC*

Perpetuatio fori and coexistence between Regulation (EC) 2201/2003 and the 1996 Hague Convention. Regarding the STJUE of July 14, 2022, case C 572/21, CC

ANTONIA DURÁN AYAGO

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Salamanca*

ORCID ID: 0000-0003-3112-0112

Recibido:12.06.2023 / Aceptado:25.09.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.8105

Resumen: El TJUE aclara un aspecto relevante de la coexistencia entre el Convenio de La Haya de 1996 y el Reglamento (CE) 2201/2003. En concreto, determina que si una vez iniciado el procedimiento en un Estado miembro el niño cambia su residencia a un tercer Estado parte del Convenio de 1996, se aplica este con preferencia al Reglamento. No hubiera estado de más que una cuestión de esta relevancia hubiera sido aclarada por el legislador europeo en la nueva versión del Reglamento.

Palabras clave: Responsabilidad parental, *perpetuatio fori*, Reglamento (CE) 2201/2003, Convenio de La Haya de 1996.

Abstract: The CJEU clarifies a relevant aspect of the coexistence between the Hague Convention of 1996 and Regulation (EC) 2201/2003. Specifically, it determines that if once the procedure has been initiated in a Member State, the child changes his residence to a third State party to the 1996 Convention, this is applied in preference to the Regulation. It would not have hurt if a matter of this relevance had been clarified by the European legislator in the new version of the Regulation.

Keywords: Parental responsibility, *perpetuatio fori*, Regulation (EC) 2201/2003, The Hague Convention of 1996

Sumario: I. Contexto II. Hechos y cuestión prejudicial III. Argumentación jurídica y fallo IV. Conclusiones y valoración.

*El presente trabajo se enmarca en la ejecución del Proyecto de investigación “Matrimonio y otros modelos familiares: crisis y protección de menores en un contexto de creciente migración” [ref. PID2020-113444RB-I00], AEI/10.13039/501100011033.

I. Contexto

1. Tanto el *Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) 1347/2000*¹ en su artículo 8, apartado primero², como su sustituto el *Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores*³, en su artículo 7, apartado primero⁴, parten de la premisa de que la residencia habitual, en tanto criterio de competencia general, ha de verificarse y concretarse en el momento en que se promueve el procedimiento. Es, por tanto, el lugar de residencia habitual que tenga el niño en el momento en el que se presenta la demanda o documento equivalente [art. 16 Reglamento (CE) 2201/2003 y art. 17 Reglamento (UE) 2019/1111]⁵. Los cambios de residencia habitual posteriores al inicio del procedimiento no alteran la competencia judicial internacional. Así lo ha apostillado el considerando 21 Reglamento (UE) 2019/1111, pues para los procedimientos que ya estén en curso, la seguridad jurídica y la eficiencia de la justicia justifican el mantenimiento de la competencia hasta que los procedimientos hayan desembocado en una resolución definitiva o hayan concluido de otra forma. Aunque si lo solicitan las partes o así lo considera el órgano jurisdiccional que esté conociendo del asunto, puede haber una transferencia de la competencia judicial internacional a favor de las autoridades de la nueva residencia habitual del niño [art. 12.4 a)]. Retengamos ahora esta matización, ausente en el Reglamento (CE) 2201/2003, sobre la que volveremos al final de esta reseña.

2. La regulación de esta cuestión en ambas versiones del Reglamento y en concreto de la que nos ocupa, Reglamento (CE) 2201/2003, no está alineada con la que ofrece el *Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños*⁶ (en adelante, CH 1996)⁷, que recoge el cambio inmediato de competencia en favor de las autoridades de un segundo Estado al que haya trasladado lícitamente el menor su residencia⁸. Esto es, el CH 1996 no contempla la *perpetuatio fori* en los casos de cambio de residencia habitual del niño de forma lícita una vez iniciado el procedimiento. Es esta una de las cuestiones que, pese a su importancia, el nuevo Reglamento no ha resuelto⁹.

¹ DOUE núm. 338, de 23 de diciembre de 2003.

² Artículo 8 Reglamento (CE) 2201/2003: «1. Los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro serán competentes en materia de responsabilidad parental respecto de un menor que resida habitualmente en dicho Estado miembro en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional.».

³ DOUE núm. 178, de 2 de julio de 2019.

⁴ Artículo 7 Reglamento (UE) 2019/1111: «1. Los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro serán competentes en materia de responsabilidad parental respecto de un menor que resida habitualmente en dicho Estado miembro en el momento en que se acuda al órgano jurisdiccional.».

⁵ Auto del TJUE de 22 de junio de 2016, asunto C-173/16, *M.H. contra M.H.* [ECLI:EU:C:2016:542, accesible en CURIA - Documentos (europa.eu)].

⁶ BOE núm. 291, de 2 de diciembre de 2010.

⁷ En concreto, el apartado segundo del artículo 5 especifica que «[s]in perjuicio de lo dispuesto en el artículo 7, en caso de cambio de la residencia habitual del niño a otro Estado contratante, son competentes las autoridades del Estado de la nueva residencia habitual.».

⁸ P. LAGARDE, *Informe explicativo del Convenio de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños*, 1998, pp. 23-25, accesible en <https://assets.hcch.net/docs/aa132b31-385d-4a66-b8d9-2d362053ed75.pdf>, consultado el 8 de junio de 2023.

⁹ M. HERRANZ BALLESTEROS, “El Reglamento (UE) 2019/1111 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida): principales novedades”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 73 (2021), 2, pp. 229-260, esp. p. 234. Inicialmente se contemplaba la misma regulación que está en el CH 1996 en la Propuesta de reforma del Reglamento (2016), con referencia al *Study on assessment of Regulation (EC) 2201(2003 and the policy option for its amendment*, Final Report, pp. 28-30. En concreto, el artículo 7 tenía el siguiente tenor: “Las autoridades de un Estado miembro serán competentes en materia de responsabilidad parental respecto de un menor que resida habitualmente en dicho Estado miembro. Cuando el menor cambie legalmente de residencia de un Estado miembro a otro y adquiera una nueva residencia habitual en este último, serán competentes las autoridades del Estado miembro de la nueva residencia habitual”. Pero en el iter legislativo se volvió a

3. Así las cosas, qué sucede si el niño traslada su residencia habitual, una vez iniciado el procedimiento, a otro Estado no miembro, parte del CH 1996¹⁰. Justo sobre esta cuestión versa la presente sentencia del TJUE de 14 de julio de 2022, asunto C-575/21, CC¹¹, que aclara que el Estado miembro competente inicialmente por tener el niño en su territorio su residencia habitual, no conserva su competencia, si la residencia habitual del niño cambia legalmente durante el procedimiento a otro Estado no miembro parte del CH 1996¹². Se trata de una interpretación que aun siendo previsible, despierta algunas dudas a futuro. Destaquemos ahora solo que para llegar a este resultado los preceptos verdaderamente importantes son los que en la sentencia se plantean como accesorios, cuales son el artículo 61 Reglamento (CE) 2201/2003 y el artículo 52 CH 1996.

II. Hechos y cuestión prejudicial

4. El recurso prejudicial ante el TJUE se presenta a raíz de un litigio sobre la responsabilidad parental de M., hijo menor de CC y VO, en relación con la demanda presentada por este último en Suecia para obtener la custodia del hijo de ambos.

5. Tal y como se aclara en la sentencia, M. nació en Suecia en 2011 y desde ese momento su madre, CC, había tenido la custodia exclusiva sobre él. En octubre de 2019, M. comenzó a asistir a un internado en el territorio de la Federación de Rusia, ante lo que el padre interpone demanda, en diciembre de ese mismo año, ante las autoridades suecas solicitando que se le atribuya la custodia exclusiva sobre su hijo y se fije el lugar de su domicilio en tanto residencia habitual en Suecia. A lo que se opuso la madre, excepcionando la competencia, puesto que a su entender su hijo tenía ya en ese momento su residencia en Rusia, por lo que las autoridades suecas no eran competentes. Cuestión que estas no admitieron, pues a su juicio en ese momento el niño aún no había cambiado su residencia habitual, y otorgaron la custodia exclusiva al padre.

6. Se indica también que la madre había interpuesto un año después, en noviembre de 2020 demanda ante los tribunales rusos en la que reclamaba que se le otorgara la custodia exclusiva sobre su hijo, tribunales que se habían declarado competentes sobre la base de la residencia habitual del niño en este país. Es preciso aclarar que Rusia es Estado parte del CH 1996 desde el 1 de junio de 2013.

7. En este estado de cosas, el órgano jurisdiccional sueco (tribunal supremo) remitente decide solicitar aclaración al TJUE, por un lado, sobre si el principio de perpetuación de la jurisdicción (*perpetuatio fori*), tal como se desprende del artículo 8, apartado 1 del Reglamento (CE) 2201/2003 se aplica en caso de cambio de la residencia habitual del menor a un tercer Estado que sea parte del CH 1996 y, por otro lado, teniendo en cuenta la regla de prevalencia prevista en el artículo 61, letra a) del Reglamento (CE) 2201/2003, solicita que se le aclare cuál es el momento que debe tomarse en consideración

la redacción originaria. Se puede consultar el procedimiento completo en EUR-Lex - 52016PC0411 - EN - EUR-Lex (europa.eu), consultado el 6 de junio de 2023.

¹⁰ B. CAMPUZANO DÍAZ, “El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111: análisis de las mejoras en las relaciones con el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 sobre responsabilidad parental”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (marzo 2020), vol. 12, nº 1, pp. 110-111; O. BOBRZYNSKA, “Brussels II ter Regulation and the 1996 Hague Convention on Child Protection – the interplay of the European and Hague regimes in the matters of parental responsibility”, *Polski Proces Cywilny* 4/2021, pp. 593-616.

¹¹ ECLI:EU:C:2022:562, accesible en CURIA - Documentos (europa.eu). *Vid.* L. IDOT, “Règlement Bruxelles II bis - Articulation avec la Convention de La Haye de 1996”, *Europe* 2022, nº 10 octubre, comm. 354 (FR), pp. 43 y ss; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Traslado de la residencia habitual de un menor y competencia judicial internacional. A propósito de la STJ de 14 de julio de 2022, en el asunto C-572/21”, *La Ley Unión Europea*, núm. 106, septiembre de 2022; L. CARRILLO POZO, “Cambio de residencia de un menor durante el proceso y *perpetuatio iurisdictionis*. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 14 de julio de 2022, asunto C-572/21”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2023), Vol. 15, Nº 1, pp. 924-935.

¹² A. DURÁN AYAGO, “La competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental. La regla general (artículo 7)”, en B. Campuzano Díaz (dra.), *Estudio del Reglamento (UE) 2019/1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022, p. 76.

para apreciar el lugar de la residencia habitual del menor y si el alcance de ese artículo se limita a las relaciones entre los Estados miembros o si tiene un ámbito de aplicación más amplio. En concreto, formula la siguiente cuestión:

«¿Conserva un tribunal de un Estado miembro su competencia con arreglo al artículo 8, apartado 1, del [Reglamento n.º 2201/2003] si el menor al que se refiere el asunto traslada, durante la tramitación del procedimiento, su residencia habitual de un Estado miembro a un tercer Estado que sea parte del Convenio de La Haya de 1996 (véase el artículo 61 del Reglamento)?».

Argumentación jurídica y fallo

8. El TJUE comienza aclarando que el artículo 8 en su apartado primero del Reglamento (CE) 2201/2003 atribuye la competencia en materia de responsabilidad parental a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tiene su residencia habitual en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional. Y en este sentido constata que esta precisión puede derivar en una suerte de *perpetuatio fori*, si una vez presentada la demanda, el niño durante el curso del procedimiento cambia legalmente su lugar de residencia. Por su parte, basa también su argumentación en el artículo 61, letra a) del Reglamento (CE) 2201/2003 que establece que, en las relaciones con el CH 1996, el Reglamento se aplicará «cuando el menor afectado tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro». De lo que cabe deducir que si esto no sucede, se aplicará el CH 1996, si se dan los presupuestos para su aplicación.

9. De los pocos datos fácticos que proporciona la sentencia surge la duda de si en el momento en que el padre presenta la acción ante los tribunales suecos, el niño seguía residiendo en Suecia, puesto que lo que sí se dice es que había comenzado a asistir a un internado en la Federación de Rusia en octubre de 2019, y la acción se interpone dos meses después. Es importante este aspecto, porque aunque no se plantea explícitamente, parece que los tribunales suecos dan por hecho un elemento temporal para determinar la residencia habitual, esto es, que si se declaran competentes es porque no consideran que el niño, dos meses después de haber iniciado su estancia en el internado ruso, haya cambiado su residencia habitual. En este sentido, conviene recordar que la jurisprudencia del TJUE sobre la concreción de la residencia habitual ha girado en torno a tres requisitos, a saber, presencia física, continuidad e integración social y familiar¹³. Deducimos, por el tenor de la cuestión y del fallo, que la residencia del niño ha cambiado durante la tramitación del procedimiento, pero, como apuntamos, no queda claro en base a qué factores se ha producido, a juicio de las autoridades suecas, ese cambio de residencia.

10. A pesar de las dudas que genera, de entrada, el caso que justifica la cuestión, lo que es claro es que el TJUE pretende tomarlo como pretexto para resolver una cuestión de convivencia o coexistencia entre el Reglamento y el CH 1996 que no se ha querido explícitamente resolver en la nueva versión del Reglamento.

11. En primer lugar, citando su sentencia de 17 de octubre de 2018, asunto C393/18 PPU, UD¹⁴, el TJUE aclara que ni de los términos ni del sistema general del artículo 8, apartado 1 del Reglamento (CE) 2201/2003 se desprende que haya de considerarse que el ámbito de aplicación de esta disposición se limite a litigios relativos a conflictos que impliquen relaciones entre órganos jurisdiccionales de Estados miembros. O dicho con otras palabras, la norma de competencia general establecida en el artículo 8, apartado 1 de este Reglamento puede aplicarse a litigios que impliquen relaciones entre los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro y los de un tercer Estado¹⁵. Ahora bien, si ese tercer Estado al

¹³ Vid. A. DURÁN AYAGO, “La competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental. La regla general (artículo 7)”, *loc. cit.*, pp. 71 y ss.

¹⁴ EU:C:2018:835, accesible en CURIA - Documentos (europa.eu), apartados 33 a 41.

¹⁵ Apartado 29 de la sentencia que comentamos.

que ha trasladado su residencia habitual el menor es parte del CH 1996, las reglas de coexistencia entre ambos textos exigen una aclaración, pues, como apuntamos, el propio Reglamento dispone *a sensu contrario* que si el menor tiene su residencia en un Estado parte del CH 1996 se aplicará este texto [art. 61 a) Reglamento]. Esto es lo verdaderamente relevante, a pesar de que para justificar su fallo el TJUE interprete también otros preceptos que quizás no era necesario interpretar, pues básicamente son dos artículos los que proporcionan las claves del caso: el artículo 61 a) del Reglamento, en tanto cláusula de prioridad y el artículo 52 del CH 1996, en tanto cláusula de desconexión¹⁶.

12. A pesar de ello, cita también al artículo 60 del Reglamento¹⁷ para apostillar que en los convenios aludidos en él primará la aplicación del Reglamento entre los Estados miembros¹⁸, a diferencia de lo especificado en el artículo 61 con reglas específicas de coexistencia con el CH 1996.

13. De esta manera, en las relaciones con el CH 1996, la residencia que importa es la que tenga el menor en el momento en que el órgano jurisdiccional competente se pronuncia, de modo que si esa residencia ya no está establecida, en ese momento, en el territorio de un Estado miembro, sino en el de un tercer Estado, parte del CH 1996, debe excluirse la aplicación del artículo 8, apartado 1 del Reglamento (CE) 2201/2003 en beneficio de lo dispuesto en ese Convenio¹⁹. Argumentación que a juicio del TJUE se ve corroborada por el tenor del artículo 61, letra b), del Reglamento (CE) 2201/2003, que establece que este Reglamento se aplicará «*en lo que respecta al reconocimiento y ejecución en el territorio de un Estado miembro de una resolución dictada por el órgano jurisdiccional competente de otro Estado miembro, aun cuando el menor afectado tenga su residencia habitual en un [tercer Estado] que sea parte contratante del CH 1996*».

14. Por lo que concluye que de la lectura conjunta de las letras a) y b) del artículo 61 de dicho Reglamento se desprende que el artículo 8, apartado 1, de este deja de aplicarse si se ha trasladado la residencia habitual del menor al territorio de un tercer Estado parte del CH 1996 antes de que se haya pronunciado el órgano jurisdiccional competente de un Estado miembro que conoce del litigio en materia de responsabilidad parental. Por el contrario, en el supuesto de que el cambio de la residencia habitual del menor se produzca después de que el órgano jurisdiccional haya resuelto, ese cambio no se opone, en virtud del artículo 61, letra b) de dicho Reglamento, a que sus disposiciones se apliquen al reconocimiento y a la ejecución de tal resolución en el territorio de otro Estado miembro²⁰. A mi juicio, esta última matización sobra, porque en ningún caso es relevante el domicilio del niño cuando hablamos del reconocimiento de una sentencia ya dictada.

15. *A priori*, esta interpretación dada por el TJUE posibilita una coexistencia pacífica entre ambos textos, y se aproxima a lo estipulado en el artículo 5, apartado 2 CH 1996, que determina que en caso de cambio de residencia habitual del menor a otro Estado contratante, serán competentes las autoridades del Estado de la nueva residencia habitual y refuerza el cumplimiento de lo estipulado en el artículo 52, apartado 3 CH 1996 que se opone expresamente a que, por lo que respecta a las materias reguladas por dicho Convenio, otro convenio celebrado entre varios Estados contratantes afecte, en las relaciones de estos Estados con los demás Estados contratantes, a la aplicación de las disposiciones del CH 1996²¹.

¹⁶ A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “La cláusula de compatibilidad del art. 52.2 del Convenio de La Haya de 1996 y los instrumentos comunitarios”, en C. ESPLUGUES MOTA / G. PALAO MORENO (eds.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Valencia, 2012, pp. 189-202.

¹⁷ Así, el artículo 60 comienza: «*En las relaciones entre los Estados miembros, primará el presente Reglamento, en las materias reguladas por el mismo, frente a los Convenios siguientes...*».

¹⁸ Apartado 34.

¹⁹ Apartado 36.

²⁰ Apartado 38.

²¹ Apartado 41. *Vid.* puntos 170 a 173 del Informe explicativo del Convenio, elaborado por el P. Lagarde sobre la interpretación del artículo 52, apartado tercero.

IV. Conclusiones y valoración

16. Como apuntábamos al principio, en la fase de reforma del Reglamento (CE) 2201/2003 se planteó modificar lo dispuesto en el artículo 8, apartado primero para alinearlo con el artículo 5, apartado segundo del CH 1996. Finalmente no se llevó a cabo este cambio, ni en el artículo 97 del Reglamento (UE) 2019/1111 que regula las relaciones entre este Reglamento y el CH 1996 se hizo matización alguna al respecto. Visto lo interpretado por el TJUE en esta sentencia, quizás hubiera sido oportuno hacerlo.

17. Porque apreciamos cierta incongruencia entre lo interpretado por el TJUE en esta sentencia y lo aclarado por el legislador europeo en el Considerando 21 Reglamento 2019/1111.

«Cuando no haya aún procedimientos en curso en materia de responsabilidad parental y la residencia habitual del menor cambie a raíz de un traslado lícito del menor, la competencia debe seguirle con el fin de mantener la proximidad. Para los procedimientos que ya estén en curso, la seguridad jurídica y la eficiencia de la justicia justifican el mantenimiento de la competencia hasta que los procedimientos hayan desembocado en una resolución definitiva o hayan concluido de otra forma. El órgano jurisdiccional en el que se esté sustanciando el procedimiento debe, no obstante, estar facultado en determinadas circunstancias para transferir la competencia al Estado miembro en el que el menor esté viviendo a raíz de un traslado lícito».

18. Si en algún contexto más allá del europeo tiene sentido la *perpetuatio fori* basada en criterios de eficiencia y seguridad jurídica, es en un contexto donde exista el paraguas convencional, como sucede con el CH 1996. Y ello porque si no se ha optado por introducir el mismo contenido que tiene el artículo 5.2 CH 1996 en el actual artículo 7 del Reglamento (UE) 2019/1111 pudiendo hacerlo, esto debe tener su traducción en una reinterpretación que el TJUE haga del mismo. Sobre todo porque lo aclarado en el considerando 21 no estaba en el texto del Reglamento (CE) 2201/2003. Es obvio que hay un contexto de confianza entre los Estados que son parte del CH 1996 que hace que el reconocimiento de esa sentencia que se dicte sobre la base de la *perpetuatio fori* vaya a ser una realidad. El que cese la competencia judicial internacional de un Estado miembro una vez iniciado el procedimiento por el cambio a un tercer Estado parte del CH 1996 de la residencia habitual del niño, se podrá justificar como se quiera, pero supone una distorsión importante del procedimiento que incluso puede amparar comportamientos estratégicos, no siempre bienintencionados, buscando dilatar resoluciones o evitar las que se prevén y, por supuesto, lejano está todo ello a respetar el principio del interés superior del menor en que se basan e inspiran ambos textos normativos.

19. La clave, a mi juicio, debe estar en qué texto es aplicable cuando se interpone la demanda o documento equivalente. Si un Estado miembro se considera competente en función de la residencia habitual del niño en su territorio en ese momento, debe continuar siéndolo hasta que ese procedimiento concluya, aun cuando la residencia habitual del niño haya cambiado a otro Estado parte solo del CH 1996. Porque no olvidemos que el artículo 8 CH 1996 permite flexibilizar la competencia, reclamando por parte del Estado miembro al tercer Estado al que el menor haya trasladado su residencia que la ejerza, y en este caso sí que el artículo 97.2 b) Reglamento (UE) 2019/1111 ha previsto el cambio al régimen convencional. Sería esta una forma menos drástica de resolver esta cuestión.

20. Lo contrario a esto supondría que el artículo 8, ahora 7 del Reglamento (UE) 2019/1111 sólo es aplicable entre Estados miembros. Es decir, que solo en el caso de que el menor traslade su residencia a otro Estado miembro una vez iniciado el procedimiento, las autoridades del Estado miembro en que el procedimiento se halla iniciado seguirán siendo competentes. Pero no es esta la interpretación que el TJUE ha hecho de este artículo, pues esta cuestión ya se aclaró en su sentencia de 17 de octubre de 2018, asunto C-393/18 PPU, UD y XB, en la que sostuvo que *«la norma de competencia general establecida en el artículo 8, apartado 1 del Reglamento 2201/2003 puede aplicarse a litigios que impliquen relacio-*

nes entre los órganos jurisdiccionales de un único Estado miembro y de un país tercero y no únicamente a las relaciones entre órganos jurisdiccionales pertenecientes a varios Estados miembros»²².

21. En definitiva, esta sentencia del TJUE está dirigida a ordenar el juego entre el Reglamento (CE) 2201/2003 y el CH 1996. Podríamos pensar que el mismo proceder sería aplicable a las relaciones de éste con el Reglamento (UE) 2019/1111, pero, como hemos apuntado, existen dudas de que esta haya sido la intención del legislador y, en todo caso, proponemos una forma de integrar esta laguna de una forma más constructiva y menos drástica que por la que se decanta el TJUE. Por si llegara una nueva cuestión sobre este tema.

²² Apartado 41.

La Ley aplicable al plazo de prescripción de la acción
en el contrato internacional de trabajo. Comentario
a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social
de 4 de enero de 2023

The law applicable to the limitation period of the action
in the international employment contract. Commentary
on the judgment of the Supreme Court, Social Chamber
of January 4, 2023

DIANA GLUHAIA

*Profesora de Derecho Internacional Privado
Universidad Internacional de la Rioja (UNIR)*

ORCID.ID: 0000-0003-4187-1446

Recibido: 20.06.2023 / Aceptado: 25.07.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.8098

Resumen: El objetivo de este trabajo es el análisis de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo Sala de lo Social con fecha 4 de enero de 2023 que tiene como objeto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación contra la sentencia de fecha de 27 de abril de 2020 dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid y aclarada por el Auto de fecha de 16 de junio de 2020. En esta sentencia no se determina el instrumento que regula la ley aplicable al contrato internacional de trabajo y se interpreta erróneamente la institución del reenvío.

Palabras clave: Autonomía de voluntad conflictual en el contrato internacional de trabajo, ley aplicable al plazo de prescripción de la acción para reclamar las correspondientes diferencias salariales, el reenvío.

Abstract: The purpose of this work is the analysis of the sentence handed down by the Supreme Court of Social Affairs dated January 4, 2023, which has as its object the appeal for the unification of doctrine filed by the Ministry of Foreign Affairs and Cooperation against the sentence dated April 27, 2020 issued by the Social Chamber of the TSJ of Madrid and clarified by the Order dated June 16, 2020. This sentence does not determine the instrument that regulates the law applicable to the contract international labor law and the institution of renvoi is misinterpreted.

Keywords: Conflicting autonomy of will in the international employment contract, law applicable to the limitation period of the action to claim the corresponding salary differences, the renvoi.

Sumario: I. Introducción. II: Exposición del caso. III. El quid de la cuestión. IV. El recurso de casación para la unificación de doctrina. V. Argumentos de la Sala de lo Social del TS para determinar la legislación aplicable al plazo de prescripción. VI. Errores detectados al determinar la ley aplicable a la prescripción. VII. El reenvío alegado e interpretado de forma errónea. VIII. Reflexiones finales.

I. Introducción

1. La sentencia dictada por el Tribunal Supremo (en adelante, TS), Sala de lo Social con fecha 4 de enero de 2023 tiene como objeto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación representado y asistido por el Abogado del Estado, contra la sentencia de fecha de 27 de abril de 2020 dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid y aclarada por el Auto de fecha de 16 de junio de 2020, en el recurso de suplicación núm. 322/2019 formulado frente a la sentencia de fecha de 10 de diciembre de 2018, dictada en Autos 898/2018 por el Juzgado de lo Social núm. 20 de Madrid¹.

2. En el orden social, la finalidad del recurso de casación para unificación de doctrina trata de evitar disparidades de criterios en la interpretación y la aplicación uniforme de las normas de contenido laboral o social y de crear jurisprudencia en este ámbito. El Tribunal Supremo define y asienta su propio criterio, pero también puede valorar nuevas opciones de interpretación y aplicación de la ley. De esta forma, se garantiza “la homogeneidad de la doctrina”². El recurso de casación invoca de contraste la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid 613/2014, 1 de octubre de 2014³ y denuncia la infracción del artículo 12.2 del Código Civil (CC), del artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores (ET) y del artículo 243 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS).

3. Es un litigio que surge de un contrato de trabajo internacional que plantea varias cuestiones de Derecho Internacional Privado que no han sido resueltas en el procedimiento. En ningún momento se determina el instrumento que regula la ley aplicable al contrato internacional de trabajo, no se analiza la autonomía de voluntad conflictual de las partes en las relaciones laborales, cuál es el ámbito de aplicación de la ley que rige el contrato, etc. Además, se invoca y se interpreta de una forma errónea la institución del reenvío prevista en el art. 12.2 del CC.

II. Exposición del caso

4. Doña Constanza prestó servicios para el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación desde el 2 agosto de 2006 en el Consulado de España en República Dominicana (Santo Domingo). Ella fue contratada en virtud de sucesivos contratos temporales, y en el último de ellos, con la categoría de auxiliar.

5. El 19 de agosto de 2009 las partes suscribieron un contrato de trabajo indefinido, con categoría de subalterna y se pactó una retribución anual bruta de 12.861,96 dólares, incluyendo prorrata de pagas.

6. En el contrato de trabajo, en su “cláusula siete” se estableció que a la trabajadora le será de aplicación el régimen laboral previsto por la legislación de la República Dominicana. También se aportó en el procedimiento la Resolución de 31 de enero de 2008 de la SGAP por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de enero de 2008, por el que se aprueba el Acuerdo de 3 de diciembre de 2007, de la Mesa General de Negociación de la AGE sobre condiciones de trabajo del personal laboral en el exterior, y las normas que dicte el Ministerio de Asuntos Exteriores sobre el funcionamiento interno de las Representaciones relacionadas con su actividad.

7. Sin embargo, Doña Constanza realizó labores de superior categoría en varios departamentos: de Visado, de Registro Civil y en el Registro de Matrícula detallándose los trabajos realizados en cada uno de ellos. Se aportaron varias pruebas: el acta de manifestaciones de 6 auxiliares administrativas y

¹ STS, Sala de lo Social Madrid 65/2023, de 4 enero de 2023, ECLI:ES:TS:2023:65

² STS, Sala Cuarta de lo Social 650/2018, de 19 de junio de 2018, ECLI: ES:TS:2018:2609.

³ TSJ de Madrid, Sala de lo Social, Sección 2ª, Sentencia 613/2014 de 1 Octubre de 2014, Rec. 256/2014, ECLI:TSJM:2014:11134.

una oficial, compañeras de la actora en la Oficina Consular de España en Santo Domingo, el informe realizado por el Cónsul Adjunto de España en fecha 12 de noviembre de 2018; los expedientes en los que intervino la actora, sus nóminas, etc.

8. El catálogo de los puestos de trabajo de la Oficina Consular de España en Santo Domingo contemplaba la retribución máxima para 4 puestos de Auxiliar que es de 25.741,02 dólares y para otros cuatro es de 25.891,31 dólares.

9. Cabe señalar, que Doña Constanza percibió una retribución en el contrato temporal de 19 de abril de 2009, como auxiliar administrativo, de 20.080,68 dólares anuales. Pero su salario actual (contrato indefinido) es de 991,77 dólares de salario base mensual y dos extraordinarias por importe de 510 dólares cada una, para un total de 12.921,24 dólares brutos anuales, sin computar la antigüedad.

10. El Juzgado de lo Social tuvo en cuenta la media retributiva de los auxiliares, siempre con dos extraordinarias de 630 dólares, es de 1.965,37 dólares de salario base, para un total anual de 24.844,44 dólares. Y, además, desde el año 2010 no hubo revisión salarial de la demandante.

11. Por el periodo 19 agosto de 2009 hasta el 31 de agosto de 2018, la diferencia entre los 24.844,44 dólares de media percibidos por los auxiliares, y el salario de Doña Constanza (12.921,24 dólares), alcanzaba, a razón de 11.923,20 dólares anuales, la cantidad de 107.308,80 dólares.

12. Y con fecha 10 de diciembre de 2018, el Juzgado de lo Social núm. 20 de Madrid, dictó sentencia que estimó parcialmente la demanda interpuesta por Doña Constanza contra el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, y le **CONDENÓ** a satisfacerle la cantidad de 107.308,80 dólares.

13. Interpuesto recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, se dictó sentencia con fecha 27 de abril de 2020.

14. Con fecha 16 de junio de 2020, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó Auto de aclaración de dicha sentencia que dice: *“Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación Letrada de Doña Constanza, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social 20 de Madrid, Refuerzo, de 10 de diciembre de 2018, en autos nº 898/2018, promovidos por la recurrente contra el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, confirmándola en todos los pronunciamientos que contiene”* diga *“Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la Abogacía del Estado en la representación que ostenta del Letrada del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 20 de Madrid, Refuerzo, de 10 de diciembre de 2018, en autos nº 898/2018, promovidos contra la recurrente por Doña Constanza, confirmándola en todos los pronunciamientos que contiene”*.

15. Contra la sentencia dictada en suplicación, la representación procesal del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha de 1 octubre de 2014 y denuncia la infracción del artículo 12.2 del CC, del artículo 59 ET y del artículo 243 LRJS.

16. La Sala de lo Social del Tribunal Supremo desestimó dicho recurso y confirmó la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 300/2020, 27 de abril de 2020, aclarada por el auto de 16 de junio de 2020, con imposición de costas al Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación en la cuantía de 1.500 euros.

17. A continuación, analizaremos los argumentos de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

III. El *quid* de la cuestión

18. La cuestión planteada es si la legislación elegida por las partes, la ley dominicana también regula el plazo de prescripción de la acción incoada por Doña Constanza para reclamar las correspondientes diferencias salariales por haber realizado tareas de un rango superior.

19. La Sentencia del Juzgado de lo Social consideró que la prescripción de la acción debe regirse por la legislación de la República Dominicana y no por el artículo 59 ET, sin analizar la validez de la ley elegida por las partes al contrato internacional de trabajo, ni el instrumento jurídico que regula la ley aplicable. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid mantiene la misma posición al desestimar el recurso de suplicación interpuesto por el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación en la sentencia 300/2020, 27 de abril de 2020, aclarada por el Auto de 16 de junio de 2020.

20. La institución de prescripción es necesaria por la única razón de seguridad jurídica y no todos los ordenamientos jurídicos garantizan las finalidades proteccionistas de los derechos de los trabajadores. El instituto de la prescripción debe ser objeto de una interpretación restrictiva y cautelosa. Como se menciona en las STS de 17 de febrero de 2014⁴ y STS 5 de julio 2017⁵ “*al ser la prescripción una institución no fundada en principios de estricta justicia, sino en los de abandono o dejadez en el ejercicio del propio derecho y en el de la seguridad jurídica, su aplicación por los Tribunales no debe ser rigurosa, sino cautelosa y restrictiva; de manera que sólo ha de perjudicar a quien -con su inactividad- haya hecho efectiva dejación de sus derechos*”.

21. El art. 704 del Código de Trabajo de la República Dominicana señala que: “*El término señalado para la prescripción comienza en cualquier caso un día después de la terminación del contrato, sin que en ningún caso puedan reclamarse derechos nacidos con anterioridad al año de haberse terminado el contrato*” (aportado como prueba los folios 52 a 160). Tras la lectura de este artículo, aparentemente podemos concluir que durante la vigencia del contrato de trabajo se pueden exigir todos los derechos adquiridos sin límite de tiempo, situación diferente después de la terminación del contrato de trabajo. La misma interpretación lo hizo el Juzgado de lo Social y este fue su único argumento: “*(...) el día a quo del comienzo del cómputo del plazo de prescripción es la extinción del contrato, y en el supuesto la relación laboral sigue viva*”.

22. No obstante, dicha interpretación ha sido objeto de críticas por la doctrina dominicana⁶, porque puede poner en peligro la armonía laboral y la seguridad económica de las empresas de la República Dominicana. Algunos autores consideran que en materia laboral una prescripción larga provocaría desasosiego e injustas presiones del empleador hacia el trabajador y viceversa, obstaculizando la cooperación y la paz entre el capital y el trabajo. Por estas razones, ellos consideran que hay que interpretar de manera racional el art. 704 del Código de Trabajo dominicano, entendiendo que su aplicación debe contribuir a la estabilidad jurídica en el empleo y a la necesaria armonía entre el capital y el trabajo.

23. Por otra parte, en el ordenamiento jurídico español, el artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores regula los plazos de prescripción que derivan del contrato de trabajo que es de un año. No obstante, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha determinado que el plazo de prescripción de un año sigue vivo mientras la obligación subsiste⁷. En este caso, el Tribunal señaló que el incumplimiento de la obligación salarial es una obligación de tracto sucesivo y éstas no prescriben, lo que prescribe es el derecho a reclamar las cantidades vencidas y no cobradas, ni exigidas⁸. La acción para reclamar el cum-

⁴ STS de 17 de febrero de 2014, ES:TS:2014:1516

⁵ STS 589/2017, 5 de julio 2017 (rec. 2734/2015), ECLI: ES:TS:2017:3163

⁶ P. DOMÍNGUEZ BRITO, “El artículo 704 del Código de trabajo”, *Gazeta Judicial*, de 23 de agosto de 2002 (disponible en la base de datos: Vlex)

⁷ STS 538/2022, de 13 de junio de 2022, Rec. 297/2020, ECLI: ES:TS:2022:2371

⁸ STS 13 de noviembre de 2013 (rec. 63/2013); ECLI: ES:TS:2013:5890

plimiento de la obligación se mantiene viva mientras subsista, aunque la acción para solicitar diferencias salariales concretas sigue el régimen prescriptivo general del año⁹. En nuestro caso, Doña Constanza reclama las diferencias salariales por haber realizado tareas de superior categoría. Tanto el Código de Trabajo dominicano, como el art. 59 ET nos abocan a la misma solución que la acción no ha prescrito, porque aún se mantiene viva la relación laboral.

IV. El recurso de casación para la unificación de doctrina

24. El recurso de casación interpuesto por el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación de casación para la unificación de doctrina contra la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid 300/2020, 27 de abril de 2020 invoca de contraste la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid 613/2014, 1 de octubre de 2014 y denuncia la infracción del artículo 12.2 del Código Civil (CC), del artículo 59 ET y del artículo 243 LRJS.

25. Tanto el Ministerio Fiscal como la Sala de lo Social del TS coinciden en la apreciación de que existe contradicción entre la sentencia recurrida y la sentencia referencial.

26. En la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid 613/2014, 1 de octubre de 2014 fue planteada la cuestión de la prescripción de la acción ejercitada por los actores en reclamación de cantidades salariales que consideran que les adeuda en reconocimiento de sus derechos laborales se han planteado dos posturas diferentes: la de los demandantes que consideran de aplicación la normativa italiana (cuyo plazo de prescripción es de 5 años); y la del primer demandado, que mantenía la aplicación del derecho español para determinar los plazos de prescripción de las acciones que se ejercitan en un proceso seguido ante los Tribunales Españoles (1 año según el art. 59 ET). En esta sentencia, la prescripción fue considerada de naturaleza procesal y no material, y por ello a pesar de que tenía que aplicarse la ley italiana al caso, se aplicó la ley española, y en particular el art. 59 del ET. El argumento de la Sala de lo Social del TSJ fue que: *“la prescripción prevista en el art. 59 ET no se refiere a la creación del derecho, sino a un ejercicio, lo que presupone su existencia previa, por su titular. No es, por tanto, la prescripción del ejercicio de las acciones, que tiene como fundamento último el principio de seguridad jurídica al impedir que pueda ser demandado indefinidamente, “sine die” quien, en su caso debiera abonar las cantidades reclamadas por el demandante, un derecho regulado por la ley material, sino por la procesal que regula el ejercicio no la existencia del derecho en cuestión (...)”*.

27. Las únicas semejanzas consisten en que la sentencia recurrida considera que la prescripción de la acción debe regirse por la legislación de la República Dominicana y no por el artículo 59 ET, y en la sentencia referencial, por el contrario, se entiende que la prescripción de la acción debe regirse por el artículo 59 ET y no por la legislación italiana.

En esta sentencia tampoco se planteó cuál es el instrumento que regula la ley aplicable al contrato internacional de trabajo, el Convenio de Roma de 1980¹⁰ o el Reglamento Roma I¹¹.

V. Argumentos de la Sala de lo Social del TS para determinar la legislación aplicable al plazo de prescripción

28. El único argumento en el que se basa la Sala de lo Social del TS es que el plazo de prescripción tiene una naturaleza material. En particular, cita la STS 15 de marzo de 2005¹² que en su funda-

⁹ STS 334/2021, 23 de marzo de 2021 (rcud 2668/2018), ECLI: ES:TS:2021:1272 y STS 887/2021, 14 de septiembre de 2021 (rec. 2/2020); ECLI: ES:TS:2021:3404.

¹⁰ Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, *DOUE* L-1980-80371.

¹¹ Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), *DOUE*-L-2008-81325.

¹² STS, Sala cuarta de lo Social, de 15 de marzo de 2005, ECLI: ES:TS:2005:1637

mento tercero alude a que: “*la institución de la caducidad opera, en principio, en el plano del Derecho material o sustantivo y no en el del Derecho procesal*”, citando, entre otras, a la Sentencia de 14 de Junio de 1988, votada por todos los miembros que a la sazón la componían, en cuyo cuarto fundamento se dice que “*el plazo que se estudia tiene entidad sustantiva y no procesal, pues sólo gozan de esta última condición aquellos que marcan los tiempos del proceso, que es donde se desarrolla la actuación judicial*”. Esta STS 14 de junio de 1988 citaba, a su vez, el ATC de 4 de febrero de 1987, en el que se señala que los plazos procesales se refieren a actuaciones judiciales, mientras que es un plazo sustantivo el de iniciación de un proceso mediante el ejercicio de las correspondientes acciones. Y ocurre que el ejercicio de la acción para reclamar las diferencias salariales es anterior al inicio del proceso laboral.

29. La Sala se apoya en la jurisprudencia citada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid que ya había sentado la anterior doctrina y reconoce abiertamente que se separa del criterio seguido por la sentencia de la propia Sala de Madrid 613/2014, 1 de octubre de 2014 que es precisamente la sentencia de contraste invocada en el presente recurso de casación unificadora.

30. De esta forma, la Sala de lo Social del TS argumenta en base a lo expuesto anteriormente, que, en efecto, es la legislación de la República Dominicana la que asimismo debe regular el plazo de prescripción de la acción para reclamar las diferencias salariales derivadas del desempeño de funciones de categoría superior.

31. Los plazos procesales y sustantivos siempre han sido objeto de debate en la doctrina, pero hay que dejar claro que únicamente ofrecen carácter procesal los que tienen su origen o punto de partida en una actuación procesal, ya sea una notificación, citación, emplazamiento o requerimiento, y los plazos que no tienen este carácter en los que se asigna un determinado plazo para el ejercicio de una acción, tal y como establecen las sentencias del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1982 o de 22 de enero de 2009¹³.

32. El artículo 59 del ET viene a regular en el marco sustantivo la prescripción y caducidad de las acciones derivadas del contrato de trabajo, durante y después de su vigencia, siendo así que lo que en ambas instituciones se trata no es sino cómo se afronta en un supuesto particular el transcurso del tiempo¹⁴.

33. En la sentencia, además se menciona que en la impugnación del recurso se citan varias sentencias de la Sala de Madrid favorables a aplicar la legislación extranjera (y no la española) asimismo sobre el plazo de prescripción de las reclamaciones salariales, si es aquella legislación (y no la española) la aplicable a dichas reclamaciones. Consideramos que debe aplicarse la ley extranjera, porque así lo dice la norma de conflicto.

VI. Errores detectados al determinar la ley aplicable a la prescripción

34. Primeramente, el Juez tenía que determinar cuál es la ley que rige el contrato de trabajo internacional. El instrumento jurídico que regula la ley aplicable es el Convenio de Roma de 1980, porque el contrato fue celebrado el 19 de agosto de 2009, que es fecha anterior al 17 de diciembre de 2009, a partir de la cual se aplica el actual Reglamento 593/2008 que regula la ley aplicable a los contratos internacionales (art. 28) y es posterior al 1 de septiembre de 1993, al que se aplicaban los art. 10.6 CC y 1.4 ET.

35. En segundo lugar, la norma de conflicto que regula la ley aplicable al contrato de trabajo es el artículo 6 del Convenio de Roma de 1980. Tanto el art. 6 del Convenio de Roma de 1980, como el

¹³ I. LÓPEZ CHOCARRO, “Los plazos sustantivos y los plazos procesales, divergencias sobre su cómputo y la posible aplicación a los primeros del art. 135 LEC”, *Diario la Ley*, 2021, enlace: <https://diariolaley.laleynext.es/dil/2021/06/01/plazos-sustantivos-y-plazos-procesales-comentarios-a-la-sentencia-dictada-por-la-audiencia-provincial-de-zaragoza>

¹⁴ I. MELGAREJO ORTUÑO, “Prescripción y caducidad en el Derecho del trabajo”, *Economist & Jurist*, núm. 230 (mayo), 2019, pp. 41.

actual art. 8 del Reglamento Roma I, son normas de alcance universal¹⁵ que se aplican, incluso si tal ley no sea la de un Estado Contratante (miembro en el Reglamento), que en nuestro caso es la ley dominicana elegida por las partes.

36. El artículo 6.1 del Convenio de Roma de 1980 establece una conexión subjetiva de la autonomía de voluntad de las partes que se excepciona en función de ciertos límites. Es decir, para empezar, habrá que comprobar si existe un acuerdo entre el empresario y el trabajador destinado a determinar la ley aplicable. A parte de esto, se consagra el principio de protección de la parte más débil, en la medida en que la elección de la ley aplicable no podrá tener como resultado “*el privar al trabajador de la protección que le proporcionen las disposiciones imperativas de la ley que sería aplicable en defecto de elección*” (art. 6.2). De tal forma, que, si esta última ley concede al empleado más derechos que la norma elegida por ambos contratantes, deberá articularse en detrimento del acuerdo convenido. En comparación con el actual Reglamento Roma I que distingue dos tipos de normas imperativas: las leyes de policía del art. 9, que son normas internacionalmente imperativas y las normas contempladas en el art. 8.1, que son normas internamente imperativas, el Convenio de Roma de 1980 solamente se refería a las “disposiciones imperativas” sin especificar si son normas imperativas internas o internacionales.

37. Y, como último, en aquellos supuestos en los que no se haya producido elección por las partes, entra en juego el principio de proximidad. Al efecto, el Convenio de Roma de 1980 establece un sistema mixto compuesto por unos puntos de conexión rígidos y objetivos, a los que suma un punto de conexión flexible¹⁶.

38. La elección de la ley reguladora del contrato internacional de trabajo ejerce una función de protección de la parte más débil que es la trabajadora Doña Constanza. El Convenio de Roma de 1980 consagra de forma amplia y generosa el margen de discrecionalidad de que disponen las partes¹⁷. El artículo 3.1 del Convenio de Roma de 1980 aplicable por remisión del artículo 6, dedicado especialmente a los contratos individuales de trabajo admite la elección de la ley aplicable al inicio de la relación laboral, durante su vigencia, llegando incluso a permitir su posterior modificación¹⁸. Asimismo, el artículo 3.1 permite la fragmentación del contrato, eso quiere decir que las partes pueden designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte de éste¹⁹.

39. En tercer lugar, el Juez debe analizar la forma en la que las partes hayan manifestado su acuerdo de voluntades y han elegido la ley de la República Dominicana. La autonomía de la voluntad de las partes puede ser reflejada de forma expresa, tal y como la hicieron las partes mediante la incorporación de la cláusula siete en el contrato, indicando que a la trabajadora se le va a aplicar la legislación dominicana, o también puede ser implícita. La validez del acuerdo de elección de la ley aplicable no está sometido a condiciones de forma y fondo, tal como lo requiere un acuerdo atributivo de jurisdicción en materia laboral.

40. La regulación de los acuerdos de elección de la ley en el Convenio de Roma de 1980 está inspirada por un principio antiformalista, puesto que el único requisito que impone es que la voluntad de las partes se manifieste de manera clara y precisa²⁰. No hay duda, que la elección de la ley dominicana al contrato internacional de trabajo cumple de sobra con este requisito.

¹⁵ J. L. IRIARTE ÁNGEL, “La ley aplicable al contrato de trabajo internacional desde la perspectiva de la prevención de riesgos laborales en el caso del trabajador desplazado en el extranjero”, en *Prevención de riesgos laborales y protección social de trabajadores expatriados* (J.L. GOÑI SEIN / J.L. IRIARTE ÁNGEL dir.), 2019, Aranzadi, pp. 268-269.

¹⁶ M. J. SERRANO GARCÍA, *Competencia judicial internacional y ley aplicable en el ámbito de los contratos de trabajo internacionales. La conversión del Convenio de Bruselas y del Convenio de Roma en Reglamentos comunitarios*, Madrid. 2011, Ed. Reus, p. 104.

¹⁷ M. CASADO ABARQUERO, *Autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo internacional*, 2008, Ed. Aranzadi, pp. 234.

¹⁸ M.A. SABIRAU-PÉREZ, “Cambio de la ley rectora del contrato de trabajo internacional”, *RIT*, 2000, pp. 369-392.

¹⁹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Elección múltiple y elección parcial de la ley aplicable al contrato internacional”, *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, n. 18, 2000, pp. 7-40.

²⁰ M. CASADO ABARQUERO, *Autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo internacional*, 2008, Ed. Aranzadi, pp. 236.

41. En cuarto lugar, recordamos que el Convenio de Roma de 1980 limita la autonomía de las partes en función de sus resultados materiales. Por ello, la norma dispone que la elección no podrá privar al trabajador de los niveles de protección que le proporcionen las disposiciones imperativas de la ley que sería aplicable a falta de elección. La ley objetivamente aplicable al contrato internacional de trabajo es la ley dominicana, la ley del país donde Doña Constanza realiza habitualmente el trabajo. En nuestro caso, el juzgador no debe realizar la comparación entre la ley elegida por las partes y la ley ofrecida por las disposiciones imperativas de la ley objetivamente aplicable, porque coinciden y los resultados materiales son iguales.

42. Y como último, una vez que se ha determinado la validez de la elección de la ley dominicana por las partes, habrá que acudir al artículo 10.1 del Convenio de Roma de 1980 que regula el ámbito de la ley del contrato. En su apartado 1 indica que: “La ley aplicable al contrato en virtud de los artículos 3 a 6 y del artículo 12 del presente Convenio regirá en particular (...) d) “los diversos modos de extinción de las obligaciones, así como la prescripción y la caducidad basadas en la expiración de un plazo”. Es la respuesta expresa y directa al *quid* de la cuestión planteado en nuestro caso, es el Código de Trabajo de la República Dominicana que regula la prescripción de la acción iniciada por Doña Constanza, al ser la ley dominicana elegida por las partes.

VII. El reenvío alegado e interpretado de forma errónea

43. Tanto en la primera instancia, como ante el TSJ, e igualmente en el recurso de casación unificadora, el principal argumento sostenido por el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación es la referencia que el artículo 12.2 CC hace a la “ley material”. El Ministerio ha venido defendiendo que el concepto de ley material previsto en el artículo 12.2 CC excluye el plazo de ejercicio de la acción, lo que conduciría, en el caso, a la aplicación del plazo de prescripción de las acciones establecido en el artículo 59 ET y no al plazo de prescripción de tales acciones previsto en la legislación dominicana.

44. La Sala se limita únicamente a argumentar la naturaleza material del plazo de prescripción, invocando que está regulado en la ET y no en la LRJS y que en el presente supuesto no es controvertida la aplicación de la legislación dominicana, y que, además, debe aplicarse dicha legislación a la hora de determinar el plazo de ejercicio de la acción para reclamar las diferencias salariales derivadas del desempeño de funciones de superior categoría de Doña Constanza. Asimismo, señala que, siendo un plazo anterior al inicio del proceso laboral, es un plazo sustantivo o material, al ser previo a la actuación judicial. La Sala alega que resultaría artificioso y forzado, a estos efectos, quebrar la unidad del régimen aplicable para concluir que debe aplicarse la legislación dominicana para determinar la normativa aplicable a la realización de funciones de superior categoría y que, sin embargo, se debe aplicar la legislación española para determinar el plazo de prescripción del ejercicio de la acción encaminada a reclamar las consecuencias derivadas de esa realización de funciones superiores.

45. De todo lo mencionado por la Sala, resulta claramente que el reenvío previsto en el art. 12.2 del CC ha sido alegado e interpretado de forma errónea y sin sentido, sin tener en cuenta la verdadera función de esta institución en el Derecho Internacional Privado.

46. El reenvío es el fenómeno que se produce cuando la norma de conflicto del Derecho Internacional Privado del país cuyos tribunales conocen del asunto remite, para la regulación del caso, a un Derecho extranjero, ordenamiento que contiene una norma de conflicto que, a su vez, remite la regulación de la situación privada internacional al Derecho de otro país, que puede ser el Derecho del país cuyos tribunales conocen del asunto o el Derecho de un tercer país²¹.

²¹ A. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dir.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, 2 ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 631

47. La institución del reenvío la podemos encontrar en varios instrumentos jurídicos: convenciones internacionales firmados por España, reglamentos europeos y en las normas de producción interna, el artículo 12.2 del CC. Dicha norma señala: “*la remisión al derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española*”. Esta norma admite el reenvío de retorno, en favor al Derecho español, pero el reenvío no es obligatorio, sino “facultativo”. El reenvío se aprecia solamente si se verifica cumulativamente varias condiciones: el reenvío debe respetar los principios inspiradores de la norma de conflicto a la que afecta, porque el art. 12.2 CC “está al servicio de la norma de conflicto”, y no al revés, y en segundo lugar debe mostrarse que el reenvío es útil, y que en el caso concreto produce resultados justos para las partes²².

48. Sin duda, en esta sentencia se trata de una interpretación errónea del art. 12.2 del CC que lo vincula con la diferencia entre las normas materiales y procesales, cuando en realidad su función es otra, “estar al servicio de la norma de conflicto”. Al elegir la ley dominicana a su contrato internacional de trabajo, en particular la aplicación del art. 704 del Código de Trabajo de la República Dominicana que determina el plazo de la prescripción, no es una norma de conflicto, sino una norma material que no remite para la regulación a la normativa española.

49. Asimismo, cabe mencionar que, en la actualidad, el reenvío previsto en el art. 12.2 del CC presenta un ámbito operativo muy reducido, y no se aplica en relación a los contratos internacionales. En nuestro caso, además el Convenio de Roma de 1980 que regula la ley aplicable al presente contrato, en su art. 15 excluye el reenvío: “*Cuando el presente Convenio prescriba la aplicación de la ley de un país, se entenderá por tal las normas jurídicas en vigor en ese país, con exclusión de las normas de Derecho Internacional Privado*”.

VIII. Reflexiones finales

50. De todo lo mencionado, señalamos que en los conflictos que surgen de una situación privada internacional, como son los contratos internacionales de trabajo, es importante a determinar el instrumento que regula la ley aplicable que a su vez nos ofrece respuestas a otros interrogantes, como es el *quid* de la cuestión cuál es la ley aplicable a la prescripción de la acción incoada por Doña Constanza para reclamar las diferencias salariales.

51. Siendo aplicable el artículo 6 del Convenio de Roma de 1980 para determinar la ley aplicable al contrato internacional de trabajo, su artículo 10 nos aclara expresamente el ámbito de aplicación de la ley rectora, que en la letra d) incluye la prescripción y la caducidad. No hay duda, de que, si la elección de la ley dominicana es válida, también será aplicable para determinar el plazo de prescripción.

52. Para finalizar, resulta sorprendente la interpretación errónea del instituto de reenvío señalado en el art. 12.2 del CC que no tiene cabida en este caso. Primero, porque se aplica la Convención de Roma de 1980 para determinar la ley aplicable al contrato internacional de trabajo que excluye el reenvío en su art. 15; y en segundo lugar la primacía del Derecho Internacional Privado europeo sobre el Derecho Internacional Privado español comporta que el art. 12.2 del CC deja de ser aplicable en relación con los contratos internacionales.

53. En conclusión, la institución del reenvío es un clásico problema de aplicación de la norma de conflicto, que se utiliza para ofrecer unas soluciones más justas para las partes implicadas en el conflicto y no puede ser utilizado para otros fines distintos como es en esta sentencia para interpretar la diferencia entre las normas materiales y procesales.

²² Ibidem, pp. 650-651.

Pluralidad de testamentos en sucesión internacional con parte del caudal relicto en Chicago

Plurality of wills in international succession with part of the estate in Chicago

SAIOA GOYENECHÉ ECHEVERRÍA

Doctora en derecho internacional privado
Profesora interina en derecho internacional privado,
Universidad del País Vasco, Université de Pau et des Pays de l'Adour

Recibido:14.06.2023 / Aceptado :17.07.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.8101

Resumen: Las sucesiones internacionales vinculadas a España y EEUU siguen generando múltiples controversias derivadas de la concurrencia de dos sistemas jurídicos radicalmente opuestos: el common law y el derecho civil. A este choque de mundos jurídicos tan dispares se añade la complejidad derivada de la ausencia de una norma internacional uniformizada que permita dirimir las diversas dificultades que puedan surgir a la hora de determinar la ley sucesoria aplicable o resolver cuestiones de fondo. Al no existir un convenio bilateral o multilateral sobre el reconocimiento de un testamento en ambos países, la práctica ha optado por un planteamiento pragmático sustentado en la eficacia del sistema. El otorgamiento de dos testamentos que cumplan con los requisitos formales impuestos por ambas legislaciones resulta imprescindible para planificar correctamente la sucesión.

Palabras clave: sucesión, *common law*, testamentos, reconocimiento, *probate*, requisitos formales.

Abstract: International successions linked to Spain and the USA continue to generate multiple controversies derived from the concurrence of two radically opposed legal systems: common law and civil law. Added to this clash of such disparate legal worlds is the complexity derived from the absence of a uniform international rule to resolve the various difficulties that may arise when determining the applicable law of succession or resolving substantive issues. In the absence of a bilateral or multilateral convention on the recognition of a will in both countries, practice has opted for a pragmatic approach based on the efficiency of the system. The execution of two wills that comply with the formal requirements imposed by both legislations is essential for proper succession planning.

Keywords: succession, *common law*, wills, recognition, *probate*, formal requirements.

Sumario: I. Introducción. II. Determinación de la ley aplicable a la sucesión de un causante español. III. Sobre la eficacia del testamento español en el extranjero. IV. Sobre la necesaria obtención de un Grant of Probate. V. Consideraciones finales.

I. Introducción

1. Cada día es más frecuente el caso de nacionales o residentes en España propietarios de bienes muebles e inmuebles en otros países, bien de la Unión Europea, o incluso en terceros Estados. Al fallecimiento de estos ciudadanos surge la cuestión de saber qué ley regirá la sucesión y la incidencia

que en esta cuestión clave podrá tener la dispersión transfronteriza de los bienes integrantes del caudal hereditario.

2. Trataremos de resolver la sucesión de un trabajador español expatriado que tuvo que prestar servicios para una empresa española que le contrató en Estados Unidos durante varios años. Por tal motivo profesional, el causante desarrolló su labor y vivió en Estados Unidos una larga temporada. Allí otorgó un primer testamento. Sin embargo, al cabo de unos años decidió trasladar nuevamente su residencia habitual a España. En 2014, otorgó un segundo testamento ante un notario español, pero no sometió su sucesión *mortis causa* a ninguna Ley estatal concreta. Al cabo de nueve años, el causante con residencia habitual en España fallece en territorio español dejando como parientes más próximos a sus dos únicos hermanos con residencia en Navarra. Todos sus bienes inmuebles se hallan en España, aunque también dispone de cuentas bancarias en Estados Unidos.

3. Se trata por tanto de un supuesto dónde los diversos factores en presencia se encuentran conectados con dos ordenamientos jurídicos radicalmente distintos: el derecho sucesorio español (derecho civil) y el derecho sucesorio estadounidense (*common law*). Trataremos de resolver las múltiples y diversas controversias que se derivan de la concurrencia conflictual de estos dos sistemas tan dispares. Para ello, será preciso determinar, en primer lugar, la ley aplicable a la sucesión.

II. Determinación de la ley aplicable a la sucesión de un causante español

4. La determinación de la ley reguladora de la sucesión no es cuestión baladí, ya que aplicar la ley española o la ley de Illinois supone importantes diferencias para los sucesores, tanto en cuanto al régimen sucesorio en sí, como en cuanto al sistema de adquisición de la propiedad de los bienes muebles e inmuebles.

5. Desde la perspectiva española, la *lex successionis* se determinará con arreglo al Reglamento (UE) 650/2012 de 4 julio 2012¹ aplicable a las sucesiones de causantes fallecidos el 17 de agosto de 2015 o después de esa fecha. En aplicación del Reglamento, con carácter general y en defecto de elección de ley, la sucesión quedará sujeta a la ley de la residencia habitual del causante al tiempo de su fallecimiento², o, si de forma excepcional resultara de las circunstancias del caso que en el momento del fallecimiento el causante mantiene un vínculo más intenso con otro Estado, se aplicará la ley de este otro Estado³. No obstante, el artículo 22 del Reglamento ofrece la posibilidad al causante de elegir la ley del Estado cuya nacionalidad ostente bien en el momento de realizar la elección o bien en el momento del fallecimiento. Esta elección puede llevarse a cabo bien de forma expresa mediante disposición *mortis causa* o bien resultar de los términos de dicha disposición. Respecto al alcance de la ley elegida, ésta se aplicará a la totalidad de su patrimonio, con arreglo al principio de unidad de la sucesión y de universalidad del derecho aplicable recogido en el Reglamento⁴. Consecuentemente, un testamento en el que el causante hubiese elegido expresamente la *lex successionis*, y dicha elección se limitará a algunos bienes exceptuando otros, no tendría validez.

En este caso, el causante no ha sometido expresamente su sucesión a ninguna ley. No existe por tanto una elección calificada como expresa. Sin embargo, en el año 2014, el causante otorgó su último testamento ante notario español. El artículo 83 del Reglamento, en su párrafo segundo⁵, trata de salvaguardar la

¹ Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales, a la aceptación y la ejecución de documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo. DO 2012, L201.

² Art. 21.1 RES

³ Art. 21.2 RES

⁴ Art. 23.1 RES.

⁵ El artículo 83. 2 RES dispone que « Cuando el causante hubiera elegido, antes del 17 de agosto de 2015, la ley aplicable a su sucesión, esa elección será válida si cumple las condiciones establecidas en el capítulo III (...) ».

validación de una elección de ley tácita realizada en disposición por causa de muerte antes de la aplicación del Reglamento, es decir anterior al 17 de agosto de 2015, siempre y cuando se cumplan las condiciones exigidas en el capítulo III. El párrafo 4 dispone además que « *Si una disposición mortis causa se realizara antes del 17 de agosto de 2015 con arreglo a la ley que el causante podría haber elegido de conformidad con el presente Reglamento, se considerará que dicha ley ha sido elegida como ley aplicable a la sucesión.* » Este precepto reviste gran importancia en el presente caso, pues de esta última disposición se desprende, a nuestro entender, que la elección de la ley nacional puede no únicamente resultar implícitamente de los términos de una disposición mortis causa, sino también de su forma. Del testamento otorgado ante notario español anterior al 17 de agosto de 2015, que revocaría en principio el testamento estadounidense anterior⁶, podría por tanto desprenderse una voluntad que revele la pretensión real del causante de someter su sucesión a la ley española, ley del Estado de la nacionalidad que ostenta. El notario español podría por tanto considerar que de las disposiciones de última voluntad del causante deriva una elección de ley española tácita. La sucesión *mortis causa* del fallecido quedaría por tanto sujeta a la ley española, y más concretamente, al Derecho navarro, dada la vecindad civil del causante (art. 9.8 en relación con el art. 16.1.1º CC).

Por norma general, la elección de la ley reguladora de la sucesión previa o durante la estancia en el extranjero se dirige a facilitar la planificación sucesoria y resulta por tanto determinante ante un caso de movilidad. Es evidente que la elección de la nacionalidad ostentada en el momento en que se realiza la elección ofrece mayor previsibilidad que la del momento del fallecimiento, y especialmente en un contexto de movilidad. Una persona puede cambiar de nacionalidad a lo largo de su vida, y esta circunstancia puede ocurrir con mayor probabilidad tras una expatriación. En nuestro caso, el causante podría haber solicitado la nacionalidad estadounidense como titular de la *Green card* o tarjeta verde durante más de cinco años si cumplía con los demás requisitos (edad mínima, presencia en el país y dominio del idioma)⁷.

6. Por otro lado, a pesar de que no exista una regulación especial sobre derecho internacional privado a nivel estatal, en Estados Unidos rige un sistema conflictual escisionista, donde lo trascendente en la sucesión no es la persona, sino los bienes del causante. Las normas de conflicto estadounidenses indican que la sucesión de una parte del caudal hereditario- bienes inmuebles- está sujeta a la ley del lugar en el que se hallen sitios⁸, mientras que la otra parte- bienes muebles- se rige por la ley del Estado del último domicilio del causante⁹. La calificación de los bienes muebles (*personal property*) o inmuebles (*real property*) varía sin embargo de un Estado a otro.

Si el derecho del Estado de Illinois (lugar dónde se encuentran las cuentas bancarias) no reconociese la elección tácita realizada por el causante, las cuentas de los bancos de Chicago quedarían sujetas a la ley del último domicilio del causante. Es preciso por tanto determinar el último domicilio del causante, partiendo de las diferencias existentes entre dicho concepto y el de residencia habitual empleado por el Reglamento europeo.

7. Desde la perspectiva europea, la determinación de la residencia habitual del trabajador expatriado es una cuestión no exenta de dificultades. ¿Implica el desplazamiento del trabajador al país de acogida un cambio de residencia? ¿O debe exceptuarse el caso de la expatriación, incluso cuando es para una temporada larga, y considerarse que el expatriado mantiene un vínculo manifiestamente más estrecho con el Estado de origen?

La localización de la residencia habitual del causante requiere una detenida ponderación de las circunstancias fácticas de la vida del causante en los años previos al fallecimiento. La última residencia habitual del causante se define a partir de datos relativos a la vida del causante. Por norma general, las circunstancias personales y familiares, como el último lugar en el que el causante tuviera su centro de

⁶ El artículo 739 del Código civil dispone que “ *El testamento anterior queda revocado de derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en todo o en parte.* ”

⁷ Dichos requisitos pueden consultarse en la web del Department of Homeland Security – U.S. Citizenship and immigration services.

⁸ Restatement (Second) of Conflict of Laws (1971) §236

⁹ Restatement (Second) of Conflict of Laws (1971) §260

intereses familiar y social, revisten mayor importancia que los vínculos profesionales¹⁰. Con arreglo al considerando 24 del RES, “cuando por motivos profesionales o económicos el causante hubiese trasladado su domicilio a otro país para trabajar en él, a veces por un período prolongado, pero hubiera mantenido un vínculo estrecho y estable con su Estado de origen. En tal caso, dependiendo de las circunstancias, podría considerarse que el causante tenía su residencia habitual en su Estado de origen, en el que estaba situado el centro de interés de su familia y su vida social.” Es preciso por tanto dar mayor relieve a las circunstancias que ponen de manifiesto una vinculación social más estrecha con el país. El notario deberá preguntar a los herederos los motivos y condiciones de la presencia del causante en el Estado de que se trate, así como la duración¹¹, de tal manera que si el desplazamiento al extranjero se debiera únicamente a motivos profesionales, permaneciendo la familia del causante (incluidos cónyuge e hijos) en el Estado de origen, éste no implicará cambio de residencia a efectos del Reglamento. Por el contrario, el que un trabajador se traslade con su familia con la intención de mudarse, incluso habiendo solicitado una visa temporal de trabajo (bajo la ley de inmigración de Estados Unidos), sí comporta cambio de residencia habitual. En este último caso, la sucesión quedaría regida por la ley estadounidense, pues el Reglamento tiene un carácter erga omnes, es decir que se aplica incluso cuando la Ley que rige la sucesión es la de un tercer Estado, como los Estados Unidos. En este caso, las normas de Derecho internacional aplicables serían las normas de Derecho internacional privado de Estados Unidos, aunque también cabría aceptar el reenvío a la ley de un Estado miembro si la ley estadounidense así lo dispusiera¹².

En nuestro caso, en defecto de elección, la sucesión hubiese quedado sujeta a la ley de la residencia habitual del causante al tiempo del fallecimiento, y la determinación de dicha residencia no habría planteado mayor dificultad. El causante tenía una mayor cuota de patrimonio en España y sus parientes vivían también en España. Por tanto, resulta claramente de todas las circunstancias del caso que, en el momento del fallecimiento, el causante mantenía un vínculo más intenso con el Estado español.

8. El concepto de domicilio o “domicile” es también de difícil concreción. Con arreglo al ordenamiento jurídico de los Estados Unidos, un ciudadano solo puede tener un único domicilio. Toda persona adquiere por nacimiento un domicilio de origen que coincide con el domicilio de sus padres. Cuando una persona abandona su domicilio de origen adquiere uno nuevo por elección. El domicilio de elección ha de cumplir dos requisitos: una presencia física en el Estado de que se trate y la intención de residir en dicho territorio de manera permanente e indefinidamente.¹³ El domicilio, al igual que la residencia habitual, requiere por tanto una detenida ponderación de las circunstancias fácticas del caso. Para analizar que se cumple este segundo requisito, los tribunales estadounidenses han de valorar todas las circunstancias personales de la persona- por ejemplo, el tipo de vivienda, la integración social, o cualquier otro elemento de conexión con el Estado de que se trate¹⁴. Por ese motivo, cuando una persona reside en un Estado con la intención de regresar a su Estado de origen, como es el caso de un trabajador expatriado, no puede haber cambio del *domicile de origen* por el de elección. Desde la perspectiva estadounidense, las cuentas bancarias sitas en Chicago se registrarán también por el derecho español.

III. Sobre la eficacia del testamento español en el extranjero.

9. Por otro lado, cuando como en nuestro caso la sucesión es testada, se plantea la cuestión de la ley aplicable a la validez formal y material de los testamentos. En España, la validez sustancial de las disposiciones mortis causa se rige por la *lex successionis*. La ley aplicable a la validez formal de los

¹⁰ A. BONOMI/ P. WAUTELET, *Le droit Européen des successions commentaire du règlement n° 650/2012 du 4 Juillet 2012*, 2. Ed. Bruylant, Bruxelles, p. 194, n° 20.

¹¹ Considerando 23 RES.

¹² Art. 34 y considerando 57 RES

¹³ *Vid.*, N. BENTWICH, “Recent developments of the principle of domicile in English law”, *Recueil de Cours de l’Académie de Droit International*, tomo 87, 1955-1, p.123

¹⁴ *Ibid.*

testamentos realizados por escrito se determina con arreglo al Convenio de La Haya de 5 octubre 1961 relativo a los conflictos de leyes en materia de forma de disposiciones testamentarias¹⁵. En el marco intracomunitario, la herencia será por tanto repartida con arreglo a las disposiciones mortis causa otorgadas en el testamento español, siempre y cuando su ejecución sea compatible con la *lex successionis*.

10. Fuera del ámbito comunitario, resulta aún más relevante contar con una buena planificación sucesoria que permita minimizar los riesgos y los posibles conflictos y desavenencias entre los herederos, y especialmente cuando el caso vincula a dos Estados procedentes de dos mundos jurídicos muy diferentes. Surge además la complejidad añadida del reconocimiento o de la falta de reconocimiento de los testamentos otorgados en el extranjero. ¿Como garantizar que un testamento posterior otorgado en España revoque el testamento anterior otorgado en Estados Unidos para los bienes sitos en dicho territorio, y salvaguardar además la eficacia sustantiva y formal de la elección tácita en el estado de Illinois? Esta dificultad importante implica significativas consecuencias de carácter práctico.

11. Llegados a este punto resulta conveniente indicar que la cuestión de la validez sustancial y formal del testamento español en Estados Unidos solo reviste importancia si las disposiciones de dicho testamento se refieren también a los bienes y deudas sitos en Estados Unidos. Como norma general, en Estados Unidos, la *lex successionis* rige también la validez y la forma del testamento¹⁶. La capacidad del testador, la validez, forma e interpretación del testamento quedan por tanto sujetas a la ley del último domicilio del causante en cuanto a las disposiciones relativas a los bienes muebles¹⁷ y se rigen por la ley del lugar de situación en el caso de los bienes inmuebles¹⁸.

Sin embargo, las normas de conflicto de algunos estados prevén que el testamento de una persona domiciliada en su territorio debe cumplir con los requisitos formales del Estado de que se trate o incluso los de otro u otros Estados, como por ejemplo, los del Estado en el que el testamento fue otorgado o del Estado en el que el testador estaba domiciliado cuando lo otorgó. Además, con arreglo a esta ley, si un testamento es declarado válido en el Estado en el que el testador estaba domiciliado en el momento de su fallecimiento, también lo será en los demás Estados¹⁹. Por otro lado, algunos estados como el de Nueva York, ofrecen al testador la facultad de eludir las normas de conflicto para optar por la ley del Estado de situación de los bienes.²⁰ Por último, en lo que respecta a las cuentas bancarias, algunos contratos suelen contener cláusulas específicas de elección de ley aplicable que permiten esquivar la ley aplicable elegida en un testamento.²¹

12. Ante la disparidad de criterios a la hora de determinar la ley aplicable a la validez del testamento y la ausencia de un convenio multilateral o bilateral que permita el reconocimiento del testamento español en el Estado de Illinois²², el otorgamiento de dos testamentos que puedan reputarse válidos en ambos estados sería la única alternativa.

13. Cabe además suponer que en el caso en que el derecho del Estado de Illinois no validará el testamento español, el testamento anterior otorgado en Estados Unidos no quedaría revocado y podría ser ejecutado respecto de los bienes (cuentas bancarias) situados en el Estado de Illinois, independiente-

¹⁵ Convenio de 5 de octubre de 1961 sobre los Conflictos de Leyes en Materia de Forma de las Disposiciones Testamentarias. BOE núm. 197, de 17 de agosto de 1988.

¹⁶ *Vid.*, J. W. REBOUL/ E. SOMMER, « Trusts.-Successions.-Conflits de lois », *J.-Cl. Dr. comparé, Etats-Unis d'Amérique*, Fasc. 2, n°148,1997.

¹⁷ Restatement (Second) of Conflict of Laws (1971) § 263.

¹⁸ Restatement (Second) of Conflict of Laws (1971) § 239.

¹⁹ Restatement Conflicts [Second], § 263, cmt. c.

²⁰ En el caso *Re estate of Renard*, 439 NE2d, 341 (N.Y. 1982), el juez validó la elección de la ley de Nueva York por un nacional francés domiciliado en Francia que otorgó un testamento en Nueva York en el que decidió someter todos sus bienes sitos en dicho estado a la ley de Nueva York.

²¹ En el Estado de Florida, por ejemplo.

²² España no ratificó la Convención elaborada en Washington que establece una ley uniforme sobre la forma de un testamento internacional del 29 de octubre de 1973.

mente de la aplicabilidad de la ley sucesoria española. Esta solución que prioriza la eficacia del sistema parece adecuada siempre y cuando no altere la voluntad del testador, ni afecte a terceros. Por todo ello, es probable que los asesores recomienden a los herederos que acudan a los tribunales para solicitar la ejecución del testamento otorgado en Estados Unidos. Las ventajas del testamento local son múltiples: permite simplificar la administración de la herencia propia de los bienes situados en Estados Unidos; evita los problemas relacionados con la traducción del testamento y el nombramiento de un ejecutor que no resida en Estados Unidos.

IV. Sobre la necesaria obtención de un Grant of Probate

14. Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 23.2, letras e), f) y g) del Reglamento 650/2012²³, la cuestión de la administración de la herencia queda sujeta a la ley reguladora de la sucesión. En realidad, la ley sucesoria se aplica a toda la sucesión *mortis causa* desde su apertura hasta la transmisión y partición.²⁴ Desde la perspectiva española, la administración y transmisión de la propiedad de las cuentas bancarias deberían por tanto sujetarse al Derecho español.

15. Sin embargo, no ocurre lo mismo en Estados Unidos, donde, con carácter general, la administración y transmisión de una sucesión que contiene bienes sitos en el territorio se rige por la ley del foro. La *lex rei sitae* es por tanto la llamada a resolver las controversias relativas a la administración de la sucesión, siempre y cuando existan bienes situados en dicho territorio.

16. Trataremos de presentar brevemente las importantes divergencias existentes entre el derecho anglosajón y el derecho español en relación a la administración de los bienes²⁵ del causante situados en Estados Unidos. Frente a lo que acontece en los sistemas de derecho civil,²⁶ donde el sucesor sustituye al causante en sus posiciones transmisibles activas y pasivas²⁷, en derecho anglosajón, la propiedad de los bienes de la herencia no va directamente a los herederos, sino que pasa a un *personal representative*²⁸ que será quien lleve a cabo la administración de la sucesión de conformidad con las órdenes del tribunal (*court of probate*). El representante personal es un administrador nombrado por decisión judicial entre los causahabientes legales y acreedores del difunto o un ejecutor designado por el causante en un testamento²⁹.

²³ El artículo 23, apartado 2, e) y f) RES dispone que la ley designada regirá “*la transmisión a los herederos y, en su caso, a los legatarios, de los bienes, derechos y obligaciones que integren la herencia, incluidas las condiciones y los efectos de la aceptación o renuncia de la herencia o del legado*”, y “*las facultades de los herederos, de los ejecutores testamentarios y otros administradores de la herencia, en particular en orden a la venta de los bienes y al pago de los acreedores (...)*”.

²⁴ Art. 23.2 RES.

²⁵ Al respecto *vid.*, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento sucesorio europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012: Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, pp. 179-184; A. DAVI / A. ZANOBETTI, “Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell’Unione europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5(2), 2013, pp. 26-29; A. RODRÍGUEZ BENOT, “La acreditación de la cualidad de administrador de una herencia internacional: el certificado europeo de heredero”, en R. VIÑAS / G. GARRIGA, *Perspectivas del Derecho sucesorio en Europa*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 191-194 y P. WAUTELET, “Article 29. Dispositions spéciales applicables, dans certains cas, à la nomination et aux pouvoirs de l’administrateur de la succession”, en A. BONOMI / P. WAUTELET, *Le droit européen des successions: commentaire du Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, *op. cit.*, pp. 493-496.

²⁶ A diferencia del Reglamento, estas cuestiones quedaron excluidas del ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 1 de agosto de 1989 sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte por las diferencias entre el derecho anglosajón y el derecho civil. (véase el informe explicativo de D.W.M. Waters, en el sitio web de la Conferencia de La Haya www.hcch.net).

²⁷ En España la aceptación y partición de la herencia se realiza ante notario.

²⁸ Como pone de manifiesto, A. BARRIO GALLARDO, “En los Derechos de stirpe romana la transmisión *mortis causa* implica subrogación”. A. BARRIO GALLARDO, “La administración hereditaria en el derecho inglés”, *Crónica Jurídica Hispalense: revista de la Facultad de Derecho (Universidad de Sevilla)*, 16-17, 2019, p. 360.

²⁹ En tal sentido, *vid.*, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento sucesorio Europeo 650/2012. Análisis crítico, op.cit.*, p. 181; R. M. ROCA SASTRE, « El *beneficium separationis* y los actuales sistemas de separación sucesoria », *Anuario de Derecho Civil*, vol. 13, n°4 (1960), p. 1148.

³⁰ La designación del ejecutor no debe dar lugar a equivoco. En el caso *In the Goods of Blackwell* (1877), el causante nombró como única ejecutora a una de sus hermanas. A pesar de que la intención del causante era que cualquiera de ellas pudiera ser su representante personal, el juez declaró nula la designación por falta de precisión.

En ambos casos, ejerce un cargo público³⁰. Dada la complejidad que implican dichas funciones, es habitual que sean los abogados³¹ o entidades financieras los que ejerzan como ejecutores o administradores de la herencia³².

En relación a la administración de la herencia sobre bienes situados en Estados Unidos, el derecho estadounidense exige un *grant of letters administration* para la válida actuación del administrador o un *grant of probate*³³ para la válida actuación del ejecutor en Estados Unidos. En el caso de una sucesión testamentaria, el testamento (sea extranjero o local) habrá además de ser sometido a un proceso de autenticación y validación (homologado) por un juez local³⁴ y se conservará ante el Tribunal (que puede expedir copias). El procedimiento consistirá por tanto a la vez en “legalizar” el testamento, previa comprobación de su regularidad aparente, y en aprobar o designar al representante personal encargado de la administración de la herencia.

Este procedimiento es por tanto necesario a efectos de conservación del testamento³⁵ siempre y cuando éste haya sido localizado en Estados Unidos, en la medida en que la apertura y la conservación de los testamentos deben realizarse en las condiciones establecidas por la ley del Estado en el que esté localizado, pero también cuando la administración de la herencia queda sujeta al Derecho estadounidense. Algunos autores comparan sin embargo este trámite a una mera formalidad³⁶, puesto que los testamentos otorgados ante testigos gozan de una presunción de autenticidad.³⁷

Tras ser autorizado por el Tribunal de Sucesiones, el ejecutor o administrador podrá actuar en nombre del difunto. En las sucesiones testadas, a la inversa de lo que ocurre en el abintestato, la transmisión del patrimonio del causante tiene lugar desde el momento del fallecimiento y no desde la atribución del cargo.³⁸

El representante personal será responsable de realizar la identificación y administración del patrimonio³⁹, el pago de las deudas de la masa hereditaria⁴⁰ y la distribución de los bienes restantes entre los herederos de conformidad con las disposiciones otorgadas en el testamento. Su misión consistirá por tanto en recaudar los activos para pagar el pasivo antes de entregar los bienes que integran el caudal hereditario neto a los herederos o legatarios⁴¹. Los beneficiarios no reciben por tanto un patrimonio compuesto por un activo y un pasivo, sino únicamente bienes. Como indica A. Barrio Gallardo, “la herencia no existe propiamente como universalidad”⁴².

Sin embargo, el ejecutor/administrador gestionará siempre los asuntos de la herencia bajo control judicial. El representante personal tendrá que rendir cuentas a los herederos y al juez, presentando ante el tribunal todos los documentos que guarden relación con la administración de la sucesión (libros contables). El ejecutor también puede celebrar un acuerdo extrajudicial con los herederos que le exima de responsabilidad. Cualquier interesado podrá, no obstante, oponerse a un acuerdo que le parezca

³⁰ Vid., E. MUÑOZ SANCHEZ-REYES, “El sistema de liquidación del pasivo hereditario en El Derecho común español: ¿Sistema de corte personalista o sistema patrimonialista? (Una perspectiva comparada) », *Anuario de Derecho Civil*, vol.51, 1 (1998), p. 112-113.

³¹ En relación con la gestión de herencias en el Reino Unido, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, « Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial », *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol.6,1 (2014), p.38

³² Vid., J. W. REBOUL/ E. SOMMER, « Trusts.-Successions.-Conflits de lois », *op.cit.*, n° 86 y s.

³³ Sobre el *grant of representation*, vid., W. GELDART, *Introduction to English Law*, 10ª ed., Oxford University Press, Oxford, 1991, p. 114.

³⁴ A. BARRIO GALLARDO, “La administración hereditaria en el derecho inglés”, *op. cit.*, p.367.

³⁵ Si se dictamina que el testamento es válido, se registra en los libros de testamentos del juzgado correspondiente

³⁶ Vid., B. SLOAN, *Borkowski's Law of Succession*, 3ª ed., OUP, Oxford, 2017, p.346.

³⁷ En tal sentido, A. BARRIO GALLARDO, “La administración hereditaria en el derecho inglés”, *op.cit.*, p. 367.

³⁸ En el mismo sentido, vid., A. BARRIO GALLARDO, “La administración hereditaria en el derecho inglés”, *op. cit.*, p.369

³⁹ Sin embargo, el representante personal gestiona únicamente los bienes que integran la sucesión. Puede ocurrir que las cuentas bancarias tengan beneficiarios específicos y queden fuera de la herencia.

⁴⁰ El representante personal será además responsable solidario del pago de las deudas y gastos finales de la sucesión.

⁴¹ En tal sentido, vid., A. RODRÍGUEZ BENOT, “La administración de la herencia en las sucesiones internacionales: especial referencia al Derecho comunitario europeo”, *Academia Sevillana del Notariado*, 19 (2009), p. 272.

⁴² A. BARRIO GALLARDO, “La administración hereditaria en el derecho inglés”, *op.cit.*, p.361; en tal sentido también, J. PUIG BRUTAU, “Introducción al Derecho de sucesiones por causa de muerte”, *Medio siglo de estudios jurídicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p.339.

injustificado y será el tribunal quién decida si el representante debe responder del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de sus obligaciones.

17. En el caso que nos ocupa, es probable que los tribunales del Estado de Illinois se declaren competentes para llevar a cabo el procedimiento de “legalización” del testamento estadounidense. Sin embargo, este procedimiento deberá llevarse a cabo en Estados Unidos únicamente respecto de los bienes (cuentas bancarias) situados en el Estado de Illinois, puesto que desde la perspectiva española, la administración de la sucesión se regirá por la ley española.

18. Por último, si los herederos hubiesen solicitado la ejecución del testamento otorgado ante notario español, a nuestro entender, el procedimiento de legalización también hubiese podido llevarse a cabo, puesto que con arreglo a la legislación del Estado de Illinois, artículo 7-3, b) de la Probate Act de 1975 un “*testamento escrito procedente de un Estado o país cuyas leyes no exijan la legalización de un testamento es suficientemente fiable para ser admitido a trámite en dicho Estado presentando como prueba un certificado autenticado del custodio legal del testamento de que la copia es fiel y de que el testamento es eficaz con arreglo a las leyes de dicho Estado o país*”. En este caso hubiese sido conveniente presentar el original del testamento español (traducido y apostillado) ante los tribunales americanos encargados de expedir el Grant of probate de conformidad con el artículo 6-1 y siguientes de la Probate Act 1975.⁴³

V. Consideraciones finales

19. Una sucesión internacional en la que existe un punto de conexión con Estados Unidos genera diversas controversias derivadas de la concurrencia conflictual de dicho sistema con el derecho sucesorio español. La determinación de la ley aplicable en primer lugar plantea una primera desavenencia. Desde la perspectiva española, con arreglo al Reglamento (UE) 650/2012 de 4 julio 2012, la sucesión quedará sujeta a una única ley, mientras que en Estados Unidos rige un sistema conflictual escisionista. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, esta cuestión no plantea ninguna dificultad, puesto que en ambos casos la sucesión queda sujeta a ley española, como consecuencia por un lado de la elección tácita realizada por el causante en España, y por otro lado por la aplicación de la ley del último domicilio del causante a los bienes muebles localizados en el Estados de Illinois desde la perspectiva estadounidense.

20. Sin embargo, ante las previsibles complicaciones derivadas de la ausencia de una respuesta internacional uniformizada en materia de reconocimiento de testamentos, la única opción viable sería el otorgamiento de dos testamentos en ambos países, dentro de los límites marcados por el respeto de la voluntad del testador y derechos adquiridos por terceros. Esta solución, discutible en el plano de la corrección jurídica, se justifica por razones pragmáticas. El objetivo no es otro que facilitar la planificación sucesoria.

21. Por último, desde la perspectiva europea, la cuestión de la administración de la herencia se rige por *la lex successionis*. En Estados Unidos, sin embargo, la administración y transmisión de una sucesión que contiene bienes sitos en el territorio queda sujeta a la ley del foro. Asimismo, en el derecho de sucesiones anglosajón, la administración de la sucesión es sujeta a supervisión judicial. En el caso que nos ocupa, los tribunales del Estado de Illinois se declararán competentes para llevar a cabo el procedimiento del *probate* y designar al representante personal de la sucesión que se encargará de la conservación de las cuentas bancarias sitas en el Estado de Illinois, de liquidar la sucesión tras la depuración previa del pasivo y de distribuir el remanente a los beneficiarios.

⁴³ Vid., Probate Act 1975 (<https://www.ilga.gov/legislation/ilcs/ilcs3.asp?ActID=2104&ChapterID=60>).

Indefensión y cooperación judicial internacional. Patologías en la notificación de documentos judiciales entre España y Suiza

Lack of proper defence and international judicial cooperation. Pathologies in the service of judicial documents between Spain and Switzerland

VÍCTOR JAVIER LANA ARCEIZ

*Abogado y doctorando en Derecho (Universidad de Navarra)
Becario de investigación de la Fundación Oriol-Urquijo*

ORCID ID: 0000-0002-3947-2983

Recibido:17.06.2023 / Aceptado:25.07.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.8102

Resumen: De entre las herramientas de cooperación judicial internacional, las notificaciones de documentos judiciales tienen una importancia acentuada por su vinculación a las garantías del proceso, a la vez que su normativa pretende agilizar el sistema de comunicación. El Convenio de La Haya de 1965 está entre las normas de aplicación frecuente, junto con las de origen comunitario, en la notificación transfronteriza de documentos judiciales. En el presente trabajo se analiza un caso de notificación de una demanda al amparo de dicha herramienta, en el que el Estado de destino es Suiza. El interés estriba en que el emplazamiento se realizó en contravención de las reservas hechas por dicho país al régimen de notificaciones: se realizó por vía postal directa y sin aportar las traducciones al alemán de los documentos. Tal circunstancia podría dar lugar a una indefensión material del demandando en España, comprometiendo sus derechos de defensa, lo que podría abrir la puerta a una eventual nulidad de actuaciones.

Palabras clave: Cooperación judicial internacional, notificación de documentos judiciales en el extranjero, Convenio de la Haya de 1965, indefensión.

Abstract: Among the tools for international judicial cooperation, the service of judicial documents has a highlighted importance due to their link to the due process, while its regulations aim to accelerate the communication system. The 1965 Hague Convention is among the frequently applied rules, together with those of European origin, in the cross-border service of judicial documents. In the present work, a case of notification of a claim under said tool is analysed, in which the State of destination is Switzerland. The interest lies in the fact that the summons was carried out in contravention of the reservations made by the said country: it was carried out by direct post mail and without providing the German translations of the documents. Such a circumstance could give rise to lack of proper defence of the defendant in Spain, compromising his defence rights, which could open the door to an eventual annulment of proceedings.

* El presente trabajo desarrolla la ponencia «Patologías en la notificación de documentos judiciales entre España y Suiza», presentada por el autor en el II Congreso Internacional: Casos prácticos reales de Derecho Internacional Privado en un mundo postpandemia, celebrado en la Universidad de Murcia los días 15 y 16 de junio de 2023. Agradezco a los Prof. Javier CARRAS-COSA GONZÁLEZ, Asunción CEBRIÁN SALVAT e Isabel LORENTE MARTÍNEZ la generosidad que tan esplendorosa como inmerecidamente recibí durante los días del congreso.

Keywords: International judicial cooperation, service of judicial documents abroad, 1965 Hague Convention, lack of proper defence.

Sumario: I. Introducción. II. Hechos relevantes de la disputa: notificación de la demanda en Suiza por correo postal y sin traducciones. 1. Descripción preliminar del fondo del asunto y del archivo del proceso por falta de competencia judicial internacional. 2. La (patológica) notificación de la Demanda en Suiza. III. Marco normativo de las notificaciones en el contexto de la disputa. 1. Fuentes comunitarias en materia de cooperación judicial internacional. 2. El régimen de notificaciones de documentos judiciales al amparo del Convenio de La Haya y las reservas hechas por Suiza. 3. Instrumentos bilaterales en materia de cooperación jurídica internacional y Derecho doméstico. IV. Efectos de la patológica notificación de la Demanda en Suiza: notificación por medios postales de documentos carentes de traducción. 1. Necesidad de traducción de los documentos notificados por vía postal bajo el Convenio de La Haya en Suiza. 2. Indefensión y vulneración de los derechos de defensa del Demandado: posibilidad y efectos. V. Conclusiones.

I. Introducción

1. La cooperación judicial internacional se justifica en parte por la reserva de jurisdicción que sus actos entrañan: el poder jurisdiccional carece de una dimensión extraterritorial. La particular vocación de la cooperación judicial internacional es, precisamente, paliar las dificultades que acarrea la necesidad de realizar actos procesales fuera del propio territorio¹.

2. Las notificaciones son un elemento importante de la actividad que encierra la cooperación judicial internacional. La notificación constituye un acto procesal a través del cual un órgano jurisdiccional informa de una determinada resolución², cuya finalidad es que el destinatario no la ignore³. Su relevancia en el ámbito de la cooperación judicial internacional se evidencia en que tal labor informadora puede «exigir de la colaboración internacional cuando los documentos donde se formalizan estos actos se trasladan a un Estado distinto de aquel donde se sustancia el proceso»⁴.

3. Las notificaciones presentan una particular vinculación con los derechos de tutela judicial efectiva y las garantías de defensa, pues su adecuada realización supone una condición de posibilidad de aquellos: si, por ejemplo, una solicitud de medidas cautelares susceptible de oposición no es debidamente notificada, difícilmente se puede garantizar el derecho del destinatario a la tutela judicial efectiva. A la vez, su regulación persigue agilizar el proceso y hacerlo más eficiente. La pretensión de servir a dos señores (al sistema de garantías y a la eficiencia procesal) no resulta en un equilibrio sencillo, que conduce a que su regulación tenga un talante protector⁵.

¹ J. C. FERNÁNDEZ ROZAS/S. SÁNCHEZ LORENZO: «Derecho Internacional Privado», Civitas, Cizur Menor, 2022 (consultado en línea), §240. En palabras de CARRASCOSA GONZÁLEZ y CALVO CARAVACA, la notificación «es un acto procesal formal del órgano jurisdiccional por el que se comunica a una persona una resolución judicial determinada, por ejemplo, de admisión de una demanda contra el destinatario de la notificación» (A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ: «Tratado de Derecho Internacional Privado», Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 1134).

² S. PRATS JANÉ.: «La cooperación jurídica internacional en el ámbito civil y mercantil en España», Bosch, Barcelona, 2022, p. 30.

³ En su ya clásica «La notificación judicial internacional», PÉREZ MILLA define conceptualmente la notificación como «toda actividad procesal cuya función consiste en comunicar un hecho a una persona a fin de que no lo ignore a través de la manera prescrita por el Derecho para provocar los efectos de este conocimiento» (J.-J. PÉREZ MILLA: «La notificación judicial internacional», Comares, Granada, 2000, p. 47).

⁴ *Ibidem*.

⁵ J. C. FERNÁNDEZ ROZAS/S. SÁNCHEZ LORENZO: «Derecho Internacional Privado», Civitas, Cizur Menor, 2022 (consultado en línea), §241.

4. Este trabajo pretende analizar el particular régimen de notificaciones previsto en el Convenio de 15 de noviembre de 1965 sobre la Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil o comercial (el «Convenio de la Haya»), y las posibles patologías que pueden surgir cuando las notificaciones deben realizarse en Suiza, por las reservas hechas sobre dicha norma. A tales efectos, partiremos de la disputa resuelta por el Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Miranda de Ebro, núm. 17/2022, de 21 de enero de 2022 (el «Auto»), si bien el trabajo está lejos de ser un comentario de dicha resolución: cuanto interesa exponer aquí en torno a la controversia de las partes no tuvo su reflejo en la resolución que puso fin al procedimiento.

5. La disputa resuelta por el Auto giró en torno a un supuesto contrato verbal de distribución en exclusiva que, según la posición de la actora, se habría suscrito entre un empresario con domicilio en el cantón suizo de Schaffhausen (el «Empresario» o el «Demandado») y varias empresas domiciliadas en España que actuarían de manera conjunta como parte distribuidora (a quienes me referiré como la parte «Distribuidora» o la «Actora» y, junto con el Empresario, las «Partes»).

6. El proceso se inició con la demanda formulada por la Distribuidora frente al Empresario (la «Demanda»). La Actora reclamaba en torno a 150.000 euros en concepto de daños por incumplimiento del contrato, así como de indemnización por la clientela generada durante los aproximadamente 10 años de relación contractual. La Distribuidora formuló su demanda ante los tribunales de Miranda de Ebro, que notificaron la Demanda en Suiza, directamente al Demandado, por vía postal ordinaria. La notificación fue recibida en el domicilio del Demandado en Schaffhausen, sin que se aportara traducción alguna: la demanda, sus documentos adjuntos, la diligencia de emplazamiento y demás documentos judiciales se encontraban únicamente en español.

7. En el apartado II delinearemos el campo fáctico en el que se desarrolló la disputa y los medios desplegados por el Demandado para articular su defensa *in limine*. Nos centraremos en un elemento que, por avatares procesales, quedó sin resolver, pero que encierra un importante interés práctico: el modo en que se realizó la notificación de la demanda en Suiza, efectuada por vía postal y sin traducción alguna.

8. El apartado III servirá para definir el ámbito normativo en que se moverá la cuestión anterior: el Convenio de la Haya establece los medios a través de los cuáles pueden efectuarse las notificaciones de documentos judiciales, con sus requisitos, pero también con sus excepciones; que habrán de ser aplicados teniendo en cuenta las eventuales reservas de los Estados contratantes.

9. Por último, en el apartado IV haremos un ejercicio de silogismo, al aplicar al *iter* procesal las normas que rigen en materia de notificaciones. Pondremos aquí nuestra atención en cuáles pueden ser los eventuales efectos que se sigan de una notificación patológica que no respete el marco normativo que rige esta materia.

10. Las conclusiones se expondrán, finalmente, en el apartado V.

II. Hechos relevantes de la disputa: notificación de la demanda en Suiza por correo postal y sin traducciones

11. En el presente trabajo, como adelantábamos, nos centraremos en lo que atañe a la patológica notificación de la demanda en Suiza. Explicaremos a tal fin cómo y de qué manera el Juzgado de Miranda de Ebro emplazó en Schaffhausen al Empresario a contestar la demanda.

12. Para no perder el contexto completo en que tales hechos tuvieron lugar, (1) primero haremos una breve relación del fondo del asunto: cuál fue el marco contractual y la dinámica comercial entre las Partes, cuáles las pretensiones de la actora y cómo se resolvió la declinatoria propuesta por el Demanda-

do. Seguidamente, (2) expondremos aquellos hechos que tuvieron que ver con la patológica notificación de la Demanda.

1. Descripción preliminar del fondo del asunto y del archivo del proceso por falta de competencia judicial internacional

13. Los hechos que subyacen a la disputa son sencillos. En torno a 2011, las Partes concluyeron que la Demandante distribuiría en España, en régimen de exclusiva, determinados productos de naturaleza industrial elaborados por el Empresario. Este hecho no tendría nada de particular de no ser por que el acuerdo nunca se *documentó* fuera de las conversaciones por correo electrónico, que las Partes mantuvieron durante las negociaciones: estas comunicaciones electrónicas -ofertas, contraofertas y aceptaciones de elementos básicos del acuerdo- constituían el contrato marco que regía la relación entre las Partes (el «Acuerdo»). El Acuerdo regulaba únicamente los aspectos básicos sobre los que se desarrollaría la distribución, pero dejaba importantes elementos sin regular, tales como la Ley aplicable o el foro en caso de disputa.

14. La dinámica instaurada bajo el Acuerdo que las Partes siguieron durante los 10 años de relación contractual era la siguiente: las entregas de producto se hacían *on demand basis*, esto es, a través de concretas solicitudes de compra que el Distribuidor dirigía al Empresario cada vez que necesitaba nuevo producto. Cada vez que el Empresario recibía una de estas solicitudes, este respondía con una confirmación de pedido.

15. Con cada una de las confirmaciones de pedido, el Empresario remitía al Distribuidor sus términos y condiciones. En ellos, se especificaban las concretas obligaciones de las partes, los plazos y métodos de pago, así como la Ley aplicable y el fuero. En lo que nos interesa, estos términos y condiciones señalaban expresamente que la Ley aplicable a la relación entre las Partes era la Ley suiza, así como que cualquier disputa entre ellas al respecto de dicha relación debía resolverse ante los Tribunales de la ciudad suiza de Zúrich.

16. Junto a las Confirmaciones de Pedido, el Empresario incluía sus términos y condiciones (en adelante, los «**Términos y Condiciones**»). Estos Términos y Condiciones regulaban las obligaciones de las Partes y tales como el lugar de entrega de los productos solicitados, la forma y el momento de pago, o la ley aplicable y el fuero. En concreto, los Términos y Condiciones en vigor al momento de la disputa señalaban que la ley aplicable sería la ley suiza, y que cualquier disputa entre las Partes debería resolverse ante los Tribunales de la ciudad de Zúrich.

17. La Distribuidora formuló su demanda, no obstante los Términos y Condiciones, ante los tribunales de Miranda de Ebro, en la provincia de Burgos, España. La competencia judicial internacional se justificó por la Actora en que las mercancías debían entregarse en España, para su ulterior distribución en dicho territorio. En consecuencia, con base en el artículo 5.1 del Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil hecho en Lugano el 30 de octubre de 2007, DOUE de 21 de diciembre de 2007 (el «Convenio de Lugano») ⁶, los tribunales españoles resultaban competentes a nivel internacional. La competencia territorial, por su lado, se justificó con base en una aplicación analógica de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia, BOE de 29 de mayo de 1992 («LCA») ⁷. En concreto, alegando la aplicación de su Disposi-

⁶ «Las personas domiciliadas en un Estado vinculado por el presente Convenio podrán ser demandadas en otro Estado vinculado por el presente Convenio: / 1) a) en materia contractual, ante los tribunales del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda; / b) a efectos de la presente disposición, salvo pacto en contrario, dicho lugar será: / — cuando se trate de una compraventa de mercaderías, el lugar del Estado vinculado por el presente Convenio en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser entregadas las mercaderías».

⁷ Por ejemplo, en la Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo núm. 697/2007, de 22 de junio de 2007 (RJ 2007\5427),

ción Adicional Segunda, que señala que la competencia sobre las acciones en materia de agencia recae sobre el Juez del domicilio del agente, sin que quepa pacto en contrario.

18. Sin perjuicio de lo que después diremos sobre el acto de notificación, el Empresario consideró que los únicos órganos competentes para resolver la demanda eran los tribunales de Zúrich, por lo que propuso la correspondiente declinatoria de competencia judicial internacional. Los argumentos que esgrimió el Empresario fueron, en síntesis, que (a) la Disposición Adicional segunda LCA contiene únicamente una norma de competencia territorial, que no obsta para que las partes puedan elegir un foro internacional distinto a España⁸; y (b) que las Condiciones Generales incluían un acuerdo de sumisión⁹, que resultaba válido a pesar de que no hubiera sido expresamente aceptado por escrito la Distribuidora¹⁰. Este argumento se basaba en el art. 23.1(b) Convenio de Lugano, así como de la interpretación que de él se puede hacer a la luz de la jurisprudencia del TJUE sobre su análogo art. 25.1(b) en el Reglamento 1215/2012: la cláusula de sumisión se daba de una forma que se ajustaba a los hábitos comerciales establecidos entre ellas¹¹.

19. De los hechos y los documentos aportados por las Partes se desprendía una constante e ininterrumpida práctica establecida entre ellas, prolongada durante los 10 años de relación. Este consistía en la emisión de solicitudes de compra por la Distribuidora, que el Empresario contestaba mediante la pertinente confirmación, a lo que adjuntaba los Términos y Condiciones que incluían la cláusula de sumisión. Su conocimiento por la Actora y la ausencia de cualquier reserva, a lo largo de la totalidad del tiempo que duró la relación, permitían constatar un uso, hábito o costumbre entre las Partes que dotaba de validez formal a la cláusula de sumisión.

20. A pesar de la oposición de la Distribuidora, el Auto concluyó que los Juzgados españoles carecían de competencia judicial internacional, acordando así la terminación del proceso sin un pronunciamiento sobre el fondo, que no fue apelado, de manera que devino firme¹².

se expone la aplicación analógica de la LCA a los contratos de distribución en exclusiva de duración indefinida y su naturaleza imperativa. En un sentido similar, *Vid.* la Sentencia de la Sala de lo Civil Del Tribunal Supremo, núm. 886/2005, de 21 de noviembre de 2005 (RJ 2005\7677).

⁸ *Vid.* F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ: «Derecho Internacional Privado», Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021, p. 188; y A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOA GONZÁLEZ: «Tratado de Derecho Internacional Privado», Tirant lo Blanch, 2020, p. 2532, quienes señalan a este respecto que, «[a]unque la jurisprudencia ha sido algo veleidosa al respecto, puede afirmarse hoy día que existe una posición prevalente de los tribunales españoles en favor de la tesis correcta que admite la sumisión expresa y tácita en relación con los contratos internacionales de agencia». *Vid.* también el Auto de la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Madrid número 69/2021 de 11 marzo (JUR\2021\295042).

⁹ Al respecto de cláusulas de sumisión y condiciones generales desde un plano internacional destaca el trabajo de C. ROSENDE VILLAR: «Validez en el ámbito europeo de las cláusulas de elección de foro fijadas unilateralmente», en *La Ley Mercantil*, núm. 30, Wolters Kluwer, 2016.

¹⁰ Puede verse al respecto E. HAAS/K. MACCABE: «Switzerland: Choice of Court Agreements According to the Code on Civil Procedure, the Private International Law Act and the Lugano Convention», en M. KEYES (Ed.), *Optional Choice of court Agreements in Private International Law*, Springer Cham, 2020, pp. 369-386; y A. MILLS: «Party Autonomy in Private International Law», Cambridge University Press, 2018, pp. 209-211, y el compendio al respecto de la elección de foro bajo el título de «Prorogation of jurisdiction» que realiza U. MAGNUS en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI, *Brussels I Regulation*, Sellier European Law Publishers, 2012.

¹¹ Sin buscar la exhaustividad, pueden verse las Sentencias del TJUE, de la Sala 7ª, de 24 de noviembre de 2022 en el asunto *Tilman v. Unilever* (C-358/21), de la Sala 7ª, de 8 de marzo de 2018, dictada en el asunto *Saey Home & Garden* (C-64/17), de 20 de abril de 2016, en el asunto *Profit Investment SIM* (C-366/13), Sala Segunda, de 7 de julio de 2016 en el asunto *Höszig* (C-222/15), de 16 de marzo de 1999, en el asunto *Castelletti* (C-159/97), de 20 de febrero de 1997 en el asunto *MSG* (C-106/95), o la Sentencia del TJUE de 14 de diciembre de 1976, dictada en el asunto *Seguora* (25/76).

¹² El Auto y las cuestiones relativas a la competencia judicial internacional, ante cláusulas de sumisión emitidas en condiciones generales junto a documentos comerciales unilaterales, fueron objeto de un comentario que puede encontrarse en V.-J. LANA/J.-L. PÉREZ DE AYALA: «Cláusulas de elección de foro en el Derecho Internacional Privado y condiciones generales incluidas en documentos comerciales emitidos unilateralmente: un análisis desde el Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Miranda de Ebro, núm. 17/2022, de 21 de enero de 2022», Cuadernos de Derecho Transnacional, 2023, Vol. 15, Fasc. 1, pp. 979-990. Por su lado, la falta de competencia judicial internacional para conocer del fondo del asunto conduce a que el juzgado también careciera de jurisdicción para poder realizar el acto de notificación. *Vid.* al respecto de esto úl-

2. La (patológica) notificación de la Demanda en Suiza

21. Los hechos que queremos destacar en el presente trabajo tienen una naturaleza eminentemente procesal. La Distribuidora presentó su demanda el día 2 de julio de 2021. Tras el pertinente reparto y revisión del expediente, el Juzgado admitió a trámite la demanda el día 21 de septiembre de 2021. Ese mismo día se dictó la cédula de emplazamiento, que requería al Empresario comparecer en el proceso.

22. Los demandantes no aportaron traducción al alemán, como veremos que tenían obligación de hacer, de la Demanda, sus documentos ni de la cédula de emplazamiento dictada por el Juzgado. El Juzgado optó por notificar por vía postal el expediente, directamente al domicilio del Empresario en Suiza, únicamente con las copias en castellano.

23. El 8 de octubre de 2021 el Empresario recibió un paquete por vía postal ordinaria en sus oficinas centrales en Schaffhausen, con un elevado número de documentos redactados en una lengua que ignoraba, sin traducciones que pudiera comprender. Los únicos elementos identificables fueron los escudos del Reino de España visibles en las esquinas de las resoluciones que acompañaban al expediente, ante lo cual la Demandada buscó ayuda legal.

24. Una vez recibida la Demanda en Suiza, ya asesorada, la parte demandada constató que podían existir patologías en la forma en que se había realizado el emplazamiento: los hechos descritos podían constituir sendas infracciones del Convenio de la Haya, por la particular configuración de los actos de notificación de documentos judiciales cuando el Estado destinatario de la comunicación es Suiza.

25. A ojos del Demandado, los defectos detectados en la notificación no eran meras formalidades, sino que podían generar indefensión en el Demandado, impactando materialmente en su derecho de defensa, consagrado en el art. 24 Constitución Española («CE»).

26. La forma adecuada de denunciar tales defectos materiales, desde la perspectiva procesal española, era la solicitud de nulidad de actuaciones de los arts. 241 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial («LOPJ») y 228 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil («LEC»). Sin embargo, antes de instar este trámite, la primera actuación procesal del Empresario fue proponer declinatoria por falta de competencia judicial internacional. Como ya hemos visto los Tribunales competentes para conocer de cualquier disputa en torno al Acuerdo, en opinión del Demandado, eran los Tribunales de la ciudad de Zúrich, en Suiza.

27. La declinatoria se propuso antes de instar la nulidad de actuaciones sobre el acto de notificación porque, de hacerlo en el orden inverso, existía el riesgo no menor de que al instar la nulidad de actuaciones se estuviera asumiendo tácitamente la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles.

28. Inmediatamente después de proponer la declinatoria, el Empresario formuló la solicitud de nulidad de actuaciones fundada en la infracción material de su derecho de defensa, ocasionada por las patologías en el acto de emplazamiento en Suiza. Afortunadamente para el Demandado, el Juzgado acordó el archivo del asunto al estimar la declinatoria internacional; desafortunadamente para nosotros, la estimación de la declinatoria impidió resolver la nulidad de actuaciones promovida, por lo que no podremos conocer cuál habría sido la posición del Juzgado ante las infracciones denunciadas del Convenio de la Haya.

29. Pero este hecho tiene a su vez una lectura positiva: la falta de resolución de la nulidad de actuaciones permite una exposición y un debate libres del corsé argumental que habría dibujado el auto que

timo A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ: «Tratado de Derecho Internacional Privado», Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 1129-1130.

eventualmente hubiera dictado el Juzgado. Así, a continuación expondremos el marco legal y los argumentos que sustentaron la solicitud de nulidad de actuaciones, al abrigo de cualquier condicionante *ex post*.

III. Marco normativo de las notificaciones en el contexto de la disputa

1. Fuentes comunitarias en materia de cooperación judicial internacional

30. En materia de cooperación judicial internacional las herramientas más relevantes son las resultantes de la europeización del Derecho Internacional Privado y las elaboradas en el seno de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya, sin perjuicio de las normas bilaterales¹³.

31. Para el mejor entendimiento del marco general, será útil delinear la regulación que existe en primer grupo de normas para poder volver, después, a la interpretación que de ellas se ha hecho. Pondremos el énfasis en lo que atañe a las formas de notificación que cada una de estas normas acepta y a la importancia que en ellas se da a la traducción de los documentos objeto de notificación.

A) Reglamento (CE) núm. 1348/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil

32. Al amparo del marco comunitario se han elaborado distintas herramientas para coordinar las notificaciones de documentos judiciales entre Estados miembros. Se trata de un sistema de cooperación judicial que ha ido sofisticándose con el paso del tiempo, que tiene su génesis próxima en el Reglamento (CE) núm. 1348/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (el «Reglamento 2000»).

33. Esta herramienta se promulgó a la vista de que el «buen funcionamiento del mercado interior exige mejorar y acelerar la transmisión entre los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil a efectos de su notificación o traslado»¹⁴. Destaca, también, que para el legislador comunitario la agilidad en la notificación viene a justificar todo medio adecuado al fin anterior, siempre que dichos medios «respeten determinadas condiciones en cuanto a legibilidad y la fidelidad del documento recibido»¹⁵.

34. Desde esa perspectiva, el Reglamento 2000 prevé un sistema de notificación de documentos judiciales en el que el protagonismo recae sobre los denominados organismos emisores y receptores. Para facilitar la coordinación y el acceso a la información pertinente, se acordó la designación por cada Estado miembro de una entidad central.

35. El protagonismo en materia de notificaciones bajo el Reglamento 2000 recae en la comunicación directa entre los organismos transmisor y receptores de los Estados miembros, cuya regulación se encuentra entre sus arts. 4 a 11. Esta primacía de la notificación a través de organismos designados no obsta para que el Reglamento 2000 permita otras formas de comunicación de documentos judiciales y extrajudiciales: los arts. 12 y 13 dan carta de naturaleza a determinadas formas de notificación a través

¹³ En esta sede, el Derecho interno tiene una importancia residual. *Vid.* C. ESPLUGUES MOTA/J.-L. IGLESIAS BUHIGUES/G. PALAO MORENO: «Derecho Internacional Privado», Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 201; o J.-C. FERNÁNDEZ ROZAS/S. SÁNCHEZ LORENZO: «Derecho Internacional Privado», Civitas, Cizur Menor, 2022 (consultado en línea), §241-243.

¹⁴ Reglamento 2000, Considerando núm. 2.

¹⁵ Reglamento 2000, Considerando núm. 7.

de la vía consular o por medio de agentes diplomáticos, el art. 14 permite la notificación directa por vía postal con carácter general, y el art. 15 consiente en que se efectúe la notificación directamente por medio de agentes judiciales, funcionarios u otras personas competentes del Estado requerido.

36. El Reglamento 2000 prevé en su art. 5 que el organismo transmisor comunique al requirente que el destinatario del documento podrá negarse a aceptarlo si no está traducido a una lengua de las lenguas oficiales en el Estado de destino o a una lengua que el destinatario entienda. En paralelo, el art. 8 Reglamento 2000 prevé que el organismo receptor informará al destinatario que puede negarse a aceptar el documento objeto de notificación en tanto en cuanto no esté redactado en una de estas lenguas. Dicho art. 8, en una interpretación literal, no permite extender la exigencia (implícita o indirecta) de traducción de los documentos cuando su notificación se realice por medios alternativos a la actuación de organismos transmisores y receptores.

37. Se daba así un más que cuestionable escenario: si mediaba la notificación institucional (existiendo por tanto un control ex arts. 5 y 8 Reglamento 2000) la norma facultaba al destinatario a negarse a su recepción en caso de que no se acompañaran las traducciones. Por tanto, la presentación de aquellas se convertía en un requisito implícito en aquellos supuestos en que el traslado de los documentos se hiciera a través de los organismos transmisores y receptores. No obstante, si se optaba por vías alternativas como la postal o la diplomática, para las cuales el Reglamento no previa control alguno, no se extendía al destinatario la facultad de rechazar la notificación por no venir los documentos objeto de aquella acompañados de la traducción pertinente.

B) Reglamento (CE) núm. 1393/2007, del Parlamento y del Consejo, de 13 de diciembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil

38. El Reglamento 2000 sería derogado por el Reglamento (CE) núm. 1393/2007, del Parlamento y del Consejo, de 13 de diciembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil («**Reglamento 2007**»), que mantendría en gran medida el sistema de notificaciones del Reglamento 2000 anterior, si bien introduce algunos matices: por ejemplo, el art. 14 Reglamento 2007 sigue permitiendo la notificación directa del documento mediante correo postal, como hacía su predecesor, añadiendo el requisito de que el medio postal permita acuse de recibo o un equivalente.

39. En lo que respecta a la traducción de los documentos, el Reglamento 2007 trajo novedades que considero relevantes. Su art. 5 mantiene la obligación del organismo transmisor de poner en conocimiento del requirente que, de no aportar traducción de los documentos a una lengua del Estado requerido o que el destinatario entienda, este podrá negarse a su aceptación. De igual manera, el art. 8 Reglamento 2007 recoge la facultad del destinatario de negarse a aceptar los documentos objeto de notificación que no esté traducido o aporte una copia en los señalados idiomas.

40. ¿Cuál es la novedad que se introduce? El art. 8.4 extiende al resto de medios de notificación la facultad del destinatario de negarse a aceptar los documentos que no cumplan con los anteriores requisitos idiomáticos¹⁶. Por tanto, el requisito (implícito o indirecto) de presentar los documentos o una copia de estos traducidos a una lengua que el destinatario entienda o que sea de las oficiales en el país de destino (según el lugar de entrega), será de aplicación con independencia de la manera en que los documentos en cuestión se notifiquen¹⁷. Se salva, de esta manera, la asimetría de trato que existía bajo el

¹⁶ *Id.* al respecto J.-C. FERNÁNDEZ ROZAS/S. SÁNCHEZ LORENZO: «Derecho Internacional Privado», Civitas, Cizur Menor, 2022 (consultado en línea), §249.

¹⁷ El considerando núm. 12 del Reglamento 2007 da cuenta de esta novedad, señalando que es conveniente que «el or-

Reglamento 2000, según la notificación se realizara a través de los organismos transmisores y receptores o se siguieran otros medios.

C) Reglamento (UE) 2020/1784 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativo a la notificación y traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil

41. El Reglamento (UE) 2020/1784 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativo a la notificación y traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil («**Reglamento 2020**»), de aplicación general desde el 1 de julio de 2022, derogó el Reglamento 2007. Nos detendremos algo más en esta herramienta por ser el instrumento actualmente vigente en materia de notificaciones dentro de la Unión.

42. Esta nueva herramienta se apoya en los medios electrónicos y digitales para realizar las notificaciones y entregas de documentos, dándoles cabida en el régimen de cooperación intracomunitario, que mantiene el sistema de organismos transmisores y receptores¹⁸.

43. En lo que respecta a formalidades, el Reglamento 2020 señala que los documentos objeto de notificación deben ir acompañados de una solicitud de traslado, dirigida al organismo receptor, que está estandarizada en un formulario que incorpora el propio Reglamento. Dicha solicitud deberá ir redactada en la lengua oficial del Estado miembro requerido o, donde existan varias lenguas oficiales, en una de las del lugar donde deba efectuarse la notificación, o en aquella otra en que el Estado requerido haya comunicado que puede aceptar¹⁹.

44. Si bien los documentos objeto de transmisión están exentos de legalización, la falta de traducción de aquellos a una lengua oficial del Estado requerido o que el destinatario entienda no está libre de riesgos. En ausencia de una de estas últimas, el organismo transmisor advertirá al requirente que el destinatario puede negarse a aceptar la transmisión o notificación del documento²⁰. Traducción, esto es relevante por el impacto económico en el proceso, cuyos gastos asumirá el requirente, sin perjuicio de una posible y ulterior decisión del órgano competente sobre la responsabilidad de dichos gastos²¹.

ganismo receptor informe al destinatario, por escrito y mediante el formulario, de que puede negarse a aceptar el documento que haya de ser notificado o trasladado en el momento de dicha notificación o traslado o enviando el documento al organismo receptor en el plazo de una semana si no se encuentra en una lengua que entienda el destinatario o en una lengua oficial o una de las lenguas oficiales del lugar de notificación o traslado. Esta norma debe aplicarse asimismo a la notificación o traslado subsiguientes una vez que el destinatario haya ejercido su derecho de negarse a aceptar el documento. Estas normas sobre la negativa de aceptación de documentos deben aplicarse también a la notificación o el traslado directos, mediante agentes diplomáticos o consulares o mediante servicios postales».

¹⁸ Arts. 3, 4 y 5 Reglamento 2020. El sistema sigue asentado sobre la cooperación entre los organismos transmisores y receptores, que en España son los Letrados de la Administración de Justicia, con la existencia de entidades centrales que facilitan dicha labor, y que en nuestro caso recae sobre la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional, dentro del Ministerio de Justicia. Vid. J.-C. FERNÁNDEZ ROZAS/S. SÁNCHEZ LORENZO: «Derecho Internacional Privado», Civitas, Cizur Menor, 2022 (consultado en línea), §249.

¹⁹ Art. 8.2 Reglamento 2020.

²⁰ Como recuerda PÉREZ MILLA, la jurisprudencia del TJUE ha acotado el alcance objetivo de la traducción a aquellos documentos autónomamente denominados como «escrito de demanda o documento equivalente», que deberá permitir, al menos, que el destinatario de la notificación conozca el objeto y causa de la demanda, además del requerimiento para personarse ante el órgano jurisdiccional pertinente o, según corresponda, interponer ante él el recurso pertinente. J.-J. PÉREZ MILLA: «Régimen de la notificación transfronteriza en materia civil o mercantil», La Ley Unión Europea, núm. 109, 2022, p. 18. Vid. también la Sentencia del TJUE de 8 de mayo de 2008, dictada en el asunto *Weiss und Partner* (C-14/07).

²¹ Art. 9 Reglamento 2020: «1. El organismo transmisor al que el requirente ha expedido el documento a efectos de transmisión comunicará al requirente que el destinatario puede negarse a aceptar la transmisión o notificación del documento si no está en una de las lenguas previstas en el artículo 12, apartado 1. / 2. El requirente asumirá los posibles gastos de traducción previa a la transmisión del documento, sin perjuicio de una posible decisión posterior, en su caso, del órgano jurisdiccional o la autoridad competente sobre la responsabilidad de dichos gastos». La Sentencia del TJUE de 2 de junio de 2022, dictada en

45. Una vez recibidos los documentos por el órgano receptor, este procederá a efectuar o a que se efectúe la notificación o el traslado del documento. Podrá para ello optar por los medios previstos en su Derecho interno o, en la medida en que sea compatible con aquel, a través de los medios solicitados por el organismo transmisor²². En todo caso, el organismo receptor informará al destinatario que tiene el derecho de negarse a aceptar la notificación en tanto el documento objeto de aquella no esté redactado en una lengua que el destinatario entienda, o en una lengua oficial del Estado miembro requerido²³.

46. El Reglamento 2020 prevé también otras formas de comunicación de documentos paralelas a la notificación entre organismos emisores y receptores: se trata de la notificación consultada o mediante agentes diplomáticos²⁴, la notificación directa al destinatario por servicio postal con acuse de recibo²⁵, la notificación por medios electrónicos en circunstancias tasadas²⁶, y la notificación directa por el interesado mediante distintos medios²⁷.

47. Como adelantábamos, el art. 12.6 Reglamento 2020 extiende a los medios alternativos de notificación, entre ellos el postal, la facultad del destinatario de rechazar el traslado de documentos que se regula en los apartados 1 a 5 del mismo art. 12²⁸. Como sucedía con el Reglamento 2007, su interpretación sistemática permite deducir que la traducción de los documentos objeto de notificación constituye un requisito implícito o indirecto: si bien no se explicita su obligatoriedad, la realidad es que el destinatario podrá rechazar la notificación, con independencia del medio empleado, si no los documentos no están redactados en tales lenguas o se aporta una copia de aquel que esté traducida a ellas.

48. ¿Cómo deberá articularse la negativa a aceptar la notificación? El Reglamento 2020 ofrece una solución unívoca con independencia del medio de notificación empleado, lo que como veremos plantea algunas cuestiones que podrían resultar problemáticas. Como señala el art. 12.2 Reglamento 2020, al destinatario se le dará traslado de un documento estandarizado con la información al respecto del derecho que le asiste a rechazar la notificación²⁹. Dicho documento estandarizado deberá estar redactado en una de las lenguas oficiales del Estado de origen, así como en una de las señaladas lenguas previstas en el art. 12.1.

49. De acuerdo con el art. 12.3 Reglamento 2020, el destinatario goza de un plazo de dos semanas a partir del momento de la notificación para negarse a aceptar los documentos. La norma prevé que el destinatario emita una declaración por escrito de negativa de aceptación, a fin de lo cual se señala que el destinatario *podrá* devolver al organismo receptor el formulario L del anexo I o una declaración escrita en la que el destinatario indique que se niega a aceptar el documento por la lengua en que está redactado. De todo ello dará cuenta el organismo receptor al organismo transmisor.

el asunto *SR y EW* (C-196/21) es útil para aclarar que el reglamento, al apelar al término «requirente», se está dirigiendo a la parte en cuestión que precisa o requiere la notificación, no al órgano judicial que la despacha. En relación con el requisito de traducción desde una perspectiva general, en la Sentencia de 2 de marzo de 2017, en el asunto *Henderson* (C-354/15), el TJUE pareció sugerir con, bajo el Reglamento 2007, que se opone a una interpretación excesivamente formalista (*Cfr.* en particular los ¶¶67 y 68 de dicha sentencia). Al respecto, *Vid.* C. ESPLUGUES MOTA/J.-L. IGLESIAS BUHIGUES/G. PALAO MORENO: «Derecho Internacional Privado», Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 208.

²² Art. 11.1 Reglamento 2020.

²³ Art. 12 Reglamento 2020. Si hubiera más de una lengua oficial en el estado de destino, la traducción se deberá hacer a una de las lenguas oficiales del lugar en que deba efectuarse la notificación.

²⁴ Arts. 16 y 17 Reglamento 2020.

²⁵ Art. 18 Reglamento 2020.

²⁶ Art. 20 Reglamento 2020.

²⁷ Art. 21 Reglamento 2020.

²⁸ Art. 12.6 Reglamento 2020: «[I]os apartados 1 a 5 también se aplican a los otros medios de transmisión, notificación o traslado de documentos judiciales a que se refiere la sección 2».

²⁹ Se trata del documento estandarizado en el formulario L del Anexo I, que se correspondía con el del anexo II del Reglamento 2007.

50. El Reglamento 2020 opta por minimizar el impacto de esta clase de defectos: su art. 12.5 señala que se podrán subsanar notificando el documento y su traducción al destinatario. En tal caso, lo relevante es que con carácter general la fecha de notificación del documento será la fecha en que el documento y su traducción hubieran sido notificados.

51. La redacción no deja de plantear dudas al respecto de cómo ejercer dicho rechazo, por ejemplo, ante supuestos en los que la notificación se hace directamente por vía postal, sin que el documento vaya traducido a una de las lenguas indicadas. En tales casos el destinatario está facultado *ex art.* 12.6 Reglamento 2020 a rechazar la notificación; sin embargo, si la notificación es directa, ¿qué órgano receptor informará al destinatario de tal derecho? ¿Ante qué órgano deberá el destinatario señalar que se niega a aceptar los documentos señalados? Y, con mayor evidencia, si la notificación se directa, ¿podemos afirmar estrictamente que el destinatario está en condiciones de rechazarla?

52. Lo que en mi opinión sí que es claro es que, si la notificación se realiza por vía postal -como sucede en nuestro caso-, la traducción del documento objeto de aquella resulta un elemento nuclear en el sistema de garantías del Reglamento 2020³⁰. Si el documento se notifica sin traducir a una lengua que el destinatario entienda o que sea de las oficiales en el lugar de destino, el derecho de defensa del destinatario podría verse materialmente afectado³¹.

2. El régimen de notificaciones de documentos judiciales al amparo del Convenio de La Haya y las reservas hechas por Suiza

53. En lo que respecta a las herramientas en materia de cooperación judicial internacional y, específicamente, notificaciones, elaboradas en el seno de la Conferencia de Derecho Internacional Privado

³⁰ Por todas, la Sentencia de la Sala Cuarta del TJUE, de 7 de julio de 2022, dictada en el asunto *LKW Walter Internationale* (C-7/21), señaló con respecto al derecho de información del destinatario bajo el Reglamento 2007 en sus ¶¶ 40 y 41 que «[e]n cuanto a la información que debe facilitarse a este respecto al destinatario, para la notificación o traslado de un documento en el sistema establecido por el Reglamento n.º 1393 /2007, cabe recordar que dicho Reglamento no prevé ninguna excepción a la utilización del formulario normalizado que figura en su anexo II. El carácter obligatorio y sistemático de la utilización de ese formulario se aplica no solo a la transmisión de documentos mediante la intervención de los organismos transmisores y receptores designados por los Estados miembros, sino también, como resulta explícitamente del texto del artículo 8, apartado 4, de dicho Reglamento, a los modos de notificación o traslado contemplados en el capítulo II, sección 2, de dicho Reglamento, incluido el contemplado en el artículo 14, que consiste en la notificación o traslado por correo de un documento judicial [...]. Dicho formulario constituye, como se desprende del considerando 12 del Reglamento n.º 1393 /2007, un instrumento mediante el cual se informa al destinatario de su derecho a negarse a aceptar el documento que ha de ser notificado o trasladado [...]. El efecto útil del derecho a negarse a aceptar un documento que deba notificarse o trasladarse exige, por un lado, que el destinatario haya sido informado de la existencia de tal derecho».

³¹ El TJUE ha considerado que el derecho a negarse a aceptar tales documentos en las circunstancias descritas «permite proteger el derecho de defensa del destinatario de ese documento, respetando las exigencias de un proceso equitativo» (Sentencia de la Sala Cuarta del TJUE, de 7 de julio de 2022, dictada en el asunto *LKW Walter Internationale* (C-7/21), ¶36). La jurisprudencia doméstica disponible en esta materia al amparo de los Reglamentos 2000 y 2007 no es abundante. Por ejemplo, FERNÁNDEZ ROZAS Y SÁNCHEZ LORENZO (en «Derecho Internacional Privado», Civitas, Cizur Menor, 2022 (consultado en línea), §249) dan cuenta del AAP Guipúzcoa (Sec. 2ª) de 28 de julio de 2008, donde se analiza el supuesto en que la notificación se realizó en idioma alemán a un ciudadano ubicado en España, sin que se le informara de la posibilidad de negarse a aceptar dicha notificación, se consideró como causa de indefensión a efectos de su reconocimiento y ejecución en España. En un sentido similar, aunque *obiter dictum*, la SAP Ourense (Sec. 1ª) núm. 453/2021 de 15 de octubre (JUR 2021\396439) señaló que «al no haberse remitido copia traducida de la demanda ni el citado anexo II a la filial de la entidad demandada, podría concluirse que el emplazamiento es nulo». La SAP Barcelona (Sec. 15) núm. 15/2013, de 22 de enero (JUR 2013\195298) señala de forma ilustrativa que «[a]unque la regla general que el Reglamento referido establece es que el emplazamiento se haga acudiendo a la autoridad que cada uno de los Estados indique, el art. 14 del referido Reglamento deja al criterio del Estado requirente la posibilidad de que el traslado se haga por correo, como probablemente se hizo, pero lo somete a algunos requisitos de forma que faciliten la tutela de los derechos del destinatario, entre los que se encuentra que los documentos que le sean entregados se encuentren redactados en un idioma que entienda o bien en el idioma del Estado miembro requerido». La SAP León (Sec. 1ª) núm. 732/2022, de 5 de diciembre (JUR 2023\47061), ante la notificación de la demanda por correo ordinario a Países Bajos sin traducción ni el formulario del Anexo II, se consideró que no cabía apreciar indefensión por que el comportamiento del demandado, al personarse en el proceso, proponer declinatoria y contestar al escrito de demanda, permitía entender subsanado el defectuoso emplazamiento por el comportamiento procesal de la parte demandada.

de La Haya, destaca en primer lugar el Convenio de la Haya sobre el Procedimiento Civil, de 1 de marzo de 1954 (el «CH-1954»). Este convenio concebía la actuación consular como el cauce prototípico de comunicación de documentos judiciales. Así, con carácter general, las notificaciones destinadas a personas ubicadas en el extranjero se iniciarían mediante petición del cónsul del Estado requirente, dirigida a la autoridad a tal efecto designada por el Estado requerido³².

54. Si bien el sistema de notificaciones del CH-1954 descansa principalmente sobre la intervención diplomática, no obsta para presentar a su vez alternativas flexibles. Así, será posible que los Estados pacten la posibilidad de que haya una notificación directa entre sus respectivas autoridades, omitiendo así la intervención consular³³. También permite el CH-1954 convenir otras formas de notificación, tales como la notificación postal directa al destinatario, la notificación por medio de empleados públicos en el país de destino o la notificación a través del personal diplomático del Estado remitente en el estado de destino³⁴.

55. Al CH-1954 le siguió el Convenio de La Haya, como hemos señalado, de 1965. Dado que el acto de notificación debía realizarse entre España y Suiza, la transmisión de documentos judiciales se enmarca en dicho convenio, del que ambos Estados son parte³⁵.

56. El cauce general previsto por el Convenio de La Haya para el traslado de documentos judiciales lo constituyen las Autoridades Centrales, cuya labor es la «de recibir las peticiones de notificación o traslado procedentes de otro Estado contratante y darles curso ulterior»³⁶.

57. El Convenio de La Haya prevé que cada Estado contratante designe una Autoridad Central que reciba y dé curso a las peticiones de notificación o traslado de documentos judiciales, a la cual la autoridad judicial competente del Estado de origen dirigirá una solicitud estandarizada de notificación. A dicha solicitud se acompañará el documento objeto de notificación o su copia, siempre en doble ejemplar³⁷. Este es el cauce general para el traslado de documentos judiciales previsto en el Convenio de La Haya, que persigue reducir las dificultades que, en la práctica, implicaba la intervención diplomática, cuyas dilaciones podían en ocasiones comprometer los derechos de defensa de quien debía recibir la notificación³⁸.

58. Salvo que la Autoridad central estime que existen objeciones relacionadas con el propio convenio, en cuyo caso informará al requirente, procederá u ordenará proceder a la notificación. Esta podrá hacerse de dos maneras: de acuerdo con las formas del Estado requerido, o mediante los concretos medios solicitados por el requirente, siempre que resulten compatibles con el Derecho del Estado requerido. Junto con la notificación, se remitirá un modelo estandarizado donde se identifican los elementos esenciales del documento, tales como la identidad de las partes y de las autoridades requirentes, la indicción de los pla-

³² Art. 1.I CH-1954: «En materia civil o comercial, la notificación de documentos a personas que se encuentren en el extranjero, se hará en los Estados contratantes, a petición del cónsul del Estado requirente, dirigido a la autoridad designada al efecto por el Estado requerido. La solicitud deberá indicar la autoridad de la cual proviene el documento transmitido, el nombre y el carácter con que actúan las partes, la dirección del destinatario y la naturaleza del hecho en cuestión, debiendo ser redactada la solicitud en el idioma de la autoridad requerida. Esta última deberá enviar al cónsul el documento que acredite la notificación o que indique el motivo que no ha permitido hacerla».

³³ Art. 1.IV CH-1954: «Sin perjuicio de las disposiciones precedentes, dos Estados contratantes podrán ponerse de acuerdo para admitir la comunicación directa entre sus respectivas autoridades».

³⁴ Art. 6.II CH-1954: «En cada uno de estos casos la facultad prevista sólo será admitida si los convenios concluidos entre los Estados interesados la permiten y de no existir un convenio, si el Estado en cuyo territorio debe hacerse la notificación no se opondrá. Este Estado no podrá oponerse en los casos señalados en el caso del párrafo primero, número 3, cuando la notificación del documento al nacional del Estado requirente deba hacerse sin ejercer medida alguna de compulsión».

³⁵ Huelga señalarlo, pero al no ser Suiza un Estado miembro de la Unión Europea, no resultaba de aplicación el Reglamento 2007.

³⁶ Art. 2 Convenio de la Haya.

³⁷ Arts. 2 y 3 Convenio de la Haya.

³⁸ J.-C. FERNÁNDEZ ROZAS/S. SÁNCHEZ LORENZO: «Derecho Internacional Privado», Civitas, Cizur Menor, 2022 (consultado en línea), §246.

zos que figuran en el documento o la naturaleza judicial o extrajudicial de aquel³⁹. Tal información vendrá redactada en inglés o francés, y podrá además estarlo en una de las lenguas oficiales del Estado de destino.

59. En lo que respecta a la necesidad de traducir los documentos, el Convenio de La Haya señala en su art. 5.2 que la Autoridad Central que reciba la petición de notificación *podrá* solicitar que el documento sea redactado o traducido a una de las lenguas oficiales de su país⁴⁰. El carácter facultativo de esta traducción se explica por nuestra mejor doctrina en que puede resultar ociosa, dado que el documento que se adjuntará a la notificación explicará el contenido esencial de los documentos objeto de aquella, y vendrá redactado en inglés o francés o una lengua oficial del Estado de destino⁴¹.

60. Suiza optó por hacer una declaración al respecto de la facultad prevista en el art. 5 Convenio de la Haya cuando los documentos objeto de transmisión no se encuentren redactados o traducidos a una de las lenguas oficiales en el país de destino: si el destinatario no acepta voluntariamente la notificación, esta sólo podrá realizarse formalmente de acuerdo con el art. 5.1 Convenio de la Haya cuando esté redactado en la lengua de la autoridad requerida, es decir, alemán, francés o italiano, o si va a acompañado de una traducción a uno de estos idiomas, según la región de Suiza en que deba realizarse la notificación⁴². Por tanto, en Suiza sólo será válida la notificación de documentos que estén redactados o traducidos a la lengua oficial en el cantón de destino. En mi opinión, existen argumentos para interpretar el art. 5.2 Convenio de La Haya, de manera general, en el sentido de que la traducción de los documentos a una de las lenguas oficiales del Estado requerido constituye un requisito implícito en todos los casos, dado que de lo contrario podría generarse indefensión al destinatario y obstaculizar sus derechos de defensa⁴³.

61. La primacía que el Convenio de la Haya otorga a la notificación a través de autoridades centrales no es obstáculo para consentir otros medios de comunicación de documentos. Así, se prevé la posibilidad de que la notificación se realice directamente por los agentes diplomáticos del Estado de origen en el país de destino. No obstante, cabe que los Estados hagan reserva de tal facultad, de manera que se opongan a que se use este medio de notificación en su territorio, salvo que el documento se deba notificar a un nacional del Estado de origen⁴⁴. También se consiente en el uso de la vía consular para remitir, a efectos de notificación, los documentos judiciales objeto de aquella a las autoridades designadas por otro Estado contratante⁴⁵.

³⁹ Art. 5.4 Convenio de La Haya: «[l]a parte de la solicitud que, conforme al formulario modelo anexo al presente Convenio, contiene los elementos esenciales del documento se remitirá al destinatario».

⁴⁰ Arts. 4 y 5 del Convenio de la Haya. En relación con el art. 5.3 Convenio de La Haya, España no realizó reserva o declaración alguna. Esto implica que cuando la notificación se lleve a cabo en nuestro territorio, la Autoridad Central tiene discreción para solicitarla o no. No obstante, es llamativo que España haya comunicado que de acuerdo con el art. 144 LEC, todo documento redactado en un idioma extranjero debe acompañarse de una traducción al castellano; así como que extiende tal requisito a los documentos que vayan a ser objeto de notificación. Además, señala que en la práctica la Autoridad Central solicita traducción de todas las solicitudes de notificación, sin perjuicio de determinadas excepciones, por ejemplo, a la luz de la lengua materna del destinatario. En todo caso, considera que deberá remitirse siempre un resumen del documento redactado en el idioma del Estado requerido. Estas cuestiones pueden consultarse en la página de información facilitada por España a la Conferencia de La Haya en relación con este convenio (consultado por última vez el 7 de junio de 2023) en el siguiente enlace: <https://www.hcch.net/es/states/authorities/details3/?aid=273>.

⁴¹ A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ: «Tratado de Derecho Internacional Privado», Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 1159. El problema se plantea, entre otros momentos, cuando la notificación se hace por vía postal, de manera que no intervengan Autoridades Centrales que requieran del formulario con tales datos. Al margen, la información que puede revelar dicho documento es escasa en relación con las acciones eventualmente ejercitadas, su naturaleza y los hechos que han dado lugar a la disputa. Humildemente y desde el mayor respeto discrepo de que pueda considerarse ociosa la traducción, por ejemplo, de un escrito de demanda, para la salvaguarda de los derechos y garantías de defensa del demandado. Volveremos sobre este punto más adelante.

⁴² La declaración de Suiza al respecto del art. 5 fue la siguiente: «[l]a Suisse déclare que lorsque le destinataire n'accepte pas volontairement la remise de l'acte, celui-ci ne pourra lui être signifié ou notifié formellement, conformément à l'article 5, alinéa 1er; que s'il est rédigé dans la langue de l'autorité requise, c'est-à-dire en langue allemande, française ou italienne, ou accompagné d'une traduction dans l'une de ces langues, en fonction de la région de Suisse dans laquelle l'acte doit être signifié ou notifié».

⁴³ Vid. sección IV.1 *infra*.

⁴⁴ Art. 8 Convenio de la Haya.

⁴⁵ Art. 9 Convenio de la Haya.

62. Además, y siempre que no haya reserva en contrario del Estado de destino⁴⁶, caben también otras formas de notificación como la remisión directa por vía postal, de los documentos judiciales, a las personas que se encuentren en el extranjero⁴⁷. Así como el recurso de los interesados en el proceso y los funcionarios competentes del Estado de origen, a notificar los documentos judiciales directamente a través de los funcionarios competentes del Estado de destino⁴⁸.

63. Como se observa, el Convenio de la Haya las permite en tanto el Estado de destino no se hubiera opuesto a ellas. Pues bien, al momento de su ratificación, Suiza declaró expresamente oponerse a los medios de notificación previstos en los arts. 8 y 10 del Convenio de la Haya. Por tanto, y en lo que afecta a nuestro caso, por expresa reserva de Suiza, no se considera válida la notificación directa al destinatario cuando se realiza por vía postal⁴⁹.

64. El Convenio de La Haya regula también un paquete de garantías procesales que protegen al destinatario de la comunicación. Si el documento hubiera sido notificado por los cauces del convenio, pero el destinatario se mantuviera en rebeldía, el art. 15 ordena al juez que no continúe con el proceso hasta que no se confirme que la notificación ha tenido lugar y que ha transcurrido el tiempo oportuno para que el demandado haya podido defenderse.

65. La orden de suspender el proceso únicamente podrá evitarse si, cumulativamente, (a) el documento ha sido transmitido según los modos previsto en el propio convenio, (b) desde el envío del documento ha transcurrido un plazo de por lo menos seis meses, y (c) que, sin perjuicio de haber realizado las diligencias oportunas ante el Estado requerido, no ha sido posible obtener certificado alguno. Nada de lo anterior impide al Juez que adopte, en caso de urgencia, las medidas cautelares necesarias.

66. Si se dicta una resolución en rebeldía del demandado, a quien debió remitírsele al extranjero un escrito de demanda al amparo del Convenio de La Haya, el Juez podrá eximir al demandado de los plazos de preclusión para recurrir dicha resolución si se dan las condiciones del art. 16: a saber, que el demandado, sin mediar culpa, no tuvo conocimiento en tiempo oportuno de dicho documento para defenderse o de la decisión para interponer recurso, y que sus alegaciones aparezcan previstas de fundamento. La solicitud del demandado para que le exima del efecto preclusivo deberá formularse en un plazo razonable desde el momento en que aquel tuvo conocimiento de la decisión, que no podrá ser inferior a un año⁵⁰.

3. Instrumentos bilaterales en materia de cooperación jurídica internacional y Derecho doméstico

67. La tendencia de convertir en un requisito (implícito o explícito) la traducción de los documentos objeto de notificación ha permeado también los acuerdos bilaterales suscritos por España. Por ejemplo, el Convenio de asistencia judicial en materia civil y mercantil entre el Reino de España y el

⁴⁶ La posible razón que explica «estas reservas -señala PÉREZ MILLA- es que aunque la notificación postal es el modo de transmisión más rápido, impide cualquier tipo de control de la notificación en el Estado donde se ejecuta» (J.-J. PÉREZ MILLA: «La notificación judicial internacional», Comares, Granada, 2000, p. 166).

⁴⁷ A diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en los Reglamentos 2007 y 2020, este método de envío no se cualifica exigiendo que el método de envío permita confirmar la entrega mediante acuse de recibo o similar. *Vid.* PERMANENT BUREAU OF THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW: «Practical Handbook on the Operation of the Hague Service Convention», Wilson & Lefleur Ltée, Quebec, 2006, p. 69.

⁴⁸ Art. 10 Convenio de la Haya.

⁴⁹ La declaración de Suiza al respecto de los arts. 8 y 10 Convenio de la Haya tenía el siguiente tenor literal: «[c]onformément à l'article 21, alinéa 2, lettre a, la Suisse déclare s'opposer à l'usage, sur son territoire, des voies de transmission prévues aux articles 8 et 10». Suiza no es el único Estado contratante que ve con escepticismo estos métodos de notificación bajo el Convenio de La Haya. Por ejemplo, Alemania, Noruega y Luxemburgo también han hecho reserva a los medios de notificación previstos en sus arts. 8 y 10, si bien Luxemburgo retiraría su reserva a los medios de notificación postal en 1978.

⁵⁰ De acuerdo con la declaración hecha por España al respecto, el plazo será de 16 meses.

Reino de Tailandia, hecho en Madrid el 15 de junio de 1998, exige en su art. 4.1 que los documentos objeto de notificación deberán acompañar una traducción al inglés o a la lengua oficial de la parte requerida, idiomas en que además deberá estar redactada la solicitud de notificación. La traducción de los documentos deberá estar «debidamente certificada de conformidad con la legislación y práctica» de la parte requirente, según señala el apartado 2 del mismo art. 4.

68. El art. 9 del Convenio relativo a la asistencia judicial en el ámbito civil y mercantil entre la República Argelina Democrática y Popular y el Reino de España, hecho *ad referendum* en Madrid el 24 de febrero de 2005, señala, igualmente, que todos «los documentos relativos a la asistencia judicial deberán estar redactados en el idioma del Estado requirente y acompañados de una traducción a la lengua del Estado requerido o al francés». La misma redacción está contenida en el art. 9 del Convenio relativo a la asistencia judicial en el ámbito civil y mercantil entre el Reino de España y la República Islámica de Mauritania, hecho el 12 de septiembre de 2006.

69. El Convenio entre el Reino de España y la República de Túnez sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, hecho en Túnez el 24 de septiembre de 2001, parece tener una regulación algo diferente. Su art. 7 señala que los documentos objeto de notificación (y los documentos adjuntos a aquellos) deberán acompañarse de un escrito -una *relación detallada*- donde se especifique la autoridad de procedencia del documento, su naturaleza, el nombre y condición de las partes y el nombre y dirección del destinatario. En lo que a requisitos de traducción respecta, el convenio parece plantear una alternativa: o la relación detallada, o los documentos y sus adjuntos, deberán redactarse en el idioma del Estado requerido, o irán acompañados de una traducción en dicho idioma o en francés. Además, cabe la posibilidad del que el Estado requirente solicite al Estado requerido que la notificación se lleve a cabo en la forma especial establecida por la legislación del último para notificar documentos análogos, siempre que los documentos objeto de notificación (y sus adjuntos) se redacten en el idioma del Estado requerido o se acompañen de su traducción en tal idioma o en lengua francesa.

70. Por último, en lo que al Derecho doméstico respecta, este sólo se aplicará en ausencia de tratados internacionales y normas comunitarias. Su punto de partida es la brevísima regulación prevista en los arts. 276-278 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial («LOPJ»), desarrollada en la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil («LCJI»), uno de cuyos principios es la tutela judicial internacionalmente efectiva, que la norma busca garantizar⁵¹. En lo que respecta a las notificaciones, el art. 21 LCJI señala que estas podrán realizarse a través de las autoridades centrales designadas, directamente entre las autoridades competentes o, si la legislación del Estado de destino no se opone, directamente al destinatario por correo postal certificado o equivalente, siempre que el medio permita dejar constancia de su recepción. Por su lado, el art. 25 es claro al señalar que, sin perjuicio de lo que pueda disponer la Ley del Estado de destino, los documentos objeto de notificación o traslado al extranjero deberán acompañarse de una traducción a la lengua oficial del Estado de destino o a una lengua que el destinatario entienda. Cuando la notificación deba realizarse en España, los documentos deberán ir acompañados de una traducción al español o, en su caso, a la lengua oficial propia de la Comunidad Autónoma de que se trate, o a una lengua que el destinatario entienda.

IV. Efectos de la patológica notificación de la Demanda en Suiza: notificación por medios postales de documentos carentes de traducción

71. Como hemos adelantado, la patología denunciada por el Empresario en relación con la notificación de la Demanda en Suiza fue doble: en primer lugar, la notificación se realizó por vía postal en contra de la reserva expresamente hecha por Suiza. Adicionalmente, la Demanda se notificó únicamente

⁵¹ Art. 3.3 LCJI. Vid. también apartados II y III de su Exposición de Motivos.

en castellano, sin una copia traducida al alemán, idioma de la Autoridad Central designada por Suiza en Schaffhausen (*Obergericht des Kantons Schaffhausen*).

72. No fue posible -ya lo hemos señalado- conocer el resultado de la denuncia al respecto planteada por el Demandado, que se articuló a través de una solicitud de nulidad de actuaciones. ¿Debería haber sido estimada si el Juzgado se hubiera tenido competencia judicial internacional? Si la respuesta fuera positiva, ¿qué efectos deberían haberse seguido de su estimación?

73. Para responder a estas preguntas, el punto de partida será el marco normativo descrito, a la vista de las declaraciones y reservas hechas por Suiza al Convenio de La Haya. Además, la búsqueda de una respuesta a estas cuestiones suscitan otras, de carácter más amplio, sobre la interpretación que debe hacerse del Convenio de La Haya. En particular, ¿es exigible con carácter general la traducción de documentos objeto de notificación? Esta cuestión también será abordará, en el siguiente apartado, al plantear la solución al caso propuesto.

1. Necesidad de traducción de los documentos notificados por vía postal bajo el Convenio de La Haya en Suiza

74. En mi opinión, existen argumentos para sostener que la notificación postal del emplazamiento únicamente en castellano podría haber vulnerado las garantías de defensa del Empresario. La premisa necesaria es que, para que el emplazamiento se hubiera podido considerar correctamente realizado, la notificación debería haberse acompañado de la pertinente traducción de la demanda al alemán.

75. En el caso de autos, se da la siguiente paradoja: Suiza no acepta que, bajo el Convenio de La Haya, la notificación de documentos se realice por los medios alternativos de los arts. 8 y 10. En consecuencia, el único método aceptado de notificaciones es el general mediante Autoridades Centrales, a través de los cauces del art. 5.1. Convenio de La Haya. Dada la reserva hecha por Suiza al respecto, este método exige que el documento deba redactarse o acompañarse de una traducción al alemán, francés o italiano, según el cantón de destino, salvo que el destinatario lo acepte voluntariamente. Es decir, que la única forma válida de notificación habría requerido, en todo caso, la traducción del documento al alemán, lengua oficial en Schaffhausen.

76. El emplazamiento es por tanto patológico desde su raíz: nunca podría haberse realizado por vía postal. Debería haberse notificado a través de Autoridades Centrales (el *Obergericht des Kantons Schaffhausen*), junto con las pertinentes traducciones. Si diseccionamos la patología y separamos los defectos, es razonable argumentar que, en todo caso, la notificación por la vía postal habría requerido que se acompañase una traducción de los documentos al alemán, dado que las reservas hechas por Suiza exigen que tales traducciones se aporten para su notificación a través del único canal válido. Es decir, son un requisito para su notificación, excepción hecha de que el destinatario decida aceptar los documentos sin traducir. La patología original del emplazamiento, dado el medio postal utilizado, no habría excusado la ausencia de traducciones. Los efectos de ambos defectos se analizarán en el siguiente apartado.

77. De cualquier manera, el caso de Suiza arroja pocas dudas a la luz de dichas reservas. Ahora bien, en ausencia de tales, cuando la notificación se realiza por vía postal, ¿es posible exigir traducciones de los documentos objeto de notificación para entender que esta se realiza de manera válida, salvo que el destinatario la acepte voluntariamente?

78. Una interpretación gramatical y sistemática de la norma nos llevaría a concluir que no: el art. 5.3 Convenio de La Haya es muy claro al señalar que «la Autoridad Central podrá solicitar que el documento sea redactado o traducido a la lengua o a una de las lenguas oficiales de su país», sólo cuando la notificación se realice *formalmente* a través del art. 5.1 Convenio de La Haya. La literalidad del art. 5

no parece extender que la traducción pueda ser requerida en supuestos distintos a la notificación formal a través de autoridades centrales⁵². Nada en la redacción de la norma permite extender tal disposición a la notificación postal prevista en el art. 10.a Convenio de La Haya, que nada señala al respecto de la necesidad de traducir documento alguno⁵³.

79. En contraposición, la exégesis teleológica de la norma, en mi opinión, conduce a que la traducción de los documentos deba acompañarse en todo caso, en ausencia de lo cual el destinatario debería entenderse facultado para rechazar válidamente la notificación.

80. En materia de notificaciones, el TJUE ha reiterado que la regulación de la notificación de documentos judiciales está vinculada a las exigencias de un proceso equitativo del art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y del art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales y de las Libertades Fundamentales. En concreto ha señalado que la regulación al respecto no se debe limitar a garantizar la recepción de la notificación, sino que es preciso procurar que el destinatario pueda «conocer y comprender de forma efectiva y completa el sentido y alcance de la acción ejercitada contra él de manera que pueda ejercer eficazmente sus derechos»⁵⁴.

81. Si la notificación postal, por ejemplo, de una demanda, no se acompaña con las pertinentes traducciones que permitan su comprensión por el destinatario, sólo estaría cumpliéndose con la finalidad comunicativa o traslativa: la notificación se habrá realizado de manera efectiva, pero no habrá garantizado su comprensión por el destinatario. Así, podría incluso mantenerse que la notificación pierde efecto útil hasta reducirse a un mero formalismo realizado al abrigo de su finalidad última: que el destinatario pueda comprender y responder a su contenido⁵⁵.

82. Si el documento se transmite sin traducción y por vía postal existe el riesgo nada desdeñable de que el destinatario no sea capaz de comprender el documento que ha recibido: ni su naturaleza y efectos, ni las acciones que debe emprender para garantizar su eventual defensa. Tanto es así que la propia Conferencia de La Haya en su 14º Periodo de Sesiones en 1980 consideró que, cuando la notificación no se realizaba a través de autoridades centrales, la ausencia de traducción podía generar problemas al destinatario para entender la naturaleza de los documentos notificados y comprometer sus posibilidades

⁵² Esta posición podría incluso responder a la interpretación auténtica original del Convenio de La Haya. Al respecto de los requisitos de traducción cuando la notificación se hace por vía postal, el Secretariado ha señalado que «[t]he opening words of Article 5 clearly reflect that this provision addresses the main channel of transmission only [...]. Thus, a grammatical and systematic interpretation of Article 5 leads to the conclusion that a translation of the document to be served, and a fortiori of its attachments, is not required for service through postal channels» (PERMANENT BUREAU OF THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW: «Practical Handbook on the Operation of the Hague Service Convention», Wilson & Lefleur Ltée, Quebec, 2006, p. 80).

⁵³ Tampoco aquí abunda la jurisprudencia doméstica, pero podemos señalar un ejemplo de esta postura a la luz del Reglamento 2000, que tampoco hacía extensible el requisito de traducción a otras formas de notificación de aquellas en las que intervinieran organismos emisores y receptores, en el AAP Palmas de Gran Canaria (Sec. 5) núm. 42/2009, de 30 de marzo de 2009 (ECLI:ES:APGC:2009:603A), la AP concluyó que «sólo si la notificación se realiza entre órganos oficiales de los dos países (*sic*) (art. 8), el Reglamento prevé que el destinatario pueda negarse a recibir el documento si no está en una de las lenguas previstas en el citado art. 8; en cambio, si la forma elegida es la notificación por correo, como sucede en el presente caso., no se contempla esa posibilidad. En efecto, el art. 14 del Reglamento, relativo a la notificación por correo, no reconoce al destinatario la facultad de negarse a la recepción en ese caso».

⁵⁴ STJUE (Sala Primera) de 16 de septiembre de 2015, dictada en el asunto *Alpha Bank Cyprus* (C-519/13), ¶¶31 y 32. En el mismo sentido, STJUE (Sala Décima) de 2 de marzo de 2017, en el asunto *Henderson* (C-354/15), ¶¶51 y 52. Ambas dictadas al amparo del Reglamento 2007, donde la garantía de tales Derechos está precisamente vinculada a la facultad del destinatario de negarse a aceptar una notificación.

⁵⁵ MUÑOZ FERNÁNDEZ da cuenta de algunos de los problemas que genera la no aportación de traducciones en relación con el *due process*, cuando las notificaciones de documentos judiciales a Estados Unidos se realizan por vías informales al margen de las Autoridades Centrales. En sus palabras, «en algunas ocasiones en que el demandado ha impugnado la falta de traducción, los tribunales han decidido que dicha notificación no es suficiente para dar noticia al demandado sobre el procedimiento iniciado y para darle oportunidad de defenderse, y por lo tanto las sentencias no se han reconocido por vulnerar el *due process*» (A. MUÑOZ FERNÁNDEZ: «Actos de notificación de tribunales españoles dirigidos a litigantes estadounidenses en procesos civiles y mercantiles», Cuadernos de Derecho Transnacional, 2009, Vol. 1, núm. 2, p. 350).

de actuación. Detectado este problema, la sugerencia de la Conferencia fue sugerir que, junto al formulario del art. 5 Convenio de La Haya, se enviase determinada información estandarizada en relación con la naturaleza del documento objeto de notificación y las posibilidades de acción del destinatario, y ello con independencia del medio de notificación seguido, lo que incluye el correo postal⁵⁶.

83. Si la traducción se exige *-rectius*, existe facultad de exigirla- únicamente cuando intervienen Autoridades Centrales, con mayor motivo ha de exigirse si no lo hacen, porque desaparece el filtro de control que aquellas pueden ejercer. Esta conclusión se ve reforzada, en mi opinión, interpretando la norma a la luz del marco del sistema jurídico internacional vigente⁵⁷. Como hemos visto, la normativa comunitaria en materia de notificaciones ha evolucionado hasta explicitar que la ausencia de traducciones a las lenguas relevantes faculta al destinatario al rechazo de la notificación, con independencia del método de traslado empleado⁵⁸.

2. Indefensión y vulneración de los derechos de defensa del Demandado: posibilidad y efectos

84. La primera pregunta que el supuesto objeto de análisis suscita es si la notificación hecha por vía postal en Suiza, aisladamente, puede dar lugar a la nulidad del emplazamiento. Entre los argumentos a favor destaca que en Suiza los actos de comunicación de documentos judiciales constituyen un acto de soberanía *stricto sensu*, reservado a las autoridades competentes. La notificación de documentos judiciales por vía postal podría llegar a entenderse como una violación de la soberanía nacional e, incluso, llegado el caso podría constituir un delito, lo que podría afectar al eventual reconocimiento y ejecución de la resolución resultante⁵⁹.

⁵⁶ BUREAU PERMANENT DE LA CONFÉRENCE: «Actes et documents de la Quatorzième session 6 au 25 octobre 1980», Tomo IV, Imprimerie Nationale, La Haya, 1983, p. 299: «[t]he conventions which provide for service through a central or judicial authority allow States to require a translation of the document if it is not written in the language of the recipient. Such a requirement may not be imposed where service is allowed through the post. Even if a translation is required by the law of the State of receipt this may not be necessary under the law of the State of origin whose code of civil procedure, or rules as to service, may well allow service of a particular document by post even if the intended recipient is abroad. The problem for the recipient is to understand the nature of the document he receives, the consequences of any action he might, or might not, take upon receipt of it and, perhaps most importantly, what the document requires him to do. / For the reasons given above, it is desirable that any document of a judicial or quasi-judicial nature in relation to a civil or commercial matter sent or served abroad should be accompanied by a notice containing certain information which would help the recipient in understanding the nature of the document and what action he can take in connection with it. The major use of the notice would be when service is effected by post but generally the information contained in the document itself should be sufficient to enable the recipient (or his adviser) to understand what he may do to protect his rights or interests».

⁵⁷ Que es un criterio de interpretación válido al amparo del art. 31.3(C) de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, de 1969. Es, de hecho un criterio hermenéutico deseable «para ser uno de los medios para mitigar los efectos de la fragmentación del derecho internacional-señala ROJAS AMANDI-, ya que la interpretación de tratados puede, sobre la base de esta regla, transgredir las fronteras de sus regímenes especializados» (V. ROJAS AMANDI: «Los métodos de Interpretación de los tratados», Anales De La Facultad De Ciencias Jurídicas Y Sociales De La Universidad Nacional De La Plata, 2019, núm. 52, p. 302).

⁵⁸ *Vid.* lo que se ha expuesto antes al respecto del art. 8.4 Reglamento 2007 y art. 12.6 Reglamento 2020, que extiende a los medios no institucionales de notificación la facultad de rechazar la notificación cuando no existe una traducción de los documentos a las lenguas relevantes. Al respecto, puede verse la STJUE (Sala Décima) de 2 de marzo de 2017, en el asunto *Henderson* (C-354/15), ¶¶53-63. La normativa doméstica también parece encaminada en esta dirección. El art. 25 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, dispone que «1. Sin perjuicio de lo que pueda exigir la ley del Estado de destino, los documentos objeto de notificación o traslado al extranjero deberán acompañarse de una traducción a la lengua oficial del Estado de destino o a una lengua que el destinatario entienda. / 2. Si la comunicación proviene de autoridades extranjeras y se dirige a un destinatario en España, los documentos deberán ir acompañados de una traducción al español o, en su caso, a la lengua oficial propia de la Comunidad Autónoma de que se trate, o a una lengua que el destinatario entienda en los términos establecidos en el apartado anterior».

⁵⁹ PRIVATE INTERNATIONAL LAW UNIT OF THE FEDERAL OFFICE OF JUSTICE (SUIZA): «International Judicial Assistance in Civil Matters», 20213, p. 9, donde Podemos leer que «[w]ith regard to Article 10 of the Hague Service Convention, Switzerland declares its opposition to direct service abroad by postal channels as provided for in letters a), b) and c) of that Article. Nevertheless, it sometimes happens that documents are sent directly from abroad to parties' resident in Switzerland. This occurs primarily from countries with common law legal systems, in which the service of documents is the responsibility of the parties and not of the authorities. In other words, and contrary to the Swiss view, such a procedure is not necessarily considered an official act in

85. En clave doméstica, para que tal defecto pudiera invalidar un acto de notificación, sería necesario que hubiera podido producir una indefensión material. Así, podría alegarse como argumento que tal indefensión se ha descartado cuando el demandado ha tenido posibilidad real de conocer la existencia del proceso en que está inmerso⁶⁰. Este argumento podría perder virtualidad en un caso como el suizo, donde no sólo existe una reserva sobre cualquier medio de notificación distinto al de autoridades centrales, sino que existe una reserva idiomática que exige que las notificaciones se lleven a cabo a través de aquellas, siempre con una traducción al alemán, francés o italiano, según corresponda, para poder realizar la notificación en ausencia de una aceptación voluntaria. La ausencia de traducciones sería una rémora para que el destinatario pudiera tener un conocimiento real del proceso relativo al documento notificado por vía postal. Con todo, no parece posible dar una solución generalizada en estos casos. La eventual indefensión ocasionada por la notificación a través de un método no aceptado por el Estado de destino dependerá de las circunstancias de aquella y, aparentemente, de las posibilidades reales que haya podido tener de conocer el proceso (*rectius*, el fondo de aquel y las acciones que se ejercitan, a fin de poder garantizar su derecho de defensa).

86. Esta cuestión hila de manera directa con la siguiente: ¿puede la ausencia de traducciones generar indefensión y dar lugar a una nulidad de actuaciones cuando la remisión se ha hecho por vía postal -con independencia de su validez- bajo el art. 10 Convenio de La Haya?

87. Hemos visto que la teleología de las normas de cooperación judicial persigue agilizar la transmisión de documentos entre estados, pero no a costa de los derechos de defensa de sus destinatarios⁶¹. Existen en mi opinión, con carácter general, razones para mantener que la aportación de traducciones es un requisito indirecto bajo el Convenio de La Haya. En el caso de Suiza, la reserva idiomática exige que la notificación del documento se haga con la pertinente traducción para poder entender que esta se ha realizado oficialmente.

88. ¿Cuáles deben ser las consecuencias en caso de que tales traducciones no se aporten? En contraposición al sistema de los Reglamentos 2007 y 2020, su no aportación no faculta al destinatario para rechazar la notificación. Una solución razonable, por tanto, podría pasar por que, si el traslado se hace por vía postal sin aportar traducciones, la notificación no se entienda válidamente realizada a los efectos de los arts. 16 y 17 Convenio de La Haya.

89. Pero si se ha realizado efectivamente dicha notificación y, siguiendo los cauces de estos dos últimos artículos, el procedimiento ha continuado, ¿podría el demandado instar una ulterior nulidad de actuaciones?

those countries. The recipient of documents served in this way can notify the matter to the Federal Department of Foreign Affairs (FDFA). If Swiss sovereignty is violated, the FDFA will instruct the relevant Swiss Embassy to intervene with the originating authorities and explain that this method of service is punishable under Article 271 of the Swiss Penal Code. 11, 12 It should, however, be noted that the inadmissibility of direct service by mail in Switzerland does not automatically invalidate the service of the document as part of the foreign proceedings. It may, however, have repercussions with regard to whether the judgment will be recognised. 13 At any rate, the FDFA regularly gives notice that errors in the service of documents can under Swiss law result in the non-execution of foreign civil judgments (see II.F.3, p. 17). Occasionally, service is effected again by means of judicial assistance».

⁶⁰ La jurisprudencia no es abundante a este respecto. SAP Madrid (Sec. 28ª) núm. 42/2021, de 29 de enero (AC 2021\631) descarta que exista indefensión en la notificación postal de una declaración de rebeldía notificada en Turquía, cuando este país ha declarado oponerse al amparo del Convenio de La Haya a esta forma de comunicación. La declaración de rebeldía se envió traducida al turco, pero mediante correo certificado. En lo que respecta al uso de medios expresamente rechazados por el país de destino, la AP consideró que se trata de un defecto formal que no justifica la declaración de nulidad de actuaciones. Para que tal fuera el caso, además de tal deficiencia, sería necesario que se hubiera podido causar indefensión al interesado. El juzgador descarta que tal indefensión exista porque el emplazamiento se había realizado por el cauce adecuado y se le había notificado igualmente la declaración de rebeldía, de manera que el demandado tenía un conocimiento de la existencia del proceso obtenido por los medios adecuados.

⁶¹ Sostienen esta opinión en relación con el Reglamento 2020 CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ: «Tratado de Derecho Internacional Privado», Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 1142.

90. Encontramos un ejemplo de lo anterior en la SAP Madrid de 29 de enero de 2021⁶². En este supuesto, entre otros motivos de indefensión, se denunció que una sentencia dictada por dicha AP se notificó en Turquía mediante correo certificado, partiendo de que Turquía, como Suiza, tiene expresada una declaración de reserva al art. 10 del Convenio de La Haya⁶³. La sentencia en cuestión se notificó en su original en español, sin aportar la pertinente traducción al turco. Tales hechos fueron denunciados ante la AP, que concluyó que «pudo ocasionarse efectiva indefensión al litigante extranjero, que podría haber tenido problemas para el entendimiento del único documento, de gran relevancia, que entonces se le remitió. Porque dada la enorme distancia que desde punto de vista léxico y gramatical media entre las leguas turcas y española, el destinatario del documento sin traducción pudo no identificar, siquiera, lo recibido, como una sentencia judicial. Por lo tanto, no solo existió una mera irregularidad formal en este caso, sino una deficiencia con trascendencia para el derecho de defensa de la parte demandada».

91. La misma lógica podría haber sido aplicada a la denuncia del Empresario: aunque es posible que el alemán guarde menores distancia que el turco con respecto al español, entre ambos idiomas existen grandes diferencias, de manera que sin una traducción sería muy complicado que el Demandado pudiera conocer las acciones que estaban ejercitándose frente a él y preparar debidamente su defensa ante los tribunales españoles. Aplicando dicha lógica a nuestro caso, lo razonable habría sido que el Juzgado acordara la nulidad del acto de emplazamiento, de manera que fuera posible subsanar la falta de traducción de la Demanda, reiniciándose el cómputo del plazo para su contestación desde el momento en que dicha traducción fuera entregada.

92. Idea, esta última, que en nuestro caso se ve reforzada desde la perspectiva de los Derechos Fundamentales: el emplazamiento en la forma legalmente prevista se subsume en el derecho a la tutela judicial efectiva. Las garantías procesales del art. 24 CE «incluyen -señala el TC- no sólo el derecho de acceso a la justicia, sino también, como es obvio, el de hacerse oír por ésta y por tanto, el de ser emplazados en la forma legalmente prevista para comparecer en aquellas actuaciones judiciales cuya finalidad es precisamente la de dar a las partes la ocasión de hacerse oír, de exponer cuanto convenga a la defensa de sus derechos e intereses legítimos»⁶⁴.

V. Conclusiones

93. Hay en mi opinión razones suficientes para considerar que, de haberse acordado la competencia judicial internacional del Juzgado que conocía el asunto, la nulidad de actuaciones planteada debería haberse estimado. La notificación postal directa está expresamente rechazada como método de traslado de documentos judiciales en Suiza. Además, la única forma válida de notificación en este país exigía que los documentos hubieran venido acompañados por su pertinente traducción al alemán, idioma oficial en el cantón de Schaffhausen. La falta de traducción no podría justificarse en que el método de notificación empleado no exige tal requisito, toda vez que dicho método es también inválido.

94. El método de notificación empleado supone una contravención patente de la declaración hecha por Suiza al respecto del art. 10 Convenio de La Haya. Sin embargo, como hemos visto, es cuestionable que tal hecho, aisladamente, tenga materialidad bastante para generar indefensión. No se puede decir lo mismo de la falta de traducciones, que en mi opinión deben entenderse como un requisito expre-

⁶² SAP Madrid (Sec. 28ª) núm. 42/2021, de 29 de enero (AC 2021\631).

⁶³ El demandado había permanecido en rebeldía durante la tramitación de la primera instancia, a pesar de que la sentencia señala que consta acreditado que aquel recibió la demanda con su traducción al turco, sin que la Autoridad Central turca advirtiera defecto alguno en el emplazamiento del demandado.

⁶⁴ STC núm. 110/1988, de 8 de junio (RTC 1988\110). En el mismo sentido se pronuncia la STC núm. 39/1987, de 3 de abril (RTC 1987\39), que además enfatiza que el Juzgado habrá de hacer lo posible para asegurar la efectividad real de la notificación cuando esta hace posible la comparecencia del destinatario y la defensa contradictoria de las pretensiones, como sucede con el emplazamiento.

so a la luz de las declaraciones hechas por Suiza al respecto del art. 5 Convenio de La Haya. En concreto, la ausencia de traducciones del escrito de demanda supone una patología con virtualidad suficiente para generar indefensión: la finalidad de la notificación internacional como acto procesal no es simplemente trasladar el documento a su destinatario, sino que este no pueda ignorar su contenido y efectos, lo que requiere que sea capaz de comprender y entender la acción subyacente, para garantizar su defensa. La redacción únicamente en castellano de la Demanda, del decreto de admisión o de la cédula de emplazamiento impidieron de manera efectiva conocer las acciones ejercitadas frente al Empresario, la posición del Demandante al respecto de los hechos que las fundan y las obligaciones y cargas procesales para con el Demandado que son consecuencia del inicio de un procedimiento civil ante los Tribunales españoles.

95. Además, de manera sintética, cabe concluir señalando que la interpretación del Convenio de La Haya no debe realizarse manera aislada. Las herramientas análogas, principalmente las de origen comunitario, han evolucionado considerablemente en paralelo a aquel. A la espera de un nuevo convenio en materia de notificaciones, es posible encontrar en dichas herramientas comunitarias claves hermenéuticas para adaptar la interpretación del Convenio de La Haya a las dinámicas y sensibilidades contemporáneas, distintas a las que existían al momento de su aprobación.

96. En particular, una interpretación literal del art. 5 del Convenio de La Haya, que excluya la posibilidad de requerir (indirectamente) la traducción de los documentos objeto de notificación, iría en contra de la teleología de las normas reguladoras de la cooperación judicial en sede de notificación de documentos. La agilidad de estas comunicaciones no debe operar a costa de las garantías procesales de sus destinatarios.

97. Una regulación que proteja únicamente el acto de notificación en su vertiente formal (*i.e.*, la puesta a disposición del documento en sí misma considerada), o una interpretación de aquella que tienda a tal fin, sería deficiente. Dicha regulación -y su interpretación- deben garantizar no sólo la entrega del documento, sino que el destinatario tenga la oportunidad real de conocer y comprender su contenido. Una interpretación en sentido contrario comprometería los derechos de defensa del destinatario de la notificación.

98. La notificación realizada por vía postal, directamente al destinatario, sin incluir las traducciones pertinentes, es capaz de generar indefensión al impedir que aquel pueda conocer las acciones que se están ejercitando frente a él y poder determinar su mejor defensa. El cauce más adecuado para denunciar tales patologías parece ser, internamente, la nulidad de actuaciones, sin perjuicio de poder poner tales hechos de manifiesto en ulteriores recursos e instancias.

A vueltas con los conocimientos de embarque y la competencia judicial internacional. Algunas observaciones sobre la cuestión en torno al auto de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 93/2019, de 5 de julio (Secc. 28^a)

Not again Bill of Lading and international jurisdiction. Some observations on the issue around ruling no. 93/2019, July 5th, of the Provincial High Court of Madrid (Section no. 28)

FRANCISCO DE BORJA LANGELAAN OSSET
Departamento de Derecho Procesal y Derecho Penal
Universidad Complutense de Madrid
Contract Risk Manager (deugro group)
Abogado

Aceptado: 31.03.2023 / Recibido: 15.05.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.8103

Resumen: La cláusula de jurisdicción inserta en el conocimiento de embarque constituye uno de los mayores problemas actuales del Derecho Marítimo y del Derecho Procesal Civil Internacional. La Audiencia Provincial de Madrid, partiendo de la prevalencia del Reglamento (UE) 1215/2012 otorga validez a la cláusula en cuestión, pero acude a la cita literal de una resolución ya antigua. El presente trabajo busca realizar la necesaria actualización del caso para comprender la cuestión desde el punto de vista normativo, jurisprudencial y argumental. Asimismo, se analiza si la cláusula y la proposición de declinatoria constituyen fraude de ley, abuso de derecho o circunstancias similares. Por último, se reflexiona sobre la imperatividad o disponibilidad del art. 468 de la Ley de Navegación Marítima. Más allá del mero comentario a una resolución judicial, el trabajo reflexiona sobre otras cuestiones relevantes.

Palabras clave: cláusula de jurisdicción, conocimiento de embarque, Reglamento 1215/2012, fraude de ley, abuso de derecho.

Abstract: The jurisdiction clause inserted in the Bill of Lading constitutes one of the biggest current issues of Maritime Law and International Civil Procedural Law. The Provincial High Court of Madrid, pursuant to the prevalence of Regulation (EU) 1215/2012, grants validity to the clause in question, but resorts to the literal quotation of an already old ruling. The present paper seeks to carry out the necessary update of the case to understand the issue from the normative, jurisprudential and argumentative point of view. Likewise, it is analyzed if the clause of jurisdiction and the plea of jurisdiction constitute abuse in law, abuse in rights, or similar issues. Finally, considerations on the imperativeness or availability of art. 468 of the Spanish Maritime Act are made. Beyond the mere comment on a judicial decision, the paper also aims to reflect on other relevant issues.

Al Prof. Dr. D. Jesús María González García, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Complutense de Madrid, y a la Prof^a. Dra. Dña. Carmen Otero García-Castrillón, Catedrática de Derecho Internacional Privado de la Universidad Complutense de Madrid, por su apoyo en Sevilla y en Madrid, respectivamente.

Keywords: jurisdiction clause, Bill of Lading, Regulation (EU) 1215/2012, abuse in law, abuse in rights.

Sumario: I. Introducción. II. Breve referencia al supuesto de hecho. III. Actualización de la determinación de la jurisdicción internacional. 1. Derecho derivado de la Unión Europea: el Convenio de Bruselas de 1968 y los Reglamentos posteriores. 2. Derecho español de origen interno (procesal y sustantivo). A) Normas de Derecho Procesal General: la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de Enjuiciamiento Civil. B) Normas de Derecho sustantivo: la Ley de Navegación Marítima. IV. La cláusula de jurisdicción internacional litigiosa. 1. Consideraciones generales, estructura interna y contenido. 2. Ausencia de abuso de derecho y otras circunstancias similares. V. El artículo 468 LENMAR: ¿Norma imperativa o dispositiva? VI. El uso que las partes conocen o deben conocer. 1. Actividad probatoria del porteador en relación con el art. 25.1.c) RBI bis. A) Prueba documental: los documentos privados. B) El interrogatorio de las partes y la prueba pericial. 2. El conocimiento del uso y la prueba de dicho conocimiento. A) Objeto social de la empresa y cifra o volumen de negocio. B) Deber de diligencia debida. C) Habitualidad en la contratación de transportes. 3. Consideraciones finales sobre el uso. VII. Análisis de las cláusulas de jurisdicción de los siete porteadores más relevantes. 1. Consideraciones generales. 2. Regla general y regla especial para designar la jurisdicción y la ley aplicable. 3. Regla residual para designar la jurisdicción y la ley aplicable. VIII. Conclusiones.

I. Introducción

1. Las cláusulas de jurisdicción incluidas en los conocimientos de embarque¹ constituyen una de las cuestiones que más litigiosidad plantean actualmente² por diferentes motivos³, siendo el fundamental la oponibilidad frente al tercero tenedor del conocimiento de embarque⁴. Éste surgirá cuando el documento se transmita a un sujeto distinto del cargador de las mercancías, que es quien celebra el contrato de transporte con el porteador. Sin embargo, siendo este un caso muy frecuente en la práctica, no fue el que se dio en la resolución objeto de estudio⁵, pues el litigio se planteó entre las partes originarias del contrato (*i.e.* cargador y porteador). Tanto la vinculación por el cargador (*i.e.* Frigoríficos Costa Brava S.A.) como por su aseguradora (*i.e.* Zurich Insurance PCL Sucursal en España) en relación con la cláusula de jurisdicción no plantea mayores problemas a los efectos de esta resolución. Así, se entiende que el cargador se encuentra vinculado por la cláusula con base en el art. 25.1.c) del Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en adelante RBI bis)⁶, al constituir su inclusión en el contrato un uso del comercio internacional, así como por

¹ En profundidad sobre el conocimiento de embarque, *vid.*, L. FONTESTAD PORTALÉS, *Conocimiento de embarque como título ejecutivo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007.

² J. DEL CORTE LÓPEZ, “Especialidades procesales en la Ley de Navegación Marítima: especial referencia a las cláusulas de jurisdicción incluidas en los conocimientos de embarque”, en A. EMPARANZA SOBEJANO / J. M. MARTÍN OSANTE (Dirs.), *Ley de Navegación Marítima: balance de su aplicación práctica*, Madrid, Marcial Pons, 2019, p. 689.

³ Sobre los motivos problemáticos, tanto de Derecho Procesal como de Derecho sustantivo, *vid.*, F. B. LANGELAAN OSSET, “Consideraciones normativas sobre las cláusulas de jurisdicción insertas en conocimientos de embarque a la luz de la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 39, 2019, pp. 408-437.

⁴ Sobre la oponibilidad frente a terceros, *vid.*, F. B. LANGELAAN OSSET, “Estudio jurisprudencial sobre el régimen jurídico-procesal de las cláusulas de jurisdicción insertas en conocimientos de embarque: situación actual y futuro proyectado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 1, 2019, pp. 434-435; y T. FERNÁNDEZ-QUIRÓS, “Oponibilidad frente a terceros de las cláusulas de jurisdicción en los conocimientos de embarque”, en Vv. AA., *Comentarios a la Ley de Navegación Marítima*, Madrid, Dykinson, 2015, pp. 429-440.

⁵ Un comentario específico a la resolución objeto de estudio puede encontrarse en: N. MAGALLÓN ELOSEGUI, “Los acuerdos atributivos de jurisdicción a favor de un tribunal extranjero incluidos en un conocimiento de embarque: los usos y la libertad contractual en el sector marítimo. Comentario al Auto de 5 de julio de 2019 de la AAP de Madrid (Sección 28)”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 1, 2020, pp. 619-626.

⁶ DOUE núm. L 351, de 20 de diciembre de 2012. Ampliamente sobre el precepto, *vid.*, A. RODRÍGUEZ BENOT, “Artículo 25 (Próroga de la competencia)”, en P. BLANCO-MORALES LIMONES / F. F. GARAU SOBRINO / M^a. LORENZO GUILLÉN / F. J. MONTERO MURIEL (Coords.), *Comentario al Reglamento (UE) n° 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil Reglamento Bruselas I refundido*, Cizur Menor, Aranzadi,

la amplia experiencia comercial e internacional que aquél tenía, pudiendo presumir su consentimiento en relación con aquélla.

2. En relación con lo ahora señalado, el AAP de Madrid núm. 93/2019, de 5 de julio, FJ. 3º señaló que *[el cargador] es una empresa con más de 45 años de experiencia en la elaboración de carne de porcino que produce más de 225.000.000 kgs/año y que destina más del 75 % de dicha producción a la exportación llegando con regularidad a más de 42 países de Asia, África, América y Europa [...]*. Por su parte, el art. 25.1.c) RBI bis permite los acuerdos de atribución de competencia celebrados en el comercio internacional en una forma conforme a los usos que las partes conocen o deban conocer y que sean ampliamente conocidos y regularmente observados por aquéllas en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado.

3. Los contratos del mismo tipo y el sector comercial considerado al que está haciendo referencia el precepto son el contrato de transporte marítimo internacional de mercancías bajo conocimiento de embarque y el transporte marítimo internacional de mercancías, respectivamente. En cuanto al uso, éste consiste en la inclusión sistemática en el mencionado contrato de cláusulas de jurisdicción internacional, normalmente referidas a los tribunales de Londres. Consecuentemente, resulta más que razonable presumir el consentimiento *en un cargador que recibe el documento en el mismo momento en que entrega la carga para su transporte sin mostrar la menor contrariedad [...]* (AAP de Madrid núm. 93/2019, de 5 de julio, FJ. 3º) y cuya amplísima experiencia, de más de cuatro décadas, no le puede hacer ignorante de la inveterada práctica del sector del transporte marítimo internacional de mercancías consistente en la inclusión en el contrato de cláusulas de jurisdicción.

4. También es de señalar en relación con la vinculación de la aseguradora, que aquélla no encuentra su base jurídica en los arts. 780 del Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio (en adelante CdC)⁷; y 43 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro⁸, sino que ahora debemos sustituir la referencia normativa al CdC por el art. 437.5 de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima (en adelante LENMAR)⁹. Finalmente, se descarta la aplicabilidad tanto de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en adelante LCGC)¹⁰ como del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias¹¹, pues, si bien la cláusula de jurisdicción es una condición general de la contratación al responder a los caracteres propios de ésta¹², no le resulta de aplicación las normas mencionadas, así como por el hecho de que el cargador no ostenta la condición de consumidor y usuario en el sentido técnico-jurídico reconocido por su normativa específica¹³.

2016, pp. 545-578; y A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Capítulo VIII. El foro de la sumisión expresa”, en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIRS.), *Litigación internacional en la Unión Europea I. Competencia judicial y validez de resoluciones en materia civil y mercantil en la Unión Europea. Comentario al Reglamento Bruselas I Bis*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017, pp. 221-264.

⁷ BOE núm. 289, de 16 de octubre de 1885. Referencia: BOE-A-1885-6627.

⁸ BOE núm. 250, de 17 de octubre de 1980. Referencia: BOE-A-1980-22501.

⁹ BOE núm. 180, de 25 de julio de 2014. Referencia: BOE-A-2014-7877. El Libro III del CdC, donde se ubica sistemáticamente el art. 780 CdC, fue derogado por la Disposición derogatoria única, letra c), de la LENMAR. Sobre la subrogación legal de la aseguradora, *vid.*, M^a. R. ISERN SALVAT, “Capítulo 40. La subrogación del asegurador en la Ley de Navegación Marítima”, en J. L. GARCÍA-PITA Y LASTRES / M^a. R. QUINTÁNS EIRAS / A. DÍAZ DE LA ROSA (DIRS.), *El Derecho Marítimo de los nuevos tiempos*, Cizur Menor, Civitas, 2018, pp. 1095-1121.

¹⁰ BOE núm. 89, de 14 de abril de 1998. Referencia: BOE-A-1998-8789.

¹¹ BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007. Referencia: BOE-A-2007-20555.

¹² La cláusula de jurisdicción inserta en el conocimiento de embarque reúne los caracteres propios de las condiciones generales de la contratación, es decir, contractualidad, predisposición, imposición y generalidad. En este sentido, *vid.*, F. B. LANGELAAN OSSET, “La cláusula de jurisdicción inserta en conocimientos de embarque: dimensiones contractual y procesal”, *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Alcalá)*, núm. 11, 2018, pp. 183-187.

¹³ Sobre la inaplicabilidad de estas normas, *vid.*, F. B. LANGELAAN OSSET, “Consideraciones normativas...”, *cit.*, pp. 173-182. Por otro lado, los consumidores y usuarios tienen problemas específicos que no se dan en los casos como los que venimos

5. Además, la aseguradora invocó el tamaño del cargador asegurado, así como la dificultad de éste para litigar en el extranjero¹⁴, lo cual fue rechazado de plano al carecer de sentido la alegación. El argumento de la Audiencia es que *quien acciona en el presente litigio no es dicha mercantil sino la sucursal en España de una entidad multinacional del ramo del seguro*, que poca o ninguna dificultad tiene para litigar en el extranjero. También resulta irrelevante tanto el tamaño como la forma societaria de la entidad aseguradora, pues actúa subrogada *ex lege* en los derechos y acciones de su asegurado con base en los arts. 437.5 LENMAR y 43 LCS, sin que las mencionadas circunstancias sean relevantes a estos efectos. Ahora bien, sí deberán adoptar determinadas formas societarias cuando ejerzan la actividad aseguradora con base en el art. 27 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras¹⁵.

6. Junto al hecho de que la aseguradora no puede escudarse en las concretas circunstancias subjetivas de su asegurado para evitar o sustraerse a la cláusula de jurisdicción, pues la ha asumido implícitamente al quedar subrogada, debe indicarse que, en el caso concreto, se trata de una entidad aseguradora con más de 130 años de experiencia, habiendo surgido como una entidad reaseguradora del campo marino y que, a nuestro entender, no puede alegar desconocimiento de la existencia, contenido y extensión de la cláusula de jurisdicción en el contrato, pues, en caso contrario, no estaría dispuesta al aseguramiento de los riesgos inherentes a aquél. Este razonamiento, lógicamente, puede hacerse extensible a cualquier aseguradora en casos como el presente¹⁶. Con todo, tampoco el tamaño del asegurado o su forma societaria en sí tienen relevancia a los efectos del art. 25 RBI bis, pues éste no distingue, en relación con los acuerdos de atribución de competencia, entre sociedades pequeñas, medianas o grandes ni tampoco tiene en cuenta la concreta forma societaria bajo la que ejerce su actividad empresarial o comercial.

7. Por tanto, a nuestro entender, los problemas fundamentales que presenta la resolución son dos. Primero, debe realizarse una actualización de las normas con base en las cuales se determinan la extensión y límites de la jurisdicción internacional de los tribunales españoles del orden civil a la luz de la evolución de las normas aplicables a la jurisdicción internacional, pues la Audiencia Provincial de Madrid razona sobre la base de una resolución judicial con una antigüedad de cierta entidad. Segundo, resulta muy interesante destacar y desarrollar el argumento de aquélla, en virtud del cual la cláusula de jurisdicción no constituye fraude de ley o mala fe, argumento que nosotros hemos hecho extensible a la declinatoria de jurisdicción internacional como tratamiento procesal de la misma a instancia de parte. También se ha realizado un análisis específico de la propia cláusula para una mejor comprensión del caso, así como una reflexión en torno a la naturaleza imperativa o dispositiva del art. 468 LENMAR.

II. Breve referencia al supuesto de hecho

8. En el marco de un transporte marítimo internacional de mercancías bajo conocimiento de embarque¹⁷, la Audiencia Provincial de Madrid debe resolver un recurso de apelación interpuesto por la

analizando. Baste como ejemplo señalar las cláusulas relativas a las renunciaciones de acciones predispuestas a los consumidores. En dicho sentido, *vid.*, M. AGUILERA MORALES, “1.- ¿Es válida la cláusula de renuncia de acciones predispuesta frente al consumidor?”, en M. AGUILERA MORALES (Dir.), *Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Justicia Civil y Derechos Fundamentales*, Cizur Menor, Aranzadi, 2020, pp. 19-46.

¹⁴ El tamaño de la contraparte del porteador, así como la dificultad de ésta para litigar en el extranjero es un argumento frecuente en estos casos. En este sentido, *vid.*, J. DEL CORTE LÓPEZ, “Especialidades procesales...”, en A. EMPARANZA SOBEJANO / J. M. MARTÍN OSANTE (Dirs.), *Ley de Navegación...*, cit., pp. 692-693.

¹⁵ BOE núm. 168, de 15 de julio de 2015. Referencia: BOE-A-2015-7897.

¹⁶ Sobre Zurich, *vid.*, ZURICH. “Conócenos”. 2023. [Consultado el 31/03/2023]. Acceso en: <https://www.zurich.es/conocenos/quienes-somos>.

¹⁷ Con carácter general sobre el fletamento y el contrato de transporte marítimo internacional de mercancías bajo conocimiento de embarque, *vid.*, C. SALINAS ADELANTADO, *Manual de Derecho Marítimo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2021, pp. 321-416; y J. J. PÉREZ BENÍTEZ, “Capítulo 5. Los contratos de utilización del buque en la ley de navegación marítima”, en A. B. CAMPUZANO / E. SANJUÁN, *Comentarios a la Ley de Navegación Marítima*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2016, pp. 261-286.

aseguradora del cargador de las mercancías, que al mismo tiempo es destinatario de aquéllas, contra la estimación de un recurso de reposición que, en primera instancia, supuso la estimación de la declinatoria de jurisdicción internacional del porteador¹⁸. Dado que dicho cargador era, a su vez, destinatario, en el caso en cuestión no se produjo la problemática oponibilidad frente a terceros de la cláusula de jurisdicción contenida en el contrato, sino que lo que se discute es la vinculación de una de las partes originarias de dicho contrato (*i.e.* cargador)¹⁹ en relación con una cláusula de jurisdicción que hacía referencia a los tribunales de Londres, así como la vinculación de la aseguradora. Ésta se defiende alegando diferentes y creativos motivos, tales como el tamaño de su asegurado, las normas sobre condiciones generales de la contratación y las normas tuitivas de consumidores y usuarios.

9. En relación con las partes del caso, debe tenerse en cuenta que, como se ha dicho ya, el cargador es al mismo tiempo el destinatario de las mercancías. Esta circunstancia no viene expresamente contemplada por la resolución, pero se infiere del hecho de que nos encontramos ante el asegurado, valga la redundancia, de la aseguradora que ejercita la reclamación de los daños sufridos por la carga transportada²⁰. Por tanto, no encontramos un cargador y, como es habitual en la práctica, un posterior destinatario de las mercancías, sino que hay unidad de ambas figuras. Tampoco se menciona que exista un porteador efectivo y un porteador contractual²¹, pues sólo se hace referencia a *Maersk* como porteador demandado.

10. Consecuentemente, al igual que sucede con el cargador, las figuras de porteador efectivo y contractual se confunden en una sola, no dándose la habitual circunstancia de un transitario que actúa como porteador contractual. Algunos ejemplos relativamente recientes de transitarios que actuaron como porteadores contractuales los podemos encontrar en la SAP de Pontevedra núm. 20/2016, de 19 de enero, así como en el AAP de Valencia núm. 615/2017, de 15 de mayo. Así, el hecho de que tengamos dos partes litigantes claramente definidas, sin cadenas o sucesiones de contratos, subrogaciones o cesiones de derechos, cuestión también harto frecuente en la práctica, simplifica enormemente tanto la identificación de aquéllas como el estudio del caso²². Tampoco nos encontramos ante un problema en relación con la responsabilidad del consignatario del buque por daños a las mercancías, cuestión problemática en el pasado y resuelta por la actual norma marítima (art. 322 LENMAR)²³.

¹⁸ Antes del recurso de apelación el Juzgado de lo Mercantil n.º 9 de Madrid había estimado un recurso de reposición interpuesto por el porteador, pues en un primer momento dicho Juzgado asumió la competencia para conocer de la demanda contra aquél.

¹⁹ Sobre los elementos personales del contrato de transporte marítimo internacional de mercancías bajo conocimiento de embarque, *vid.*, J. L. PULIDO BEGINES, *Curso de Derecho de la Navegación Marítima*, Madrid, Tecnos, 2015, pp. 211-212; y A. EMPARANZA SOBEJANO / J. M. MARTÍN OSANTE, “Capítulo IV. El transporte marítimo (II) Contrato de transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque”, en F. MARTÍNEZ SANZ (Dir.) / A. PUETZ (Coord.), *Manual de Derecho del Transporte*, Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 122-128.

²⁰ No consta en la resolución ni la causa de los daños ni la entidad de los mismos. Sin embargo, los daños y pérdidas más habituales en la práctica se deben a roturas en la cadena de frío de productos congelados (SAP de Pontevedra núm. 20/2016, de 19 de enero), así como el robo y sustitución de las mercancías por piedras (AAP de Barcelona núm. 218/2016, de 21 de diciembre).

²¹ Sobre la distinción entre ambas figuras, *vid.*, I. ARROYO MARTÍNEZ, *Curso de Derecho Marítimo*, Cizur Menor, Civitas, 2016, pp. 591-592; y I. ARROYO MARTÍNEZ / J.-A. RUEDA MARTÍNEZ, *Compendio de Derecho Marítimo (Ley 14/2014, de Navegación Marítima)*, Madrid, Tecnos, 2020, p. 280.

²² Sobre el establecimiento de la relación contractual, así como de la relación jurídico-procesal, en sus formas más habituales, *vid.*, A. ZURIMENDI ISLA, “El contrato de fletamento: documentación”, en A. EMPARANZA SOBEJANO / J. M. MARTÍN OSANTE (Dir.), *Ley de Navegación Marítima: balance de su aplicación práctica*, Marcial Pons, Madrid, 2019, pp. 381-382.

²³ Sobre el consignatario del buque y su responsabilidad, *vid.*, P. J. BAENA BAENA, “La disciplina de la responsabilidad del consignatario de buques”, en M^a. V. PETIT LAVALL / A. PUETZ (Dir.), *El transporte como motor del desarrollo socioeconómico*, Madrid, Marcial Pons, 2018, pp. 181-195. Por otro lado, sobre el consignatario y la obligación de consignación con carácter general en España, *vid.*, F. B. LANGELAAN OSSET, “Nuevas perspectivas en la obligación de consignación de buques: el Real Decreto 131/2019, de 8 de marzo, por el que se desarrolla la obligación de consignación de buques”, *Revista Contribuciones a la Economía*, enero-marzo, 2020, pp. 1-13.

11. A partir de aquí, el debate se centra en la aplicación del art. 25 RBI bis, como indica la propia Audiencia²⁴, pues éste resulta plenamente aplicable al caso²⁵, pero para ello acude a citas literales de su auto núm. 60/2010, de 23 de abril, así como a remisiones a los autos núm. 143/2009, de 21 de julio y núm. 5/2012, de 16 de enero. En esencia, se puede afirmar que nos encontramos ante una materia mercantil incluida dentro del ámbito material de aplicación del RBI bis (art. 1); se da un supuesto internacional representado por un transporte marítimo internacional de mercancías (art. 25.1) y la cláusula de jurisdicción designaba un Estado que, en el momento de sustanciarse el proceso, pertenecía a la Unión Europea (en adelante UE), es decir, la designación debe ser entendida a los Tribunales de un Estado miembro (art. 25.1). Junto a ello se da la ausencia tanto de competencias exclusivas (art. 24), como de supuestos especiales de protección (arts. 10-23). En otras palabras, el transporte marítimo internacional de mercancías bajo conocimiento de embarque no plantea ningún problema desde el punto de vista del régimen competencial del RBI bis.

12. De esta forma, la resolución del año 2019 consiste fundamentalmente en una transcripción literal de las partes esenciales de la resolución del año 2010, sin entrar en mayores detalles sobre el actual caso. De hecho, la resolución más reciente a la que se hace referencia es del año 2012. Por tanto, si bien el criterio que aplica es el correcto, pues acude prioritariamente a las normas comunitarias para resolver el caso, al servirse de resoluciones judiciales y de normas ciertamente antiguas, se fuerza al operador jurídico a buscar todas las equivalencias normativas, jurisprudenciales y argumentales necesarias y vigentes en la actualidad, así como a realizar las necesarias matizaciones interpretativas. La Audiencia justifica el uso de resoluciones tan antiguas sobre la base de que:

las cuestiones planteadas [...] guardan identidad jurídica sustancial con los problemas que ya resolviera este mismo tribunal en su auto de [...] 2010 [...]. De ahí [...] proceder a una transcripción extensa del contenido esencial de dicha resolución²⁶. [...] Dada esa semejanza sustancial entre los criterios expuestos en dicha resolución, [...] reiterados en el [...] auto [...] de 16 de enero de 2012, ninguna razón justifica un apartamiento de los mismos a la hora de decidir [...] el presente recurso. En particular, irrelevante resulta que [...] se estableciesen en aplicación del Art. 23-1 del anterior Reglamento (CE) n° 44/2001 [...] cuyo contenido es [...] sustancialmente idéntico al del Art.25-1 del nuevo Reglamento 1215/12²⁷.

13. En el presente trabajo, entre otras cuestiones, vamos a realizar la necesaria actualización que merece la resolución objeto de estudio, a fin de facilitar al operador jurídico las equivalencias normativas, jurisprudenciales y argumentales mencionadas, y abordaremos una serie de problemas específicos, a saber, la ausencia de abuso de derecho y de fraude de ley en el planteamiento de la declinatoria, la falta de la alegación de los arts. 251 y 468 LENMAR, así como la imperatividad o disponibilidad de éste último y otras circunstancias relevantes que surgen al hilo de estos casos.

III. Actualización de la determinación de la jurisdicción internacional

14. Como se ha indicado previamente, la Audiencia Provincial debe decidir sobre la validez formal de un acuerdo de atribución de competencia referido a, en dicho momento, un Estado miembro

²⁴ AAP de Madrid núm. 93/2029, de 5 de julio, FJ. 2º: *Se debate, en definitiva, sobre la aplicación al caso del Art. 25-1 del Reglamento (UE) n° 1215/2012 [...]. Entre otras cuestiones, resulta de aplicación el RBI bis al transporte marítimo de mercancías, pues el convenio internacional vigente en la actualidad aplicable a dicho transporte no contiene normas de jurisdicción y competencia (art. 277.2 LENMAR) y aquél que sí las contiene aún no ha entrado en vigor. Sobre éste último, vid., M. ALBA FERNÁNDEZ, “Jurisdicción internacional en las Reglas de Rotterdam, próximas reformas legislativas y situación en España”, en Mª. V. PETIT LAVALL, F. MARTÍNEZ SANZ, A. RECALDE CASTELLS (Dirs.) / A. PUETZ (Coord.), *La nueva ordenación del mercado de transporte*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 229-240; y A. MUÑOZ FERNÁNDEZ, “Competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras en las «Reglas de Rotterdam»”, en F. MARTÍNEZ SANZ / Mª. V. PETIT LAVALL (Dirs.) / J. HUGUET MONFORT / A. PUETZ (Coords.), *Régimen del Transporte en un entorno económico incierto*, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 461-471.*

²⁵ Sobre el sistema competencial del RBI bis desde el punto de vista del Derecho Marítimo, vid., F. B. LANGELAAN OSSET, “Estudio jurisprudencial...”, cit., pp. 419-427.

²⁶ AAP de Madrid núm. 93/2019, de 5 de julio, FJ. 2º.

²⁷ AAP de Madrid núm. 93/2019, de 5 de julio, FJ. 3º.

de la UE y para ello procede a la identificación del régimen jurídico-procesal aplicable a la competencia judicial internacional²⁸. Sin embargo, en la resolución objeto de estudio la determinación de aquélla plantea el problema de que se realiza partiendo de referencias normativas de hace más de dos décadas y se omiten, entre otras posibles, tres grandes reformas procesales que tuvieron lugar en los años 2012, 2014 y 2015, las cuales, cada una dentro de su específico ámbito de aplicación, afectaron a las normas por las cuales se determina la competencia judicial internacional.

15. En otras palabras, el recurso a una resolución tan antigua omite la evolución normativa que ha experimentado la competencia judicial internacional en más de dos décadas. En realidad, los razonamientos que se van a exponer aquí no resultan exclusivamente aplicables a la resolución analizada, sino que pueden ser aplicados a cualquier resolución judicial, ya sea auto o sentencia, que no tenga en cuenta las reformas a las que se ha hecho referencia y que ahora serán comentadas desde el punto de vista de nuestro estudio y del Derecho Marítimo.

1. Derecho derivado de la Unión Europea: el Convenio de Bruselas de 1968 y los Reglamentos posteriores

16. En la antigua Comunidad Económica Europea era el art. 17 del Convenio relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1968 (en adelante el Convenio de Bruselas de 1968)²⁹, el que regulaba la *prorrogatio fori* con carácter general. Ya en la UE, aquélla se reguló por el art. 23 del Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en adelante RBI)³⁰.

17. Finalmente, en el año 2012, el art. 25 RBI bis vino a sustituir a su antecesor normativo inmediato con importantes modificaciones tanto en general como en lo que se refiere a la *prorrogatio fori* en la UE³¹. Destaca, sin duda, que se eliminara la exigencia relativa a que al menos una de las partes del acuerdo de atribución de competencia tuviera que estar domiciliada en un Estado miembro. El art. 23.1 RBI contenía la siguiente proposición: [...] *cuando al menos una de ellas tuviere su domicilio en un Estado miembro* [...]. En la misma línea se sitúa el art. 23.1 del Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, celebrado en Lugano el 16 de septiembre de 1988, modificado por la Decisión del Consejo, de 15 de octubre de 2007³², que sigue esencialmente el contenido del RBI. Ello tuvo como consecuencia directa que la aplicabilidad del Reglamento se abriera a supuestos en los que ambas partes se encontraban domiciliadas fuera de la UE, dejando como requisito fundamental y previo que el tribunal designado por el acuerdo de atribución de competencia fuese de cualquier Estado miembro.

18. A ello se une que la materia objeto del acuerdo de atribución de competencia no se refiera a supuestos excluidos del ámbito material de aplicación del Reglamento (art. 1 RBI bis), a competencias exclusivas (arts. 24 RBI bis, 22 LOPJ y 36.2.1ª LEC) o a supuestos especiales de protección (arts. 10-23 RBI bis, 22 bis. 1 y 22 quinquies. d) y e) y último inciso LOPJ) y que no se haya producido la sumisión

²⁸ En general sobre la competencia judicial internacional y su tratamiento procesal, *vid.*, T. ARMENTA DEU, *Lecciones de Derecho procesal civil. Proceso de Declaración, Proceso de Ejecución y Procesos especiales*, Madrid, Marcial Pons, 2021, pp. 57-65.

²⁹ DOUE núm. C 027, de 26 de enero de 1998.

³⁰ DOUE núm. L 012, de 16 de enero de 2001.

³¹ En relación con la novedad que supuso el RBI bis, *vid.*, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS / P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho Internacional Privado*, Aranzadi, Pamplona, 2014 (versión electrónica); C. ROSENDE VILLAR, "Principales novedades del Reglamento (UE), núm. 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil", *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 11, 2014, pp. 27-57; y L. MORENO BLESÁ, "Las novedades introducidas en el espacio judicial europeo con la reforma del Reglamento Bruselas (1)", *Actualidad Civil*, núm. 1, 2015, pp. 1-16.

³² DOUE núm. L 339, de 31 de diciembre de 2007.

tácita del demandado (arts. 26 RBI bis, 22 bis. 3 LOPJ y 56.2º LEC). En nuestro caso, el transporte marítimo internacional de mercancías bajo conocimiento de embarque constituye una materia mercantil no excluida expresamente por el art. 1 RBI bis, no afecto por competencias exclusivas ni fueros especiales de protección y, en el caso concreto, no se produjo la sumisión tácita del porteador demandado, que opuso en tiempo y forma la declinatoria de jurisdicción internacional (art. 64 LEC) e interpuso el recurso de reposición pertinente (art. 66.2 LEC). En cuanto a las competencias exclusivas, éstas comprenden diferentes materias entre las cuales no se recoge el transporte marítimo de mercancías, bastando una simple lectura de los preceptos mencionados para comprobar la afirmación realizada. Por su parte, los fueros especiales de protección del RBI bis comprenden: competencia en materia de seguros (arts. 10-16); competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores (arts. 17-19); y competencia en materia de contratos individuales de trabajo (arts. 20-23). Asimismo, el transporte marítimo no resulta subsumible en ninguna de estas materias.

19. De esta forma conviene recordar que la falta de planteamiento de la declinatoria en tiempo y forma, así como la comparecencia del demandado tras la interposición de la demanda para realizar cualquier gestión que no sea la de proponer aquélla, supondrá su sumisión tácita (arts. 26 RBI bis, 22 bis.2 LOPJ y 56 LEC). Por tanto, salvo en supuestos de competencias exclusivas, que desplazan tanto a los fueros generales como a los especiales *ratione materiae*, la sumisión tácita posterior tiene dos efectos esenciales. Primero, atribuye la competencia al órgano jurisdiccional ante el que se produce. Segundo, deja ineficaz el acuerdo de atribución de competencia anterior. En otras palabras, para hacer valer la cláusula de jurisdicción debe proponerse declinatoria en tiempo y forma. Por otro lado, en cuanto a la sumisión tácita del porteador, debe indicarse que aquélla es una *rara avis*, pues su máximo interés es hacer valer la cláusula proponiendo la declinatoria. En consecuencia, los supuestos de sumisión tácita del porteador son muy residuales en nuestra jurisprudencia menor.

20. Por tanto, el hecho de que la Audiencia Provincial razone desde el punto de vista del art. 23 RBI, al citar literalmente la resolución del año 2010, resulta ciertamente confuso e insatisfactorio, aunque aplique con prioridad finalmente el vigente Reglamento, pues se da a entender implícitamente que debemos tener en cuenta el domicilio de las partes del acuerdo de atribución de competencia, cuestión que, como hemos dicho, se eliminó en el actual art. 25 RBI bis. La eliminación mencionada tiene como principal consecuencia que todo el comienzo del análisis de la cuestión cambie radicalmente en relación con el art. 23 RBI, pues en la actualidad verificar el domicilio de al menos una de las partes resulta del todo irrelevante en la cuestión que nos ocupa. Además, se razona desde el punto de vista del antiguo Reglamento, cuando se realiza una cita literal del art. 25 RBI bis y se reconoce que el debate se centra en la aplicación de este último precepto.

21. Lo anterior hace que el análisis de la aplicación del Reglamento a la materia objeto de estudio se centre simplemente en la determinación del órgano jurisdiccional como perteneciente a un Estado miembro, lo cual se determinará sencillamente comprobando que dicho Estado pertenece a la UE. Actualmente, cualquier designación efectuada a alguno de los siguientes Estados miembros de la UE deberá ser analizada bajo el prisma del art. 25 RBI bis: Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chequia, Chipre, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumanía y Suecia³³.

22. Consecuentemente, consideramos que la Audiencia Provincial debería haber razonado directamente sobre la base del art. 25 RBI bis, pues el proceso en la instancia es del año 2016 y el Reglamento se encontraba en vigor desde el 10 de enero de 2015 (art. 81 RBI bis). Además, razonar sobre la base del RBI bis no prejuzga el recurso a la resolución del año 2010, siempre que la Audiencia hubiere realizado una interpretación al caso *mutatis mutandis* de aquélla y no la cita literal de la resolución del

³³ Sobre la situación actual de los Estados miembros de la UE, *vid.*, UNIÓN EUROPEA. “Perfil de los países”. 2023. [Consultado el 31/03/2023]. Acceso en: https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/country-profiles_es?page=0.

año 2010 en la resolución del año 2019. Una vez la Audiencia Provincial ha centrado el debate en torno a la aplicabilidad al caso del art. 25 RBI bis, la resolución del año 2019 se divide en las siguientes partes dentro del FJ. 2º que son, a su vez, los FF. JJ. 2º-6º del AAP de Madrid núm. 60/2010, de 23 de abril: *Sobre la normativa aplicable para determinar la competencia internacional; De la validez de la cláusula de jurisdicción; De la oponibilidad de la cláusula de sumisión; Del tratamiento conjunto del problema de ambas demandas* (nótese que en el caso del año 2019 no hay dos demandas, sino en el del año 2010); *y Del alegato de abuso de derecho*. Pues bien, en la resolución del año 2019, salvo los antecedentes de hecho y los razonamientos jurídicos primero, tercero y cuarto, el resto de la resolución constituye una cita literal de la resolución del año 2010.

23. En conclusión, entendemos que no debió haberse partido con carácter general del art. 23 RBI, aplicado en una resolución muy antigua, pues una cuestión es aplicar razonamientos antiguos con los ajustes necesarios y otra remitir a citas literales de resoluciones con normas procesales derogadas o que han sufrido reformas de calado, por mucha *identidad jurídica sustancial* que los supuestos guarden entre sí. Ahora bien, aplicando el principio de continuidad jurisprudencial y normativa entre el art. 17 del Convenio de Bruselas de 1968, el art. 23 RBI y el art. 25 RBI bis, no resulta desacertado del todo razonar sobre la base de los requisitos formales del art. 23.1 RBI, pues son idénticos a los del art. 25.1 RBI bis³⁴ y, afortunadamente, se llega al mismo resultado.

2. Derecho español de origen interno (procesal y sustantivo)

A) Normas de Derecho Procesal General: la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de Enjuiciamiento Civil

24. Desde el punto de vista del Derecho Procesal Civil de origen interno, la Audiencia Provincial parte del antiguo art. 22.2º de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante LOPJ)³⁵, obviando la reforma experimentada por dicha norma a raíz de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial³⁶. El art. 22.2º LOPJ, en su redacción previa a la reforma del año 2015, disponía que los juzgados y tribunales españoles del orden civil eran competentes con carácter general cuando las partes se hubieren sometido expresa o tácitamente a aquéllos, así como cuando el demandado tuviera su domicilio en España.

25. Sin embargo, en la actualidad, el art. 22 LOPJ hace referencia a los supuestos de competencias exclusivas de los tribunales españoles del orden civil y, adicionalmente, se introdujo el art. 22 bis LOPJ, relativo tanto a la sumisión expresa como a la tácita a dichos órganos jurisdiccionales, en el que destacan unos requisitos para la validez formal del acuerdo de atribución de competencia sustancialmente idénticos a los del art. 25 RBI bis, salvo por una serie de irrelevantes diferencias en su redacción³⁷. Consecuentemente, el razonamiento de la Audiencia Provincial, en virtud del cual dado que el antiguo

³⁴ Sobre la identidad entre los requisitos formales del art. 25 RBI bis y sus antecedentes normativos, *vid.*, F. B. LANGELAAN OSSET, “Estudio jurisprudencial...”, cit., pp. 418-419. En relación con el principio de continuidad jurisprudencial y, por extensión, normativa, entre las disposiciones mencionadas, *vid.*, A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La jurisprudencia normativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Reglamento Bruselas I-bis”, en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Coords.), *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Derecho Internacional Privado*, Cizur Menor, Aranzadi, 2021, pp. 56-57.

³⁵ BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985. Referencia: BOE-A-1985-12666.

³⁶ BOE núm. 174, de 22 de julio de 2015. Referencia: BOE-A-2015-8167.

³⁷ El art. 22 bis. 2 LOPJ regula la sumisión expresa en los siguientes términos: *El acuerdo de sumisión expresa deberá constar por escrito, en una cláusula incluida en un contrato o en un acuerdo independiente, o verbalmente con confirmación escrita, así como en alguna forma que se ajuste a los hábitos que las partes tengan establecidos entre ellas, o en el comercio internacional sea conforme a los usos que las partes conozcan o deban conocer y que, en dicho comercio, sean ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado. Se entenderá que media acuerdo escrito cuando resulte de una transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero.*

art. 22.2º LOPJ permitía la sumisión expresa a los tribunales españoles, entonces, *sensu contrario*, habría de admitirse la sumisión a órganos jurisdiccionales extranjeros, debe ser matizado en el sentido de que, ya no solo debe admitirse dicha sumisión como venía haciéndose, sino que, además, dado que los requisitos formales de la *prorrogatio fori* son idénticos tanto en el art. 22 bis.2 LOPJ³⁸ como en el art. 25.1 RBI bis, la admisión debe efectuarse sobre la base de los mismos requisitos formales y, no sería excesivo afirmar, que con base en los mismos argumentos.

26. Finalmente, junto al art. 21.1 LOPJ, mencionado por la Audiencia, nosotros habríamos añadido el art. 36.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC)³⁹, pues de la conjunción de ambos preceptos se extrae la regla general de que la determinación de la extensión y límites de la jurisdicción internacional de los órganos jurisdiccionales del orden civil debe partir necesariamente de los tratados y convenios internacionales, así como de las normas de la UE. En concreto, el art. 21.1 LOPJ también experimentó una leve reforma en su redacción, si bien su contenido esencial sigue siendo el mismo. Así, en la redacción previa al año 2015 el precepto indicaba que: *Los Juzgados y Tribunales españoles conocerán de los juicios que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros con arreglo a lo establecido en la presente Ley y en los tratados convenios internacionales en los que España sea parte*. Por otro lado, en la redacción vigente desde el año 2015, el precepto reza como sigue: *Los Tribunales españoles conocerán de las pretensiones que se susciten en territorio español con arreglo a lo establecido en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte, en las normas de la Unión y en las leyes españolas*.

27. Por tanto, si bien el análisis de la determinación de la norma aplicable a la jurisdicción internacional en el caso enjuiciado resulta satisfactorio, pues se otorga primacía y se aplica el art. 25 RBI bis, creemos que hubiera sido conveniente realizar una actualización de los razonamientos partiendo de las reformas experimentadas tanto por el RBI como por nuestro Derecho Procesal Civil de origen interno, en relación con la competencia judicial internacional.

B) Normas de Derecho sustantivo: la Ley de Navegación Marítima

28. Por último, en el año 2014 fue aprobada la LENMAR, cuyas especialidades de jurisdicción y competencia (arts. 468 y 469)⁴⁰ en relación con la eficacia traslativa del conocimiento de embarque (art. 251)⁴¹, introdujeron unos requisitos formales para la validez de la cláusula de jurisdicción radicalmente diferentes de los previstos por el Reglamento⁴². Dichos requisitos exigen para la validez de aquella que la misma haya sido negociada separada e individualmente. Ello difiere netamente de la flexibilidad prevista por el art. 25 RBI bis, pues mientras éste permite la presunción del consentimiento de las partes en determinadas condiciones, el art. 468 LENMAR exige siempre y en todo lugar el consentimiento expreso, so pena de nulidad de la cláusula, así como desencadenando la aplicación del art. 469 LENMAR regulador de una serie de fueros de competencia judicial internacional subsidiarios.

³⁸ Sobre el art. 22 bis LOPJ, *vid.*, B. CAMPUZANO DÍAZ, “La *derogatio fori* en la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Revista Española de Derecho Internacional*, nº 1, 2018, pp. 155-179; y P. JIMÉNEZ BLANCO, “La *derogatio fori* después de la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, nº 17, 2017, pp. 473-506.

³⁹ BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000. Referencia: BOE-A-2000-323.

⁴⁰ Sobre los arts. 468 y 469 LENMAR, *vid.*, M. CACHÓN CADENAS, “Título IX. Especialidades procesales. Capítulo I. De las especialidades de jurisdicción y competencia”, en I. ARROYO MARTÍNEZ / J.-A. RUEDA MARTÍNEZ (Dir.), *Comentarios a la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima*, Cizur Menor, Civitas, 2016, pp. 1397-1420.

⁴¹ Sobre este precepto, *vid.*, I. ARROYO MARTÍNEZ, “Artículo 251. Eficacia traslativa”, en I. ARROYO MARTÍNEZ / J.-A. RUEDA MARTÍNEZ (Dir.), *Comentarios a la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima*, Cizur Menor, Civitas, 2016, pp. 841-842.

⁴² La introducción de la LENMAR en nuestro panorama legislativo, más que una reforma procesal en el sentido apuntado en este trabajo, se trata de una modernización de nuestro Derecho Marítimo sustantivo que cuenta con unas especialidades procesales concretas.

29. No podemos abordar en profundidad dicha cuestión, pero sí debemos dejar indicado que mientras otras Audiencias Provinciales han entrado en el debate acerca de la aplicabilidad o no de las mencionadas especialidades a las cláusulas de jurisdicción referidas a tribunales de Estados comunitarios⁴³, la Audiencia Provincial de Madrid obvia la LENMAR. Ello podría ser consecuencia de dos circunstancias. La primera derivaría directamente del hecho de que sus razonamientos del año 2019 se basan en un auto del año 2010 y la LENMAR no vio la luz hasta el año 2014, después de un largo y difícil proceso de tramitación y aprobación⁴⁴. Más aún, la primera resolución en España que aplica la LENMAR en un caso como el que venimos tratando fue el AAP de Barcelona núm. 218/2016, de 21 de diciembre, sobre el que hemos tenido ocasión de pronunciarnos negativamente⁴⁵.

30. Consecuentemente, resulta materialmente imposible que se mencione en una resolución tan antigua una ley moderna. La segunda circunstancia requiere algo más de reflexión. La ausencia de mención y análisis *ex officio* del art. 251 LENMAR, así como del art. 468 LENMAR nos resulta llamativo, precisamente por el debate que existe actualmente en la jurisprudencia menor sobre la cuestión. Tampoco consta que las partes alegasen dichos preceptos, por lo que la cuestión no se centró en decidir si resultada de aplicación el art. 25 RBI bis o el art. 468 LENMAR, sino únicamente en la vinculación por el cargador y su aseguradora en relación con la cláusula de jurisdicción contenida en el conocimiento de embarque con base en el Reglamento.

31. Así, mientras que otras Audiencias Provinciales entran a analizar tanto el marco competencial del RBI bis como las especialidades de jurisdicción y competencia de la LENMAR (Cádiz, Barcelona, Valencia, etc...), aun cuando la cláusula de jurisdicción hace referencia a los tribunales de un Estado miembro, generando así el debate mencionado, la Audiencia Provincial de Madrid obvia la norma nacional y aplica directamente el RBI bis, lo cual sería un criterio coherente con el art. 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE)⁴⁶, es decir, con la naturaleza jurídica del Reglamento como acto jurídico de Derecho derivado de la UE, típico, vinculante, obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en todos los Estados miembros⁴⁷.

32. La conclusión nos resulta clara. Más allá de que la Audiencia acuda a una resolución antigua, siendo de aplicación directa al caso el RBI bis y no siendo aplicable una ley interna cuando resulte de aplicación aquél, no es necesario entrar en el análisis y reflexión acerca de una norma que no resulta aplicable⁴⁸. No fue así en un caso sometido a la Audiencia Provincial de Barcelona, la cual aplicó el art. 468 LENMAR al análisis de una cláusula de jurisdicción referida a los tribunales de Marsella debiendo, en consecuencia, haberse aplicado el art. 25 RBI bis por encontrarnos ante la designación de un tribunal sito en un Estado miembro de la UE. Dicho de otra forma, no tiene sentido analizar una norma que no constituye el cuerpo normativo aplicable. Ahora bien, si las partes hubieran alegado el art. 468 LENMAR, el juez no habría podido obviarlo y tendría que haberse pronunciado. En este sentido, tanto si las partes alegan el mencionado precepto como si no lo hacen y el juez lo considera *ex officio*, sostenemos

⁴³ Sobre la actual división de las Audiencias Provinciales, *vid.*, A. ZURIMENDI ISLA, “El contrato...”, en A. EMPARANZA SOBEJANO / J. M. MARTÍN OSANTE (Dir.), *Ley de Navegación...*, cit., p. 381.

⁴⁴ Sobre esta idea, *vid.*, J. C. FUENTES GÓMEZ, “Capítulo I. El largo proceso de elaboración de la Ley de Navegación Marítima”, en VV. AA., *Comentarios a la Ley de Navegación Marítima*, Madrid, Dykinson, 2015, pp. 29-44. Por otro lado, con carácter general sobre la LENMAR, *vid.*, ID., “Principios y fines generales de la Ley de Navegación Marítima”, en M^a. V. PETIT LAVALL / A. PUETZ, (Dir.), *La eficiencia del transporte como objetivo de la actuación de los poderes públicos: liberalización y responsabilidad*, Madrid, Marcial Pons, 2015, pp. 361-366.

⁴⁵ F. B. LANGELAAN OSSET, “Proteccionismo jurisdiccional y transporte marítimo de mercancías bajo conocimiento de embarque: reflexiones en torno al auto núm. 218/2016, de 21 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Barcelona (Secc. 15.^a)”, en M^a. V. PETIT LAVALL / A. PUETZ (Dir.) / C. VICENTE MAMPEL / A. GILABERT GASCÓN (Coords.), *El transporte ante el desarrollo tecnológico y la globalización*, A Coruña, Colex, 2022, pp. 365-392.

⁴⁶ DOUE núm. C 326, de 26 de octubre de 2012.

⁴⁷ Sobre la cuestión, *vid.*, A. MANGAS MARTÍN / D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, Tecnos, 2020, pp. 404-407.

⁴⁸ En profundidad, *vid.*, F. B. LANGELAAN OSSET, “Proteccionismo jurisdiccional...”, en M^a. V. PETIT LAVALL / A. PUETZ (Dir.) / C. VICENTE MAMPEL / A. GILABERT GASCÓN (Coords.), *El transporte...*, cit., pp. 365-392.

que bastaría con indicar que aquél se entiende y resulta aplicable sin perjuicio de lo dispuesto por las normas de la UE, como se desprende de su tenor literal, siendo aplicable en estos casos el art. 25 RBI bis con base en el art. 288 TFUE y no una norma nacional, cualquiera sea su rango.

33. Siendo la aplicación del RBI bis prioritaria respecto a la LENMAR cuando la cláusula de jurisdicción designe un tribunal de un Estado miembro de la UE, visto el debate actual en la jurisprudencia menor, la anterior consideración ayudaría al refuerzo, por redundante e innecesario que éste pudiera ser, de la primacía del Derecho de la UE sobre el Derecho de producción interna.

IV. La cláusula de jurisdicción internacional litigiosa

1. Consideraciones generales, estructura interna y contenido

34. La cláusula de jurisdicción internacional litigiosa, según la resolución de la Audiencia Provincial, hace referencia a los juzgados y tribunales de Londres, que es una de las designaciones más habituales en la práctica. Sobre aquélla deben realizarse dos observaciones en relación con el caso. Primera, la resolución del año 2019, a diferencia de otros casos en los que se transcribió la cláusula, no contiene el texto íntegro de la misma. En este sentido, resulta muy habitual en estos casos que el órgano jurisdiccional en cuestión realice una transcripción literal de la cláusula de jurisdicción o bien realice una traducción libre de la misma, pues los portadores presentan sus términos y condiciones generales redactados en inglés. También es de destacar que, cuando la cláusula ha sido traducida, no se plantean discusiones en torno a la traducción que es, por tanto, aceptada por las partes. Si acudimos a los términos y condiciones generales del transporte de *Maerks*, podemos comprobar que la cláusula relativa a la ley y jurisdicción hace referencia a la ley inglesa, así como a la jurisdicción de los tribunales de Londres en los siguientes términos:

26. Law and jurisdiction
<p>For shipments to or from the U.S. any dispute relating to this bill of lading shall be governed by U.S. law and the United States Federal Court of the Southern District of New York is to have exclusive jurisdiction to hear all disputes in respect thereof. In all other cases, this bill of lading shall be governed by and construed in accordance with English law and all disputes arising hereunder shall be determined by the English High Court of Justice in London to the exclusion of the jurisdiction of the courts of another country. Alternatively and at the Carrier's sole option, the Carrier may commence proceedings against the Merchant at a competent court of a place of business of the Merchant⁴⁹.</p>

35. Si bien han pasado varios años desde que se planteó la declinatoria, así como del recurso de apelación, y podría ser razonable asumir que el porteador ha podido actualizar o modificar de alguna forma sus términos y condiciones generales, la idea es descartable de plano, pues una cláusula como la ahora mencionada es una constante en aquéllos⁵⁰. Por lo que, sin perjuicio de posibles y ligeras varia-

⁴⁹ Se propone por quien suscribe la siguiente traducción libre de la cláusula: 26. *LEY Y JURISDICCIÓN. Para los envíos hacia o desde los EE. UU., cualquier disputa relacionada con este conocimiento de embarque se regirá por la ley de los EE. UU. y el Tribunal Federal de los Estados Unidos del Distrito Sur de Nueva York tendrá jurisdicción exclusiva para decidir acerca de todas las disputas con respecto al mismo. En todos los demás casos, este conocimiento de embarque se regirá e interpretará de acuerdo con la ley inglesa y todas las disputas que surjan a continuación serán resueltas por el Tribunal Superior de Justicia de Inglaterra en Londres con exclusión de la jurisdicción de los tribunales de otro país. Alternativamente y a discreción exclusiva del Transportista, el Transportista puede iniciar procedimientos contra el Comerciante en un tribunal competente del lugar de negocios del Comerciante.*

⁵⁰ Sobre la habitualidad en los conocimientos de embarque de las cláusulas de jurisdicción, *vid.*, J. B. MONFORT BELENGUER, "La cláusula de sumisión expresa en los conocimientos de embarque", en E. BELTRÁN (Ed.), *Derecho Marítimo (Summa revista de Derecho Mercantil)*, Madrid, Civitas, 2013, p. 229; y J. L. GABALDÓN GARCÍA, *Curso de Derecho Marítimo Internacional*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 904.

ciones en su redacción, es más que presumible que ya en el año 2016, e incluso antes, presentase una redacción sustancialmente igual, sino idéntica. También resulta relevante el análisis o disección de la estructura interna de la cláusula en relación con el contenido de la resolución del año 2019 y que, en realidad, puede hacerse extensible a cualquier cláusula de este estilo que se analice. Partimos de que dentro de aquella no se mencionan en ninguna parte los puertos de carga y descarga, lo cual resulta determinante a la hora de concretar la parte de la cláusula que resulta aplicable al caso en cuestión. La cláusula de jurisdicción controvertida consta de tres partes. La primera designa como competente al Tribunal Federal de los Estados Unidos del Distrito Sur de Nueva York, cuando se trate de transportes desde o hacia dicho Estado. La segunda designa al Alto Tribunal de Justicia de Londres para el resto de transportes. Finalmente, la tercera consiste en una reserva a favor del porteador en virtud de la cual éste puede decidir, a su sola discreción, iniciar acciones ante otros tribunales diferentes de los anteriores, lo cual, por mucho que pueda contrariarnos, resulta aceptable⁵¹.

36. Varios elementos nos indican que no puede tratarse de un transporte desde o hacia los Estados Unidos, que haga aplicable la parte de la cláusula que se refiere al Tribunal Federal de los Estados Unidos del Distrito Sur de Nueva York. Primero, el Juzgado de lo Mercantil nº. 9 de Madrid, estimando el recurso de reposición, declara la competencia del Alto Tribunal de Justicia de Londres. Segundo, si bien en relación con lo anterior, la interposición de la declinatoria y del recurso de reposición tienen como finalidad hacer valer la jurisdicción de dicho órgano jurisdiccional y no el de los Estados Unidos. Tercero, en el recurso de apelación la Audiencia Provincial se centra en la aplicación del art. 25 RBI bis por lo que, de haberse tratado de una designación a un tribunal extracomunitario, no se habría planteado la aplicabilidad de aquél⁵². Cuarto, la aseguradora en apelación recurre la estimación del recurso de reposición y, por tanto, se está impugnando la jurisdicción del tribunal inglés.

37. Por otro lado, en relación con el grado de determinación del tribunal, es decir, a la forma en virtud de la cual el órgano jurisdiccional competente viene designado por la cláusula concreta, nos lleva a afirmar que nos encontramos ante una determinación directa de jurisdicción doble. Lo anterior supone que se designa por su nombre concreto a dos órganos jurisdiccionales de Estados diferentes, ya sean comunitarios o extracomunitarios, atribuyéndoles simultáneamente la competencia judicial internacional y la competencia territorial⁵³. No obstante, la competencia judicial internacional otorgada a cada uno se activa en función del trayecto que se realice al transportar las mercancías. Una última cuestión que no debe pasar desapercibida es que, si bien la cláusula hacía referencia a un Estado que actualmente no es miembro de la UE⁵⁴, en el momento de plantearse el proceso en instancia el Reino Unido sí que lo era, por lo que le resultaba plenamente aplicable el RBI bis.

2. Ausencia de abuso de derecho y otras circunstancias similares

38. Un argumento muy interesante planteado por la Audiencia Provincial es la ausencia de fraude de ley, así como de mala fe, en el establecimiento de la cláusula de jurisdicción dentro del contrato de transporte, siendo aquél, en nuestra opinión, el argumento más importante que se contiene en la resolución y que haremos extensible, asimismo, a la proposición de declinatoria. En este sentido, según la Audiencia la inclusión de la cláusula en el contrato constituye un uso del comercio internacional y

⁵¹ Sobre la admisibilidad de este tipo de designaciones, *vid.*, F. B. LANGELAAN OSSET, “La cláusula...”, *cit.*, p. 195.

⁵² En el AAP de Valencia núm. 615/2017, de 15 de mayo, la cláusula de jurisdicción hacía referencia a los tribunales de Hong Kong y, consecuentemente, siendo una designación a un tribunal extracomunitario, se aplicó con rigurosidad tanto el art. 468 LENMAR como los arts. 5 y 7 LCGC.

⁵³ Sobre este tipo de designaciones en profundidad, *vid.*, F. B. LANGELAAN OSSET, “La cláusula...”, *cit.*, pp. 192-194.

⁵⁴ La fecha efectiva del coloquialmente denominado *Brexit* fue el 31 de diciembre de 2020. Sobre el proceso de retirada de la UE y el hecho histórico que para la misma supuso el *Brexit*, *vid.*, A. MANGAS MARTÍN / D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones...*, *cit.*, pp. 66-67.

responde a una finalidad práctica de centralización de reclamaciones del porteador⁵⁵. En el caso concreto se entendió que:

Por lo demás, [...] no se ve el menor atisbo de fraude de ley o de mala fe en el establecimiento de una cláusula de sumisión, siendo razonable el interés que en el comercio internacional puede existir por residenciar los litigios en tribunales que históricamente se encuentran más vinculados que otros en relación a las cuestiones concernientes al comercio marítimo.

39. Señalaba DEL CORTE⁵⁶ que las cláusulas de jurisdicción insertas en conocimientos de embarque, ya sean referidas a tribunales comunitarios o extracomunitarios, deben analizarse desde la perspectiva de la buena fe procesal, el ejercicio antisocial del Derecho y el orden público, pues las pretensiones formuladas con manifiesto abuso de derecho, que entrañen fraude de ley o procesal, deben ser desestimadas con base en los arts. 11 LOPJ y 7.2 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (en adelante CC)⁵⁷. Este argumento se refuerza con la circunstancia mencionada por la doctrina contraria al RBI bis en cuanto al automatismo en la admisión de las cláusulas objeto de estudio⁵⁸, así como con el mayor o menor perjuicio que podría producir al porteador la sustanciación del procedimiento en España cuando existen evidentes conexiones con dicho Estado.

40. En este sentido, el autor señala que es habitual encontrar la alegación de falta de jurisdicción internacional cuando: (i) el transporte tiene inicio o fin en España, (ii) en supuestos en los que el proceso se sustancia ante tribunales y entre litigantes españoles, (iii) o bien con litigantes extranjeros que disponen de amplias estructuras en España. Todo lo anterior lleva al autor a afirmar que el propósito subyacente de la declinatoria sería el de entorpecer la reclamación contra el porteador, pues su estimación puede llevar a la remisión a una jurisdicción que aplique un régimen de responsabilidad más liviano para aquél o bien que haga que el demandante incurra en gastos legales que dificulten o imposibiliten la reclamación.

41. Consecuentemente, se relaciona tanto la cláusula de jurisdicción como la proposición de declinatoria con el abuso de derecho cuando el supuesto de hecho presente evidentes vínculos con España y, aun así, el porteador decida hacer valer la cláusula mediante el tratamiento procesal pertinente. En relación con la designación efectuada por la cláusula, debe recordarse que la vinculación entre el tribunal designado y el supuesto de hecho no resulta relevante a la hora de analizar la validez, eficacia y oponibilidad de aquélla, más allá del hecho de que para aplicar el RBI bis dicho tribunal debe pertenecer a un Estado miembro de la UE. También se debe tener en cuenta la circunstancia según la cual las motivaciones subjetivas del porteador en el momento de configurar la cláusula resultan irrelevantes a la hora de cuestionar su validez formal⁵⁹. En relación con lo apuntado, la doctrina señala con acierto que:

en el ámbito marítimo internacional la elección de los tribunales ingleses suele ser consecuencia de su indiscutible especialización, y no de la imposición de las condiciones contractuales de las empresas de mayor tamaño sobre las empresas más pequeñas, o de la influencia que pudieran tener las grandes compañías navieras como redactoras habituales de las cláusulas⁶⁰.

⁵⁵ En relación con la centralización de reclamaciones del porteador, *vid.*, F. B. LANGELAAN OSSET, “La cláusula...”, *cit.*, pp. 187 y 196; y A. ZURIMENDI ISLA, “Capítulo 2. Responsabilidad del porteador frente al adquirente de un conocimiento de embarque con cláusulas de jurisdicción y arbitraje”, en P. J. BAENA BAENA / N. LÓPEZ SANTANA (Dirs.), *Estudios sobre la responsabilidad de los operadores de transporte en la Ley de Navegación Marítima*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017, p. 250.

⁵⁶ J. DEL CORTE, “Especialidades procesales en la Ley de Navegación Marítima”, en A. EMPARANZA SOBEJANO / J. M. MARTÍN OSANTE (Dirs.), *Comentarios sobre la Ley de Navegación Marítima*, Madrid, Marcial Pons, p. 769.

⁵⁷ BOE núm. 206, de 27 de julio de 1889. Referencia: BOE-A-1889-4763.

⁵⁸ Por todos, *vid.*, A. M^a. SÁNCHEZ-HORNEROS ADÁN, “La Ley 14/2014, de 24 de julio, de navegación marítima: última llamada para la jurisdicción española en asuntos marítimos”, *Diario La Ley*, n^o 8802, 2016, pp. 1-18.

⁵⁹ F. B. LANGELAAN OSSET, “Estudio jurisprudencial...”, *cit.*, pp. 428-429.

⁶⁰ M. CASADO ABARQUERO, “Extensión al consignatario de los efectos de una cláusula de elección de foro prevista en un conocimiento de embarque. Comentario al Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona NO. 62/2020, de 24 de abril de 2020”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 1, 2021, pp. 778-779.

42. Asimismo, el hecho de que cuente con estructuras en España, entendidas éstas como sedes o filiales, no deja de carecer de interés a efectos del RBI bis, pues no es un criterio a tener en cuenta. En otras palabras, más que una cuestión relevante desde el punto de vista del Derecho Procesal, pues no lo es, el hecho de que el porteador tenga oficinas en determinadas jurisdicciones responde a su libre decisión empresarial con fines comerciales.

43. Señalado lo anterior, nos falta por analizar si la proposición de declinatoria en estos casos podría constituir abuso de derecho o fraude de ley en los términos planteados por el autor. De esta forma, la afirmación de que tanto la cláusula de jurisdicción como la proposición de declinatoria en el marco de un transporte marítimo internacional de mercancías bajo conocimiento de embarque no constituyen abuso de derecho u otra circunstancia similar, conlleva la necesaria construcción teórica de aquél desde la perspectiva de nuestro objeto de estudio. A tal fin, hemos acudido a cuatro ejemplos de la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal. Con una profusa referencia a otras resoluciones de dicho tribunal, en la STS núm. 20/2006, de 1 de febrero, FJ. 9º, se dispone que:

La doctrina del abuso de derecho se sustenta en la existencia de unos límites de orden moral, teleológico y social que pesan sobre el ejercicio de los derechos, y como institución de equidad, exige para poder ser apreciado [...] una actuación aparentemente correcta que, no obstante, representa en realidad una extralimitación a la que la ley no concede protección alguna, generando efectos negativos [...], al resultar patente la circunstancia subjetiva de ausencia de finalidad seria y legítima, así como la objetiva de exceso en el ejercicio del derecho [...]; exigiendo su apreciación [...] una base fáctica que proclame las circunstancias objetivas y subjetivas [...].

44. Por ello, podemos afirmar que no se dan las mencionadas instituciones cuando, sin traspasar los límites de la equidad y la buena fe, se propone una declinatoria para hacer valer una cláusula de jurisdicción inserta en un conocimiento de embarque válida según el art. 25 RBI bis. En materia de transporte marítimo de mercancías, el abuso de derecho se traduciría en el uso de una cláusula de jurisdicción por parte del porteador, con mala fe, en perjuicio del cargador o del destinatario o de su aseguradora, sin que se obtenga un beneficio amparado por las normas procesales.

45. Ahora bien, no se acredita en estos casos que la proposición de declinatoria se haga con el fin de perjudicar a dichas contrapartes, sino que lo que se busca es hacer valer la cláusula amparada por una norma procesal y legítimamente incluida en el contrato de transporte. Aplica la máxima *iure suo utitur neminem laedit*, cuya excepción se encuentra en la inexistencia de *iusta causa litigandi*. Dicho de otra forma, no cabe predicar abuso de derecho⁶¹ respecto del porteador que, actuando dentro de las normas procesales aplicables, propone en tiempo y forma declinatoria de jurisdicción internacional para hacer valer el acuerdo de atribución de competencia. La pretensión de hacer valer dicho acuerdo es seria, legítima y producto de la aplicación de las normas procesales correspondientes. Asimismo, resulta legítimo litigar para hacer valer aquel acuerdo. Las contrapartes del porteador no pueden verse amparadas por un sedicente abuso de derecho derivado de su concepción propia de la legalidad⁶².

46. De lo anterior podemos extraer dos conclusiones. Primera, en estos casos nos encontramos ante una simple, lógica, razonable y proporcionada reacción de un porteador que, viendo indebidamente interpuesta la demanda ante un tribunal que no es competente conforme al acuerdo de atribución de competencia incluido en el contrato de transporte y que, por tanto, desnaturaliza la forma de resolver las controversias prevista en el mismo, se limita a perseguir la declaración judicial de incompetencia de

⁶¹ Sobre la posible existencia de abuso de derecho cuando la cláusula de jurisdicción se refiere a terceros Estados, *vid.*, E. FERNÁNDEZ MASÍ, “Declinatoria internacional ante los tribunales españoles. La posición del Tribunal Supremo”, en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOA GONZÁLEZ (Dir.), *El Tribunal Supremo y el Derecho Internacional Privado. Volumen 1*, Murcia, Rapid Centro Color S.L., 2019, p. 128.

⁶² SSTS núm. 20/2006, de 1 de febrero, FJ. 9º; y núm. 787/2011, de 24 de octubre, FJ. 5º.

la jurisdicción española, con la consiguiente remisión al fuero competente⁶³. Segunda, si estuviéramos realmente ante un supuesto de abuso de derecho procedería reestablecer la situación que se ha pretendido evitar con el uso indebido de las normas procesales y hacer que la jurisdicción realmente aplicable se corresponda con la esencia del contrato de transporte celebrado, así como con las normas procesales aplicables⁶⁴. Dicho esto, no parece que aquélla sea la jurisdicción española, pues si el contrato es esencialmente internacional, la cláusula de jurisdicción es solo un elemento más de dicha internacionalidad y necesariamente tanto dicha jurisdicción como las normas procesales aplicables serán internacionales.

47. En línea con los argumentos anteriores, tampoco se puede afirmar que exista fraude de ley internacional, entendido éste como la alteración deliberada y engañosa de la circunstancia usada como punto de conexión por la norma de conflicto, con la finalidad de aplicar indebidamente un Derecho estatal distinto del que debería aplicarse al supuesto en cuestión⁶⁵, pues, al ser una materia mercantil y disponible, no hay razones para aplicar imperativamente la LENMAR ni tampoco existen razones por las que el porteador deba adoptar un comportamiento tan cuestionable.

48. Como se ha dicho, la elección de una determinada jurisdicción responde a la idea de la centralización de reclamaciones, así como al prestigio o especialización del fuero, más que a infundadas acusaciones de abuso de derecho, fraude de ley y mala fe. No hay finalidades oscuras o dilatorias, todo ello al margen de que tampoco resultan relevantes las concretas motivaciones subjetivas del porteador a la hora de configurar la cláusula⁶⁶. En consecuencia, consideramos que tanto la inclusión de la cláusula de jurisdicción en el contrato de transporte como la proposición de declinatoria no vulneran lo dispuesto por los arts. 7 CC y 11 LOPJ, es decir, no representan en ningún caso una conducta activa o pasiva cuya finalidad expresa o tácita sea la de provocar un daño a las contrapartes, sobrepasando los límites normales del ejercicio de dicha conducta⁶⁷.

49. En fin, no existen razones objetivas para impedir al porteador demandado la invocación ante nuestros tribunales de un derecho subjetivo que le asiste, mediante la proposición en tiempo y forma de la declinatoria de jurisdicción internacional, y que no es otro que el oponer una cláusula de jurisdicción, aunque tenga su domicilio en España o ciertas estructuras tales como sedes o filiales. A ello se une el hecho de que pueden existir importantes razones para que las partes concentren los litigios en un fuero, potenciando la seguridad jurídica⁶⁸. Yendo un paso más allá, consideramos que en relación con la nulidad de actuaciones y la nulidad de pleno derecho de los actos procesales, toda resolución dictada aplicando el art. 468 LENMAR sobre el art. 25 RBI bis, no es solo contraria al Derecho de la UE, sino que además es nula de pleno derecho con base en los arts. 225.1º LEC y 238.1º LOPJ, ya que se trata de un acto procesal producido ante un tribunal que carece de jurisdicción, pues existe un acuerdo de atribución de competencia que, con base en el art. 25 RBI bis, es válido y eficaz, pero el órgano jurisdiccional español decide atribuirse dicha competencia con una creativa e incorrecta interpretación de la ley interna para otorgarle prioridad sobre el Reglamento comunitario. También consideramos que serían nulas de pleno derecho aquellas resoluciones con base en los arts. 225.3º LEC y 238.3º LOPJ, pues se prescinde de una norma esencial del procedimiento, que no es otra que un Reglamento de la UE, provocando indefensión

⁶³ STS núm. 57/2006, de 1 de febrero, FJ. 5º.

⁶⁴ STS de 24 de octubre de 2011, RJ2011\7339, FJ. 3º.

⁶⁵ Y. ROMERO MATUTE, "La interpretación del fraude de ley internacional y el *forum shopping* por el Tribunal Supremo", en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *El Tribunal Supremo y el Derecho Internacional Privado. Volumen I*, Murcia, Rapid Centro Color S.L., 2019, pp. 138 y 150. Asimismo, *vid.*, J. Mª. ESPINAR VICENTE, *Doce reflexiones sobre el Derecho internacional privado español*, Madrid, Liceus, 2014, pp. 25-26; e ID., *Tratado elemental de Derecho Internacional Privado*, Alcalá de Henares, Universidad de Alcalá, 2008, p. 97.

⁶⁶ F. B. LANGELAAN OSSET, "Estudio jurisprudencial...", *cit.*, pp. 435-436.

⁶⁷ Sobre los límites intrínsecos del ejercicio de los derechos, *vid.*, M. ALBALADEJO, *Derecho Civil I Introducción y parte general*, Madrid, Edisofer S.L., 2009, pp. 433-436; y L. Díez-PICAZO / A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil, Volumen 1. Parte general del Derecho civil y personas jurídicas*, Madrid, Tecnos, 2016, pp. 357-363.

⁶⁸ E. FERNÁNDEZ MASÍ, "Declinatoria...", en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *El Tribunal...*, *cit.*, p. 127.

ante la aplicación arbitraria de la LENMAR sobre una norma absolutamente prioritaria en su aplicación como es el RBI bis.

V. El artículo 468 LENMAR: ¿Norma imperativa o dispositiva?

50. En relación con el fraude de ley, una cuestión adicional pasa por reflexionar acerca de la naturaleza imperativa o dispositiva del art. 468 LENMAR. Al hilo del estudio de la disciplina de los contratos de utilización del buque, PULIDO BEGINES señala que, dado que estamos ante contratos mercantiles, nos encontramos ante una normativa predominantemente dispositiva. Señala con acierto que cuando la LENMAR quiere dotar de rango imperativo a una determinada disposición lo hace expresamente, destacando como ejemplo el régimen de responsabilidad del porteador⁶⁹.

51. De esta forma, la introducción de la cláusula de jurisdicción en el conocimiento de embarque y la consiguiente proposición de declinatoria podrían tener como finalidad evitar una disposición imperativa, suponiendo que el art. 468 LENMAR lo fuese. Como se ha dicho, la disciplina normativa sobre los contratos de utilización del buque, donde se ubica sistemáticamente el contrato de transporte marítimo de mercancías bajo régimen de conocimiento de embarque, es fundamentalmente dispositiva y la imperatividad de las disposiciones de la LENMAR siempre viene declarada de forma expresa, como el art. 227.2, regulador del régimen de responsabilidad del porteador, cuyas disposiciones se aplican con carácter imperativo a cualquier contrato de transporte marítimo.

52. En concreto, dicha imperatividad se extiende desde el mencionado precepto hasta el art. 285 LENMAR, relativo a las protestas. Señalado lo anterior y siguiendo la idea, según la cual, *sensu contrario*, en aquella materia en la que no se disponga expresamente la imperatividad habrá de presumirse que nos encontramos ante un precepto dispositivo, ello nos permite afirmar que el art. 468 LENMAR podría ser excluido, ya no por la primacía del RBI bis, sino por la simple voluntad de las partes. Esto sería así porque, al contrario que el mencionado régimen de responsabilidad, dicho precepto no cuenta en su texto con la citada prescripción de imperatividad.

53. Con todo, aun siendo un argumento de nuestro propio cuño, se le pueden hacer dos críticas. Primera, es ciertamente forzado pretender que cada precepto consigne expresamente que se trata de una disposición imperativa para que efectivamente lo sea. Pensemos en el art. 2 LENMAR, relativo a las fuentes e interpretación de la norma, el cual, no consignando imperatividad alguna, es del todo claro, a nuestro entender, que no puede ser desplazado por la autonomía de la voluntad de las partes o alterar la prelación de las fuentes previstas. En la misma línea, la doctrina ha puesto de manifiesto:

la falta de precisión sobre la naturaleza imperativa o dispositiva de los preceptos que conforman la Ley de Navegación Marítima. Aunque existen previsiones singulares [...] no existe una declaración general al respecto. De todos modos [...], la regla interpretativa básica en la LNM es que sus normas son, en principio, dispositivas salvo previsión expresa o implícita pero clara que justifiquen la imperatividad de la norma⁷⁰.

54. Segunda, el art. 468 LENMAR en relación con el art. 2 de dicha norma, consagra la primacía del Derecho de la UE, lo que excluiría de plano la aplicación de la LENMAR a supuestos en los que sea de aplicación el RBI bis. En fin, quizá esta segunda crítica reconduzca nuestro argumento a buen puerto en el sentido de que, si la propia LENMAR reconoce la primacía del RBI bis a la hora de analizar una cláusula que designa los tribunales de un Estado miembro, entonces tanto aquélla como la proposición de declinatoria no constituyen fraude de ley y, consecuentemente, el art. 468 LENMAR no será una disposición de carácter imperativo cuya aplicabilidad se pretenda evitar. De esta forma, consideramos

⁶⁹ J. L. PULIDO BEGINES, *Curso...*, cit., p. 209.

⁷⁰ C. SALINAS ADELANTADO, *Manual...*, cit., pp. 43-44.

que el art. 468 LENMAR no resulta subsumible en ninguna de las categorías de normas imperativas (*i.e.* imperativas; de policía y seguridad; y de orden público) identificadas por nuestra mejor doctrina internacional privatista⁷¹.

VI. El uso que las partes conocen o deben conocer

1. Actividad probatoria del porteador en relación con el art. 25.1.c) RBI bis

55. Habiendo tratado todas las cuestiones anteriores, es de señalar que la cuestión de la vinculación del cargador en relación con la cláusula de jurisdicción pasa por la apreciación de que la inclusión de aquélla en el contrato de transporte marítimo de mercancías bajo conocimiento de embarque constituye un uso del comercio internacional que las partes en estos contratos conocen o deben conocer. En el caso concreto, nos encontramos con una empresa con más de cuatro décadas de experiencia en el comercio internacional, exportando gran parte de su producción por todo el mundo. De esta forma, la Audiencia Provincial de Madrid entiende que no puede alegar desconocimiento de la cláusula. Como se ha indicado ya, la Audiencia dispuso que:

[...] siendo notoria la naturaleza usual o habitual de esa clase de pactos en el comercio marítimo internacional, el conocimiento y asunción de un clausulado como el que fundamenta la presente declinatoria cabe presumirlo en un cargador que recibe el documento en el mismo momento en que entrega la carga para su transporte sin mostrar la menor contrariedad hacia ninguno de los contenidos de su clausulado, especialmente teniendo en cuenta que la asegurada de la demandante [...] es una empresa con más de 45 años de experiencia en la elaboración de carne de porcino que produce más de 225.000.000 kgs/año y que destina más del 75 % de dicha producción a la exportación llegando con regularidad a más de 42 países de Asia, África, América y Europa [...].

56. Por ello, la siguiente cuestión a tratar en el presente trabajo es la concreta actividad probatoria tendente a la demostración de que la contraparte del porteador conoce o debe conocer el mencionado uso del comercio internacional. En relación con dicha actividad probatoria, cuya finalidad última es, a su vez, la prueba de la validez y eficacia de la cláusula de jurisdicción, así como su oponibilidad frente a terceros, realizamos en las siguientes líneas una propuesta de análisis de dicha actividad tendente a satisfacer las exigencias formales del art. 25 RBI bis, es decir, no en relación con la acreditación o desacreditación del daño, pérdida o retraso alegado por el demandante, sino centrados en la cláusula de jurisdicción y en el uso del comercio internacional.

A) Prueba documental: los documentos privados

57. Sin perjuicio de la obtención de pruebas de forma ilícita⁷² y vistas las resoluciones judiciales que recaen en estos casos, la actividad probatoria del porteador marítimo demandado, ya sea contractual o efectivo, se nos antoja sencilla. Lo más habitual suele ser la prueba documental, es decir, la aportación al proceso del conocimiento de embarque en cuestión, así como de la cotización del transporte, confirmaciones de reserva y los correos electrónicos que las partes se hayan intercambiado durante toda la relación comercial, entre otros documentos habituales. De ahí que sea muy recomendable llevar un

⁷¹ Sobre las normas imperativas, en general, *vid.*, J. M.^a ESPINAR VICENTE, *Doce reflexiones...*, cit., pp. 23-24; e ID., *Tratado elemental...*, cit., pp. 122-123. Por el contrario, otros sostienen que dicho precepto se trata de *una norma imperativa con rango de ley*. Sobre esta idea en su contexto, *vid.*, A. ZURIMENDI ISLA, “Capítulo 2...”, en P. J. BAENA BAENA / N. LÓPEZ SANTANA (DIRS.), *Estudios...*, cit., p. 262.

⁷² Sobre la prueba ilícita, *vid.*, M. MARCOS GONZÁLEZ, “Doctrina constitucional sobre la prueba ilícita”, *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 88, 2011, p. 1; y J. M.^a GONZÁLEZ GARCÍA, “Aspectos sobre la prueba ilícita en el derecho español”, *Estudios Jurídicos*, núm. 2007, 2007.

escripulosos control de todas las comunicaciones enviadas y recibidas por correo electrónico, así como de la documentación original en papel.

58. En estos casos, consideramos que los documentos privados son el medio de prueba más sencillo y directo de obtener (arts. 299.3º y 324-327 LEC), pues el porteador marítimo los aporta directamente de sus archivos. Además, recuérdese que el conocimiento de embarque recoge la totalidad de los derechos y obligaciones *inter partes*, por lo que aportarlo al proceso íntegro y en buenas condiciones es de crucial importancia. En relación con la prueba de los usos y costumbres del sector (*i.e.* inclusión de cláusulas de jurisdicción en los conocimientos de embarque), los documentos privados también vuelven a resultar de utilidad, pues todos los grandes portadores marítimos incluyen cláusulas de jurisdicción y ley aplicable en sus conocimientos de embarque.

59. Tras este apartado se han analizado las mencionadas cláusulas, lo que viene a demostrar dos cuestiones fundamentales: (i) los portadores marítimos incluyen generalmente cláusulas de jurisdicción en sus términos y condiciones de transporte, por lo que no se trata de una circunstancia exclusiva de uno solo; y (ii) dado que dichos términos y condiciones son públicos y siempre accesibles, es decir, sin necesidad de tener que cotizar un transporte para poder acceder a los mismos, están siempre disponibles tanto si se desea cotizar aquél como si simplemente se desea comparar entre diferentes portadores marítimos.

60. Volviendo a la actividad probatoria y en relación con lo que se acaba de apuntar, dado que la costumbre debe ser probada (art. 281.2 LEC), pueden aportarse al proceso tanto conocimientos de embarque propios de la naviera demandada como de otras compañías navieras que los tienen publicados en sus respectivas páginas *web*. Ello viene a demostrar que, como se ha dicho, la inclusión de las cláusulas de jurisdicción en los conocimientos de embarque no es ni exclusiva de una relación comercial concreta ni tampoco se limita a un solo porteador marítimo. Con todo, la prueba del mencionado uso no suele plantear problemas, pues no es habitualmente cuestionado. Más bien se alegan cuestiones relativas a la falta de firma de la cláusula, el idioma de redacción, su texto más o menos claro, la oponibilidad frente a terceros, etc...⁷³.

B) El interrogatorio de las partes y la prueba pericial

61. Siguiendo con los medios de prueba, también podría proponerse el interrogatorio de las partes y la prueba pericial. En relación con el interrogatorio de las partes (arts. 301 y ss. LEC), las preguntas deberían ir dirigidas a hechos y circunstancias que pongan de manifiesto que la contraparte del porteador marítimo conoce o debe conocer el mencionado uso. Cuestiones como las relaciones comerciales previas entre las partes o el objeto social de la contraparte pueden resultar determinantes y, en este sentido, tanto si se llega a plantear dicho interrogatorio como si se está analizando en abstracto la cuestión, debemos plantearnos los siguientes interrogantes con base en el art. 25.1.c) RBI bis:

¿Se mantuvieron relaciones comerciales previamente con la demandada? ¿Aún no habiendo relaciones comerciales previas qué grado de conocimiento tiene del sector y del transporte marítimo? ¿Podría indicar ésta los términos y condiciones que en las mismas resultaron aplicables? ¿Variaron dichos términos de una operación a otra? ¿Conocía aquélla los términos y condiciones de otros portadores marítimos? ¿Cuál es la naturaleza y objeto de su actividad empresarial? ¿Es consciente, o puede serlo, de que en el transporte marítimo internacional de mercancías bajo conocimiento de embarque es frecuente la inclusión de cláusulas de jurisdicción aplicable?

⁷³ Sobre la alegación de estos motivos en sede de recurso de apelación, *vid.*, F. B. LANGELAAN OSSET, “Consideraciones normativas...”, cit., pp. 408-437.

62. En realidad, simplemente con la prueba documental quedarían acreditados todos los extremos que con dichas preguntas quedarían reforzados. Por lo que respecta a la pericial, pueden encargarse informes y dictámenes tanto de abogados como de académicos que analicen extremos tales como el actual marco normativo (arts. 25 RBI bis, 21.1 y 22 bis LOPJ, 36.1 LEC y 468 LENMAR, entre otros), los usos y costumbres del sector del transporte marítimo de mercancías (inclusión de las cláusulas de jurisdicción, uso del idioma inglés, contratación en masa y formularios tipo, etc...) o la jurisprudencia que se considere más relevante en estos casos. Podemos citar como ejemplos las SSTJCE de 19 de junio de 1984, As. C-71/83, *Partenreederei ms. Tilly Russ, Ernest Russ y NV Haven & Vervoerbedrijf Nova, NV Goeminne Hout*; de 16 de marzo de 1999, As. C-159/97, *Trasporti Castelletti Spedizioni Internazionali SpA y Hugo Trumphy Spa*; y de 9 de noviembre de 2000, As. C-387/98, *Coreck Maritime GmbH y Handelsveem BV* y otros (en adelante STJCE *Coreck*) y SSTS núm. 697/2005, de 29 de septiembre; núm. 116/2007, de 8 de febrero; y núm. 428/2008, de 27 de mayo, entre muchas otras.

63. Todo este análisis vendría a demostrar que es prácticamente imposible que la contraparte del porteador marítimo no conocía o debía conocer el uso del comercio internacional que venimos estudiando⁷⁴. Por su parte, la pericial sobre estas cuestiones vendría a reforzar los escritos procesales del porteador marítimo, así como las resoluciones judiciales en las que ya se vienen realizando la exposición del contexto normativo y jurisprudencial presente hasta el momento en que surge la controversia.

2. El conocimiento del uso y la prueba de dicho conocimiento

64. Yendo un paso más allá en relación con lo que se viene analizando sobre la actividad probatoria del porteador, consideramos que difícilmente puede cualquier contraparte que se relacione con aquél alegar que no conocía el uso del comercio internacional consistente en la inclusión de cláusulas de jurisdicción en los conocimientos de embarque. Todos los cargadores y destinatarios de mercancías cuentan con asesoramiento legal tanto interno como, si es necesario, externo y el uso consistente en incluir cláusulas de jurisdicción en los conocimientos de embarque es algo básico y consustancial al transporte marítimo internacional de mercancías en régimen de conocimiento de embarque. Basta con leer la amplia doctrina científica y jurisprudencia sobre la materia para que la cuestión no pase desapercibida ni al abogado especializado en Derecho del Transporte ni al que no conoce en profundidad la cuestión por su obvia notoriedad en el sector. Por tanto, complementariamente a lo que se ha señalado en relación con la actividad probatoria del porteador, sostenemos que el conocimiento del uso de la contraparte de aquél puede quedar demostrado mediante el análisis de los siguientes elementos que podrán o no darse simultáneamente en el caso concreto y sin perjuicio de que puedan considerarse otros.

A) Objeto social de la empresa y cifra o volumen de negocio

65. Una empresa dedicada habitualmente a la exportación e importación de cualquier tipo de mercancías no puede alegar desconocimiento o falta de uso o práctica, pues en su negocio diario manejará todo tipo de documentos de transporte y, fundamentalmente, documentos del transporte marítimo como los conocimientos de embarque. Piénsese en el habitual caso de una empresa que tiene por objeto la importación de marisco congelado de Asia o de fruta de Sudamérica y que, con toda seguridad, realizará dicha importación mediante un contrato de transporte en régimen de conocimiento. En concreto, en

⁷⁴ Extensamente sobre el acuerdo de atribución de competencia celebrado en una forma conforme a los usos del comercio internacional que las partes conocen o deben conocer, *vid.*, R. ESPINOSA CALABUIG, “Las cláusulas de jurisdicción en los conocimientos de embarque y el artículo 17 privado del Convenio de Bruselas de 1968 (Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 16 de marzo de 1999, *Trasporti Castelletti Spedizioni Internazionali SpA c. Hugo Trumphy, C-159/97*)”, *La Ley*, núm. 4, 2000, pp. 1744-1749; y A. RODRÍGUEZ BENOT, “Transporte marítimo de mercancías, Espacio Judicial Europeo y cláusulas de elección de foro (A propósito de la Sentencia del TJCE en el asunto C-159/97, *Castelletti c. Trumphy*)”, *Unión Europea Aranzadi*, núm. 5, 2000, pp. 31-41.

estos casos, mediante contenedores refrigeradores o *refeer*. Por otro lado, la cifra o volumen de negocio puede dar una idea del grado en que una empresa está acostumbrada a actuar en el comercio internacional en función de cuánto porcentaje de su actividad o producción destine al mismo. Cuanta más producción destine, mejor conocerá aquél y los usos del transporte marítimo. Esta idea conecta con lo que se verá sobre la habitualidad en la contratación de transportes. Si, por el contrario, exporta relativamente poco, habrá de acudir a otros elementos como la diligencia debida.

B) Deber de diligencia debida

66. Tanto en el comercio internacional, como en otros ámbitos, debe desplegarse un deber de diligencia debida, que permita a la contraparte conocer tanto sus derechos como sus obligaciones, entre ellas la de someter las controversias a un determinado método de resolución de las mismas. En los casos objeto de estudio podemos concretar el deber de diligencia en la averiguación tendente a determinar en qué condiciones se transporta la mercancía y qué consecuencias legales puede tener la operación. Una empresa puede no tener ningún conocimiento en cuanto a las condiciones específicas y todos los detalles y matices de un transporte marítimo internacional, pero en un mundo global, internacional e interconectado, resulta dudoso que no pueda buscar el asesoramiento jurídico, comercial y operacional necesario. Este asesoramiento podrá venir por tres vías fundamentalmente: la asesoría jurídica interna, la asesoría jurídica externa y el propio servicio de atención al cliente del porteador, cargador o transitario.

67. Ninguna asesoría jurídica, sobre todo interna, va a autorizar o dar vía libre a una operación comercial que puede resultar en un litigio cuyos costes puedan llevar a serios problemas económicos a la empresa. Si bien el departamento comercial puede obviar el consejo legal y asumir el riesgo de la operación, lo que queremos transmitir aquí es que dicho departamento legal, entre otras cuestiones, pondrá seguramente de manifiesto que en la modalidad de transporte objeto de estudio existen determinadas cláusulas problemáticas, entre ellas la remisión de la resolución de las controversias a un tribunal extranjero.

C) Habitualidad en la contratación de transportes

68. La realización de más de un transporte evidencia, sin lugar a dudas, el conocimiento del uso, si bien no consideramos que la inexperiencia justifique el desconocimiento por lo que hemos señalado en el punto anterior. Si consideramos una empresa que va a realizar su primer transporte marítimo en régimen de conocimiento de embarque es de esperar que no conozca todas sus particularidades y, precisamente, ante este desconocimiento e inseguridad comercial y jurídica, busque en un primer momento el asesoramiento necesario para conocer los costes y riesgos de ese transporte, pues si bien no existe la operación comercial con riesgo cero, sí es necesario conocerlo para valorar si resulta asumible y en qué condiciones, sobre todo para no prejuzgar las coberturas de seguros que tenga suscritas la empresa.

69. Realizado un transporte marítimo de mercancías bajo conocimiento de embarque y dado que los subsiguientes serán esencialmente iguales, incluso si se cambia de porteador marítimo⁷⁵, salvo los términos comerciales, que serán diferentes, el contrato de transporte presentará sustancialmente el mismo contenido. Por ello, visto y analizado un solo conocimiento de embarque ninguna empresa que actúe en el comercio internacional con la diligencia de un ordenado comerciante (art. 1104 CC) podrá sostener que no conoce la existencia y consecuencias de dichas cláusulas⁷⁶. Yendo más allá, dada la importancia de la cuestión de las cláusulas de jurisdicción en los conocimientos de embarque, una mera búsqueda

⁷⁵ Téngase aquí presente la uniformidad relativa en todos los conocimientos de embarque de las navieras más importantes del mundo.

⁷⁶ Extensamente, *vid.*, I. RAMOS HERRANZ, “El estándar mercantil de diligencia: el ordenado empresario”, *Anuario de Derecho Civil*, núm. 1, 2006, pp. 195-226.

en cualquier buscador de *internet* nos pondrá de relieve su problemática, junto a otros aspectos como la responsabilidad del porteador y su derecho a limitarla.

3. Consideraciones finales sobre el uso

70. El mencionado uso ni es desconocido ni es oculto en el sector y basta con unas sencillas pesquisas para encontrarlo, estudiarlo y comprenderlo, sin necesidad de ser un experto en la materia. De esta forma si nos encontramos con una empresa dedicada a la exportación de productos, realizando un diligente análisis de las operaciones de transporte y contratando estos con una cierta habitualidad, entonces consideramos que esta fuera de toda duda que la aquélla conoce o debe conocer el uso del comercio internacional que venimos tratando. Si, por el contrario, alguno de estos elementos decae o no están del todo claros, entonces si, por ejemplo, la empresa se dedica al comercio de mariscos y no exporta su producción, siendo todos los transportes nacionales, cabría preguntarse si en este caso podemos afirmar que conoce o debe conocer el uso mencionado. Como se ha dicho, dado que contará con asesoramiento jurídico tanto externo como interno, que analizará las consecuencias jurídicas de la operación de transporte, no consideramos que pueda sustraerse al conocimiento de un uso que no tiene nada de secreto u oscuro y que dicho asesoramiento se encargará de poner de manifiesto. Hacemos aquí una aplicación extensiva del art. 6.1 CC, en virtud del cual la ignorancia de dicho uso no exime de su cumplimiento, si bien el precepto se refiere a la ley. Por ello, el objeto social y la habitualidad en la contratación de transportes no pueden constituir un escudo usado por las contrapartes del porteador para esquivar la aplicación del art. 25.1.c) RBI bis. En cuanto a la diligencia debida, si existe entonces no se puede alegar desconocimiento, pues habrá realizado las pesquisas pertinentes para informarse. Si, por el contrario, no se molestó en investigar los usos del comercio internacional en el marco de sus operaciones comerciales, entonces no creemos que ello sea merecedor de protección jurídica especial ni que pueda servir como medio para evitar el precepto del Reglamento comunitario.

VII. Análisis de las cláusulas de jurisdicción de los siete porteadores más relevantes

1. Consideraciones generales

71. Al objeto de facilitar el estudio de todo lo apuntado en relación con la actividad probatoria del porteador marítimo, así como para mostrar el estado actual de las cláusulas de jurisdicción, a continuación se transcriben y analizan las cláusulas de jurisdicción y ley aplicable de las siete navieras más importantes del mundo en términos de flota, tamaño de la empresa y volumen de mercancía transportada⁷⁷. El análisis se va a centrar, al igual que se realizó al inicio del presente trabajo en relación con *Maersk*, en la estructura interna de cada cláusula y, consecuentemente, no se va a entrar en la forma en que las designaciones vienen efectuadas, para lo cual nos remitimos a un trabajo específico sobre la cuestión⁷⁸.

72. Al efectuar el análisis de la estructura interna de la cláusula transcrita al comienzo del presente trabajo, mencionábamos que aquélla presentaba dos partes diferenciadas y aplicables en función del trayecto marítimo concreto, es decir, en esencia en la práctica se distingue en función de si el transporte se produce desde o hacia los Estados Unidos de América para desencadenar la jurisdicción del tribunal designado. Junto a ello encontrábamos una opción a la sola discreción del porteador. Pues bien, ello nos lleva a poner en relación dicho análisis preliminar con el resto de cláusulas de jurisdicción y ley aplicable de los principales porteadores marítimos identificando que, dentro de su estructura interna, las

⁷⁷ Sobre esta afirmación, *vid.*, CARGOFIVE. “Top 10 de navieras en el mundo”. 2023. [Consultado el 31/03/2023]. Acceso en: <https://cargofive.com/es/top-10-de-navieras-en-el-mundo/>.

⁷⁸ Sobre las designaciones más habituales en la práctica del sector, así como su admisibilidad y tratamiento por nuestra jurisprudencia, *vid.*, F. B. LANGELAAN OSSET, “La cláusula de jurisdicción...”, *cit.*, pp. 188-195.

cláusulas presentan generalmente tres partes o reglas a la hora de configurar su contenido y distribuir la jurisdicción competente para conocer de las controversias que surjan o puedan surgir bajo el contrato de transporte marítimo de mercancías, a saber, una regla general, una regla especial y, por último, una regla residual. Todas ellas son analizadas con la finalidad de comprender las cláusulas de jurisdicción insertas en conocimientos de embarque más frecuentes en la práctica diaria del sector.

2. Regla general y regla especial para designar la jurisdicción y la ley aplicable

73. Dentro de la regla general encontramos un primer bloque de portadores en los que la opción más frecuente es la jurisdicción de la *High Court of Justice of London* y como ley aplicable el Derecho inglés en relación con transportes que tienen lugar entre puntos que no son desde o hacia los Estados Unidos de América. Sin embargo, cuando el transporte quede comprendido en dicho trayecto, entonces se aplica la regla especial y cambia a la jurisdicción de la *United States District Court of New York* y, consecuentemente, la ley aplicable es el Derecho de los Estados Unidos. Estas reglas general y especial que otorgan la jurisdicción internacional a uno u otro órgano jurisdiccional en función del trayecto que realizan las mercancías son las que siguen *Maerks*⁷⁹, *MSC*⁸⁰ y *Evergreen Line*⁸¹. En el caso de esta última naviera, así como en el de *COSCO*, además se prevé que cuando el tribunal estadounidense designado no sea competente para conocer el asunto, lo será, en cualquier caso, otro tribunal de Nueva York, de tal forma que no apliquen otras reglas del conocimiento de embarque, como la regla general. Además, *MSC*, por su parte, incluye expresamente en la cláusula la renuncia de la contraparte del porteador a objetar a las jurisdicciones ahora señaladas (*i.e.*, *The Merchant waives any objection to the personal jurisdiction over the Merchant of the above agreed fora*), lo cual, en la práctica, no impide el planteamiento de las demandas ante tribunales españoles. Por su parte, *COSCO* consigna expresamente en la cláusula la circunstancia de que la jurisdicción se establece para el solo beneficio del porteador y que sólo éste puede renunciar a ella (*i.e.*, *This Law and Jurisdiction Clause is intended solely for the Carrier's benefit and may be unilaterally waived by the Carrier*). Entendemos que dicha renuncia podría tener lugar en dos circunstancias. Primera, en el caso de que el porteador aplicase la regla residual de la cláusula de jurisdicción, que será comentada más adelante. Segunda, cuando el porteador sea demandado en una jurisdicción distinta de la indicada en el conocimiento de embarque y, voluntaria y conscientemente, decida someterse tácitamente a dicha jurisdicción tras haber sido demandado por su contraparte. Dicho de otra forma, que no proponga declinatoria de jurisdicción internacional en tiempo y forma o que realice cualquier actuación distinta de dicha proposición.

⁷⁹ MAERKS. “*Terms for Carriage*”. 2023. [Consultado el 31/03/2023]. Acceso en: <https://terms.maersk.com/carriage>.

⁸⁰ Cl. 10.3. *Jurisdiction. It is hereby specifically agreed that any suit by the Merchant, and save as additionally provided below any suit by the Carrier, shall be filed exclusively in the High Court of London and English Law shall exclusively apply, unless the carriage contracted for hereunder was to or from the United States of America, in which case suit shall be filed exclusively in the United States District Court, for the Southern District of New York and U.S. law shall exclusively apply. The Merchant agrees that it shall not institute suit in any other court and agrees to be responsible for the reasonable legal expenses and costs of the Carrier in removing a suit filed in another forum. The Merchant waives any objection to the personal jurisdiction over the Merchant of the above agreed fora. In the case of any dispute relating to Freight or other sums due from the Merchant to the Carrier, the Carrier may, at its sole option, bring suit against the Merchant in the fora agreed above, or in the countries of the Port of Loading, Port of Discharge, Place of Delivery or in any jurisdiction where the Merchant has a place of business.* Para la consulta de los términos generales de *MSC*, *vid.*, *MSC. “Bill of Lading”*. 2023. [Consultado el 31/03/2023]. Acceso en: <https://www.msc.com/en/carrier-terms>.

⁸¹ Cl. 29. *Law and Jurisdiction. (1) Non-U.S. Trades: All claims arising hereunder shall be brought and heard solely in the High Court of London, England to the exclusion of any other forum. Except as provided elsewhere in this Bill, English law shall apply to such claims. (2) U.S. Trades: Notwithstanding anything in subparagraph (1) above, where the shipment covered by this Bill is to or from the U.S.A. (including its districts, territories and possessions), all claims arising hereunder shall be brought and heard solely in the U.S. District Court for the Southern District of New York, or if that court is not competent to hear the matter, in any competent state or city located in New York County, to the exclusion of any other forum. Except as otherwise set out herein, United States law shall apply to such claims. (3) Notwithstanding anything in subparagraphs (1) and (2) above, the Merchant agrees that the Carrier may commence proceedings against the Merchant before the courts of the Merchant's place of business, the Port of Loading, the Port of Discharging, or any other competent jurisdiction.* Para la consulta de los términos y condiciones generales de *Evergreen Line*, *vid.*, *EVERGREEN LINE. “Bill of Lading Clauses”*. 2023 [Consultado el 31/03/2023]. Acceso en: <https://www.evergreen-line.com/blclauses/jsp/BillOfLadingClauses.jsp>.

74. En relación con la afirmación señalada del conocimiento de embarque de *MSC*, sostenemos que puede ser un argumento más a favor de que la contraparte del porteador se encuentra vinculada por la cláusula de jurisdicción y que, no impidiendo *per se* la interposición de la demanda ante los órganos jurisdiccionales españoles, sí vendría a constituir un argumento clave en la proposición de la declinatoria del porteador marítimo, así como en su estimación. Entendemos que ello sería así pues, siguiendo a la Audiencia Provincial de Madrid, si cabe la presunción del consentimiento *en un cargador que recibe el documento en el mismo momento en que entrega la carga para su transporte sin mostrar la menor contrariedad [...]*⁸², consecuentemente, también cabe presumir que ha renunciado a presentar cualquier objeción a la jurisdicción contenida en la cláusula. Por lo que respecta al destinatario de la mercancía, habrá que comprobar si presta su consentimiento con base en el art. 25 RBI bis⁸³ y la aseguradora se ve vinculada por la cláusula simplemente porque actúa subrogada en la posición de su asegurado⁸⁴.

75. No obstante, lo anterior no ahorra al porteador la necesaria proposición de declinatoria, pues lo que no puede implicar la anterior afirmación del conocimiento de embarque de *MSC* ni lo señalado por la Audiencia es la renuncia general de la contraparte a interponer demandas en España. Aquélla tiene la facultad de poder accionar contra el porteador en cualquier jurisdicción, incluida la española, y aquél tiene, como facultad correlativa y opuesta, la de proponer declinatoria para hacer valer el acuerdo de atribución de competencia. De esta forma, entendemos que la afirmación del conocimiento de embarque de *MSC* debe ser entendida en el sentido de que una vez propuesta declinatoria de jurisdicción internacional, salvo que el porteador hubiere incurrido en sumisión tácita, entonces la declinatoria de aquél debería ser estimada sin más objeciones, pues nos encontramos con una cláusula contractual válidamente introducida con base en el art. 25.1.c) RBI bis y ante una materia no excluida ni de su ámbito material de aplicación ni afecta por competencia exclusivas o fueros especiales de protección.

76. En otro bloque de navieras la regla general que siguen las designaciones de los conocimientos de embarque adquiere un cierto cariz doméstico, por así decirlo, al acudir a la jurisdicción y Derecho aplicable del lugar donde tienen su domicilio, es decir, se trata de una regla general basada en la nacionalidad de la propia empresa. Así, en el caso de *CMA-CGM*⁸⁵, empresa francesa, la regla general es la jurisdicción del *Tribunal de Commerce de Marseille* y como ley aplicable el Derecho francés. Por su parte, *COSCO*⁸⁶, empresa china, presenta como regla general la jurisdicción de la *Shanghai*

⁸² AAP de Madrid núm. 93/2019, de 5 de julio, FJ. 3º.

⁸³ En el caso de que el tercero tenedor del conocimiento de embarque no suceda al cargador en todos sus derechos y acciones con base en el Derecho nacional aplicable, la jurisprudencia comunitaria establece que el consentimiento deberá verificarse nuevamente con base en el Reglamento comunitario. En este sentido, *vid.*, STJCE *Coreck*, apdo. 27: [...] una cláusula atributiva de competencia acordada entre un porteador y un cargador e incluida en un conocimiento de embarque produce efectos frente al tercero tenedor del conocimiento siempre y cuando, al adquirirlo, éste haya sucedido al cargador en sus derechos y obligaciones en virtud del Derecho nacional aplicable. De lo contrario, es preciso verificar que ha dado su consentimiento a dicha cláusula respecto de las exigencias del artículo 17, párrafo primero, del Convenio.

⁸⁴ La aseguradora que actúa subrogada en la posición de su asegurado tras indemnizarle, no puede alegar que lo convenido por su asegurado es *res inter alios acta* (STS núm. 942/1993, de 13 de octubre, FJ. 2º).

⁸⁵ *Cl. 31. JURISDICTION. All claims and actions arising between the Carrier and the Merchant in relation with the contract of Carriage evidenced by this Bill of Lading shall be brought before the Tribunal de Commerce de Marseille and no other Court shall have jurisdiction with regards to any such claim or action. Notwithstanding the above, the Carrier is also entitled to bring the claim or action before the Court of the place where the defendant has his registered office.* Para la consulta de los términos y condiciones generales de *CMA-CGM*, *vid.*, *CMA-CGM. "Bill of Lading CMA CGM Terms and Conditions"*. 2023. [Consultado el 31/03/2023]. Acceso en: <https://www.cma-cgm.com/static/eCommerce/Attachments/BILL%20OF%20LADING%20CMA%20CGM%20Terms%20and%20Conditions%20online%20version%2002.2020.pdf>.

⁸⁶ *Cl. 27. LAW AND JURISDICTION. (1) Except as provided in Clause 27(2) below, all claims against the Carrier must be brought and heard exclusively in the Shanghai Maritime Court of P. R. China. Except as provided elsewhere in this Bill of Lading, laws of P. R. China shall apply to such claims. (2) Where the shipment covered by this Bill of Lading is to or from the United States of America (including its districts, territories and possessions), all claims arising hereunder must be brought and heard exclusively in the United States District Court for the Southern District of New York, or if that court is not competent to hear the matter, in any competent state or city court located in New York County. Except as otherwise set out herein, the United States law, including the Carriage of Goods by Sea Act 1936, shall apply to such claims. Where U.S. COGSA applies, then the provisions stated in said Act shall govern during carriage of the Goods before loading on the vessel at the port of loading and*

Maritime Court y como ley aplicable el Derecho chino. En cuanto a *Hapag-Lloyd*⁸⁷, empresa alemana, dicha naviera tiene como regla general las *Hamburg courts* y como ley aplicable el Derecho alemán y como regla especial, para el caso en el que sea el porteador quien demande a la contraparte, los tribunales del lugar en el que aquélla tenga actividad o negocios. Una designación ciertamente amplia en la que entraremos en el siguiente punto, pues, mientras que para *Hapag-Lloyd* es una regla especial, para el resto de navieras es una opción residual. Por último, *ONE*⁸⁸, empresa singapurense, tiene como regla general la jurisdicción de la *Singapore High Court* y como ley aplicable el Derecho de Singapur. Como regla especial hace referencia, al igual que otras navieras, a la ley de Estados Unidos para transportes desde o hacia dicho Estado, pero sin indicar el concreto órgano jurisdiccional designado. En este sentido, cabe presumir que se podrá acudir a cualquier órgano jurisdiccional de dicho Estado y no solo a aquellos ubicados en el Estado de Nueva York, siendo ésta también una designación realizada en términos amplios.

3. Regla residual para designar la jurisdicción y la ley aplicable

77. Vistas las reglas generales y especiales más frecuentes, encontramos la regla residual, que vendría a aplicar para casos distintos de los ahora mencionados o bien como subespecialidades dentro de la regla especial. Así, el conocimiento de embarque de *MSC* prevé que para litigios en relación con materias concretas, es decir, sobre el flete, así como con otras sumas debidas al porteador, éste podrá demandar a su contraparte en los puertos de carga o descarga, en el lugar donde se haya efectuado la entrega o en cualquier jurisdicción en la que la contraparte tenga una sede.

78. En una línea sustancialmente similar, aunque ciertamente más amplia, *COSCO* contempla los puertos de carga o descarga, los lugares de recogida o entrega de la mercancía, cualquier otro lugar relacionado con el transporte (*i.e., [...] or any other place related to the carriage*), así como lugares en los que la contraparte tenga actividad comercial o activos (*i.e., [...] or where the Merchant has a place of business or has assets*), para cualquier materia a elección del porteador. Siendo nuestra posición abiertamente favorable a las cláusulas de jurisdicción en relación con su validez formal, eficacia y oponibilidad frente a terceros, ha de admitirse necesariamente que la regla residual del conocimiento de embarque de *COSCO* resulta excesivamente amplia y ello, a nuestro entender, la convierte en muy onerosa para su contraparte, lo cual puede redundar en la declaración de nulidad por parte de nuestros tribunales, por

following discharge from the vessel at the port of discharge, and throughout the time that the Goods are in the Carrier's possession, custody or control. (3) This Law and Jurisdiction Clause is intended solely for the Carrier's benefit and may be unilaterally waived by the Carrier, in whole or in part, before or after proceedings are commenced. The Carrier shall be entitled, at its sole option, to pursue any claim against the Merchant in the jurisdiction agreed above, or in any jurisdiction of competent court in the Place of Receipt, the Port of Loading, the Port of Discharging, the Place of Delivery, or any other place related to the carriage, or where the Merchant has a place of business or has asset. Para la consulta de los términos y condiciones generales de *COSCO*, *vid.*, *COSCO. "Terms and Conditions"*. 2023. [Consultado el 31/03/2023]. Acceso en: https://lines.coscoshipping.com/lines_resource/pdf/coscon_tidan_cn.pdf.

⁸⁷ *Cl. 25. Law and Jurisdiction. Except as otherwise provided specifically herein any claim or dispute arising under this Bill of Lading shall be governed by the law of the Federal Republic of Germany and determined in the Hamburg courts to the exclusion of the jurisdiction of the courts of any other place. In case the Carrier intends to sue the Merchant the Carrier has also the option to file a suit at the Merchant's place of business. In the event this clause is inapplicable under local law then jurisdiction and choice of law shall lie in either the port of loading or port of discharge at Carrier's option.* Para la consulta de los términos y condiciones generales de *Hapag-Lloyd*, *vid.*, *HAPAG-LLOYD. "Bill of Lading. Terms and Conditions"*. 2023. [Consultado el 31/03/2023]. Acceso: https://www.hapag-loyd.com/content/dam/website/downloads/pdf/Hapag-Lloyd_Bill_of_Lading_Terms_and_Conditions.pdf.

⁸⁸ *25. Governing Law and Jurisdiction. 25.1 Subject to Clause 25.2 below, the contract evidenced by or contained in this Bill shall be governed by Singapore law except as may be otherwise provided for herein. Unless otherwise agreed by the Carrier, any action against the Carrier hereunder must be brought exclusively before the Singapore High Court. Any action by the Carrier to enforce any provision of this Bill may be brought before any court of competent jurisdiction at the option of the Carrier. 25.2 For shipments to or from the United States of America (including its districts territories and possessions), the contract evidenced by or contained in this Bill shall be governed by U.S law.* Para la consulta de los términos y condiciones de *ONE*, *vid.*, *ONE. "B/L Terms"*. 2023. [Consultado el 31/03/2023]. Acceso en: <https://www.one-line.com/en/standard-page/b/l-terms>.

entender éstos que no queda clara la jurisdicción designada ni que tampoco existen elementos objetivos suficientes para identificarla *ex ante*⁸⁹.

79. En el mismo sentido, *Evergreen Line* contempla que a elección del porteador y, asimismo, en relación con cualquier materia, aquél podrá demandar a su contraparte en el lugar en el que ésta tenga negocios, en los puertos de carga o descarga, así como en cualquier otra jurisdicción competente. Nuevamente nos encontramos con una designación que consideramos excesivamente amplia y que, como se ha dicho, puede plantear problemas de validez en relación con la dificultad para ser interpretada. Es también el caso de *ONE*, cuya regla residual hace referencia a que el porteador podrá demandar a su contraparte ante cualquier órgano jurisdiccional competente, a su elección. Por último, *Hapag-Lloyd* tiene como regla residual una circunstancia que ninguna otra naviera tiene en términos siquiera similares y es que en caso de ser declarada nula la cláusula de jurisdicción conforme al Derecho local, entonces aplicarán los fueros correspondientes a los puertos de carga o descarga a elección del porteador. Esta designación conecta directamente con lo que acabamos de apuntar en el sentido de que redactada en términos tan amplios puede no resultar admisible ante nuestros tribunales, como se ha visto en el ejemplo mencionado, si lo que se pretende hacer valer mediante la declinatoria es, precisamente, la parte redactada en términos más amplios. También *CMA-CGM*, que no tiene regla especial, presenta una regla residual curiosa. En el caso de que dicha naviera lo considere, entonces acudirá a los tribunales del lugar de la sede social de la contraparte, pero manteniendo, eso sí, como ley aplicable el Derecho francés, pues así lo dispone la cláusula correspondiente a la ley aplicable⁹⁰.

VIII. Conclusiones

80. La Audiencia Provincial de Madrid resuelve satisfactoriamente el caso decidiendo acerca de la validez formal de una cláusula de jurisdicción inserta en un conocimiento de embarque aplicando el art. 25.1.c) RBI bis. Sin embargo, dada la identidad jurídica sustancial entre el caso sometido en el año 2019 y el del año 2010, se remite el análisis de la cuestión actual a la resolución de este último año, transcribiendo literalmente gran parte de sus razonamientos. Si bien el resultado es finalmente satisfactorio, al no tener en cuenta la evolución normativa que ha experimentado tanto el Derecho de la UE como nuestro Derecho Procesal Civil de producción interna, especialmente en cuanto a las normas reguladoras de los acuerdos de atribución de competencia, la lectura de una resolución tan antigua difícil en cierto modo el estudio de la cuestión, al tener que actualizar todas las equivalencias normativas, jurisprudenciales y argumentales pertinentes.

⁸⁹ La regla residual ahora comentada resulta asimilable, por la ambigüedad en cuanto a las redacciones comentadas, al supuesto planteado en la SAP de Valencia núm. 210/2012, de 29 de mayo, FJ. 2º: *Alega la recurrente que el conocimiento de embarque que amparaba el transporte por el que se reclama en el procedimiento contiene una cláusula de sumisión a Inglaterra o Kuwait a elección del porteador, en ambos casos con las leyes de Inglaterra [...], cuya traducción venía incluida en el propio escrito por el que promovía la declinatoria por falta de jurisdicción [...], y que consideraba de aplicación al caso [...] obligar a todos los intervinientes en el transporte marítimo de conformidad con la doctrina jurisprudencial [...]. No obstante ello, [...] necesario es indicar [...] que el documento en que se basa la falta de competencia de los Juzgados españoles [...] no es [...] un conocimiento de embarque [...], sino que se trata de un "sea waybill" cuya diferencia fundamental con el conocimiento de embarque es que no es un documento al portador y, por tanto, no es documento necesario para que se produzca la entrega a su destinatario de las mercancías [...]. Cabe añadir, además, que los términos en que viene redactada la cláusula de sumisión en el documento de referencia - "cualquier reclamación o disputa bajo este conocimiento será determinada en Inglaterra o Kuwait a elección del Porteador" [...], carece de la necesaria concreción. Sobre la designación en cuestión, que no fue aceptaba por el órgano jurisdiccional, vid., F. B. LANGELAAN OSSET, "La cláusula de jurisdicción..." cit., p. 191.*

⁹⁰ La cláusula de ley aplicable del conocimiento de embarque de *CMA-CGM* reza como sigue: *30. LAW. Except as specifically provided elsewhere herein, French law shall apply to the Terms and Conditions of this Bill of Lading, and French law shall also be applied in interpreting the Terms and Conditions hereof, excluding its conflict of law provisions.* En otras palabras, siempre y en todo lugar el Derecho aplicable con base en el conocimiento de embarque de la naviera mencionada será el Derecho francés.

81. Ahora bien, necesariamente debe reconocerse que la remisión de unas resoluciones a otras en supuestos en los que existe identidad jurídica sustancial resulta acertada y es eficiente al agilizar la labor del órgano jurisdiccional enjuiciador. Sin embargo, convendría que se hubieran actualizado los razonamientos antiguos a los cambios normativos experimentados en las últimas décadas. Entre las reformas más destacadas que afectan a las normas que regulan los acuerdos de atribución de competencia hemos indicado tres. Primera, la supresión en el art. 25.1 RBI bis de la exigencia contenida en el art. 23.1 RBI en relación con que al menos una de las partes del acuerdo de atribución de competencia debía estar domiciliada en la UE, abriendo así la aplicabilidad del Reglamento a supuestos en los que ambas partes estaban domiciliadas en terceros Estados.

82. Asimismo, ello modifica el modo en que la cláusula es analizada inicialmente, pues el primer paso ya no consiste en la determinación del domicilio de al menos una de las partes, sino la concreción del tribunal como comunitario o extracomunitario, bastando con comprobar el Estado en el que aquél se ubica. Este sería el único requisito inicial, pues el transporte marítimo de mercancías no se encuentra afecto por competencias exclusivas ni por fueros especiales de protección. Por tanto, no resulta necesario comprobar dichas materias en estos casos. La segunda reforma destacada vendría representada por la modificación experimentada por la LOPJ en el año 2015, cuyo art. 22 bis, inexistente con carácter previo a la reforma de dicho año, contiene unos requisitos formales para la *prorrogatio fori* de los tribunales españoles sustancialmente idénticos a los del art. 25.1 RBI bis.

83. Al margen de la cuestionable redacción y de la limitada aplicabilidad del art. 22 bis LOPJ, pues por mucho que la sumisión sea a tribunales españoles, éstos son tribunales de un Estado miembro y, por tanto, aplica con prevalencia el art. 25 RBI bis, lo anterior lleva a la afirmación de que tanto la *prorrogatio* como la *derogatio fori* tienen lugar bajo los mismos requisitos formales, variando únicamente la norma procesal aplicable en función de la designación efectuada, pero teniendo en cuenta lo apuntado sobre la prevalencia del Reglamento. La tercera reforma relevante la constituye la promulgación de la LENMAR en el año 2014, cuyas especialidades de jurisdicción y competencia y, en especial, su art. 468, irrumpen en el panorama actual de las normas reguladoras de la prórroga de la competencia con unos requisitos formales frontalmente opuestos a lo contemplado por el Reglamento, al exigir únicamente el consentimiento expreso a la hora de considerar una cláusula de jurisdicción como válida, eficaz y, finalmente, oponible frente a terceros. En este sentido, consideramos que la Audiencia ha dejado pasar la oportunidad de recalcar la inaplicabilidad del precepto de la norma nacional cuando la designación haya sido efectuada respecto de un Estado miembro de la UE, pues resulta de aplicación el art. 25 RBI bis.

84. Otra opción plausible podría ser que, resultando tan clara la aplicación de la norma comunitaria, la Audiencia ni siquiera se haya detenido a reflexionar sobre la hipotética aplicabilidad de la LENMAR en tanto que ley interna que debe ceder ante lo previsto por el Reglamento de la UE. En relación con las normas sobre condiciones generales de la contratación y sobre consumidores y usuarios, debemos indicar que el tratamiento de la cuestión resulta también satisfactorio, pues se rechazan los argumentos tendentes a la aplicabilidad de dichas normas.

85. El rechazo vendría por una doble vía. Primera, si bien la cláusula de jurisdicción contenida en el conocimiento de embarque resulta subsumible en los caracteres básicos de las condiciones generales de la contratación, la normativa específica sobre éstas se ve desplazada por una mucho más general como la representada por el RBI bis. Segunda, el cargador no es nunca un consumidor o usuario en el sentido técnico-jurídico definido por su normativa específica, más aún, como puede verse en el caso concreto, si tenemos en cuenta que se trata de una empresa exportadora con más de cuatro décadas de experiencia en el comercio internacional. En consecuencia, la cláusula no puede ser calificada como abusiva en relación con las normas tuitivas de los consumidores.

86. Por otro lado, la cuestión que a nuestro entender es la más relevante de toda la resolución, como se ha dicho, es la consideración de que la cláusula de jurisdicción no constituye fraude de ley, mala

fe o abuso de derecho. Asimismo, tampoco la declinatoria puede subsumirse en dichas instituciones. Coincidimos plenamente con la Audiencia Provincial en la total ausencia de dichas instituciones jurídicas en el caso que nos ocupa y en general en estos casos. La cláusula de jurisdicción es una constante, conocida y entendida por todas las partes intervinientes en el contrato de transporte marítimo de mercancías bajo conocimiento de embarque y, consecuentemente, no resulta sorpresiva de ninguna forma. Se trata de una simple disposición más del contrato que no busca eludir la aplicación imperativa de una norma española o plantear finalidades torticeras y dilatorias, sino disciplinar los conflictos *inter partes* que puedan surgir con ocasión del contrato de transporte con una eminente finalidad centralizadora de reclamaciones en fueros tradicionalmente especializados en litigación marítima internacional.

87. Dicho de otra forma, no estando ante supuestos de competencias exclusivas, supuestos especiales de protección o sumisión tácita, la alegación de las mencionadas instituciones carece de sentido e, incluso, se podría argumentar que constituye mala fe por parte de la contraparte del porteador que, ante una cláusula que no le conviene, alega motivos que no resultan aplicables. Tampoco se busca con la cláusula de jurisdicción y la interposición de la declinatoria causar dilaciones indebidas en el proceso o causar de mala fe perjuicios y dificultades hacia dicha contraparte. La finalidad tanto con la cláusula en sí como con la declinatoria, como tratamiento procesal adecuado, es hacer valer el derecho del porteador a litigar allá donde establezca aquélla, siempre que sea válidamente incluida en el contrato de transporte con base en el art. 25 RBI bis.

88. En relación con la actividad probatoria del porteador, tendente a demostrar que su contraparte conoce o debe conocer el uso del comercio internacional consistente en la inclusión de cláusulas de jurisdicción en los conocimientos de embarque, hemos realizado una propuesta de enfoque de dicha actividad basada fundamentalmente en la prueba documental y en la realización de una serie de preguntas que, tanto en sede de interrogatorio de las partes como en general al reflexionar sobre la cuestión al enfrentarnos al caso, nos guían hasta el punto de poder afirmar que resulta muy difícil en estos casos encontrar contrapartes que puedan alegar desconocimiento tanto de la cláusula de jurisdicción en sí como de que su inclusión en el contrato de transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque constituye un uso del comercio internacional. Si las respuestas son afirmativas, entonces el conocimiento de aquélla está fuera de toda duda. Complementariamente, otros elementos, tales como el objeto social de la empresa, su deber de diligencia debida a la hora de contratar transportes, así como la habitualidad en su contratación, nos dan indicios certeros del grado de conocimiento de la contraparte del uso mencionado y que, como se ha dicho ya, hacen muy difícil que aquélla pueda alegar desconocimiento con carácter general.

89. La regla del art. 25.1.c) RBI bis implica una importante carga probatoria en el sentido de que el porteador deberá acreditar que su contraparte conoce o debe conocer el uso del comercio internacional consistente en incluir cláusulas de jurisdicción en los conocimientos de embarque. En este sentido, la prueba documental se erige como la fundamental en estos casos, pues el conocimiento de embarque comprende todo el contenido de la relación negocial *inter partes*, es decir, todos los derechos y obligaciones de aquéllas dentro del contrato de transporte, incluida la cláusula de jurisdicción y ley aplicable que, de alguna u otra forma, les vincula al recibir el conocimiento de embarque. También los mensajes que, por diferentes medios, se hayan intercambiado las partes son un medio probatorio documental importante, pues pueden evidenciar tanto el silencio de la contraparte y consiguiente consentimiento tácito, como su anuencia expresa a la cláusula de jurisdicción. Aquí los correos electrónicos intercambiados pueden resultar decisivos.

90. Por último, en relación con las cláusulas de jurisdicción de las siete navieras más grandes del panorama actual del transporte marítimo de mercancías, debemos indicar que debe tenerse muy presente la estructura interna de dichas cláusulas. La finalidad no es otra que la de conocer las reglas generales, especiales y residuales aplicables al transporte en cuestión, pues creemos que es un punto relevante a la hora de elegir el porteador marítimo deseado para un transporte en concreto. Así, consideramos que no

es lo mismo litigar con carácter general en el Reino Unido o Francia bajo ley inglesa o francesa que en China o Singapur bajo sus respectivos Derechos, fundamentalmente tanto por la proximidad geográfica de dichos foros como por la de nuestras tradiciones jurídicas.

91. Siguiendo con las siete cláusulas mencionadas, no podemos decantarnos aquí por una sola de las designaciones analizadas, pero sí debe dejarse indicado que no consideramos conveniente las cláusulas de jurisdicción manifiestamente abiertas, ya no porque puedan ser declaradas nulas por nuestros tribunales, sino porque, en caso de estar en la posición de la contraparte del porteador, una designación efectuada en dichos términos dificulta la comprensión de la jurisdicción aplicable y, consecuentemente, la valoración completa de los riesgos inherentes a la operación de transporte. La finalidad de las cláusulas de jurisdicción debe responder a la necesidad objetiva de centralización de reclamaciones en un fuero que pueda o no estar especializado en litigación marítima internacional, pero lo que no deben es confundir gratuitamente a las contrapartes. Por último, en relación con las cláusulas analizadas debe indicarse que las reflexiones vertidas sobre las mismas también pueden resultar extensibles a cláusulas de jurisdicción contenidas en los conocimientos de embarque de otras navieras no mencionadas aquí siempre que la estructura de la cláusula y las designaciones efectuadas guarden una cierta identidad sustancial.

92. Como última observación queremos dejar indicado que entrar en el análisis de las concretas motivaciones subjetivas del porteador a la hora de incluir y configurar las cláusulas de jurisdicción y ley aplicable, no deja de ser un mero ejercicio de teorización y elucubración carente de interés jurídico-procesal. Existe, sin embargo, una clara y objetiva intención de centralización de reclamaciones en un fuero, que podrá estar o no especializado en litigación marítima internacional, así como en la uniformización del Derecho aplicable a aquéllas. Piénsese en lo que encarecería el transporte si el porteador tuviera que litigar por todo el mundo con diferentes contrapartes y diferentes tradiciones jurídicas tanto procesales como sustantivas.

93. Finalmente, no queda más que indicar que el presente trabajo refleja las conclusiones extraídas por el autor con base en el análisis efectuado de la normativa y la jurisprudencia citada en el mismo y que no deben ser entendidas como una opinión o consejo legal emitido en nombre de *deugro group*.

La Corte di Cassazione italiana si pronuncia sulla riconoscibilità in Italia di una sentenza di merito straniera preceduta dall'emissione di un *freezing order*: riflessioni a margine dell'ordinanza del 16 settembre 2021 n. 25064

The Italian *Corte di Cassazione* rules on the Recognition in Italy of a Foreign Judgment on the Merits preceded by the issuance of a Freezing Order: Reflections on the Ruling of 16 September 2021 No. 25064

REBEKKA MONICO

Assegnista di ricerca

Università degli Studi dell'Insubria, Italia

Recibido: 15.06.2023 / Aceptado: 17.07.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.8106

Riassunto: Con l'ordinanza n. 25064/2021 la Corte di Cassazione italiana si è pronunciata sulla compatibilità con l'ordine pubblico processuale italiano (e, quindi, sulla riconoscibilità) ai sensi dell'art. 64, lett. g, della legge 218/1995 di una sentenza straniera preceduta dall'emissione di un *Mareva* (oggi *freezing*) *order* reso nell'ambito del medesimo procedimento. La pronuncia della Cassazione offre lo spunto per effettuare alcune considerazioni sulla circolazione delle *worldwide Mareva injunctions* all'interno dello spazio giudiziario europeo e sullo strumento dell'adattamento previsto dall'art. 54 del regolamento 1215/2012. Tali questioni restano attuali anche post Brexit stante il perdurante potere dei giudici di alcuni Stati membri dell'Unione europea di emanare *freezing injunctions*.

Parole chiave: Riconoscimento ed esecuzione, sentenza straniera, *freezing order*, ordine pubblico processuale, adattamento.

Abstract: With its decision No. 25064/2021 the Italian *Corte di Cassazione* ruled on the compatibility with Italian procedural public policy (and, therefore, on the recognition) pursuant to Art. 64, letter g, of Law 218/1995 of a foreign judgment preceded by the issuance of a worldwide *Mareva* (nowadays *freezing*) *order* rendered within the same proceeding. The Court's ruling offers the opportunity to make some considerations on the circulation of worldwide *Mareva injunctions* within the European judicial space and on the instrument of adaptation under Art. 54 of Regulation 1215/2012. These issues remain topical even after Brexit given the continuing power of the courts of some EU Member States to issue *freezing injunctions*.

Keywords: Recognition and enforcement, foreign judgment, freezing order, procedural public policy, adaptation.

Sommario: I. Il caso *Credit Suisse* e la questione su cui si è pronunciata la Corte di Cassazione. II. Alcune brevi considerazioni sugli strumenti processuali cautelari di *common law* rilevanti nel caso di specie. III. Il riconoscimento in Italia della sentenza di merito preceduta dall'emissione di una *freezing injunction*: i principi di diritto sanciti dalla Corte di Cassazione nell'ordinanza n. 25064/2021.

IV. Le questioni lasciate aperte dall'ordinanza n. 25064/2021: il riconoscimento e l'esecuzione di una *worldwide freezing injunction* nello spazio giudiziario europeo. V. Segue: l'adattamento di una *worldwide freezing injunction* nello Stato membro richiesto. VI. Considerazioni conclusive.

I. Il caso *Credit Suisse* e la questione su cui si è pronunciata la Corte di Cassazione

1. Credit Suisse Trust Ltd ("Credit Suisse"), in qualità di *trustee* di un trust, aveva agito dinanzi alla Royal Court of the Island of Guernsey contro il signor N.G. per ottenere il risarcimento dei danni per inadempimento di un mandato conferitogli da Credit Suisse e avente ad oggetto la riorganizzazione e la ristrutturazione di varie entità societarie riferibili al trust stesso. Su istanza di Credit Suisse la Corte Reale dell'Isola di Guernsey aveva dapprima emesso nei confronti di N.G., in data 26 gennaio 2011, un *disclosure order* che lo obbligava a comunicare l'ubicazione dei suoi dieci beni di maggior valore unitamente a una *freezing injunction* che inibiva l'uso di tali beni, e, con successiva sentenza del 18 novembre 2011, aveva condannato N.G. al risarcimento dei danni in favore di Credit Suisse. Dal momento che i regolamenti 44/2001 (Bruxelles I) e 1215/2012 (Bruxelles I-bis) e la convenzione di Lugano del 2007 non si applicano a e in Guernsey che non è né uno Stato membro dell'Unione europea, né uno Stato associato all'Unione europea e nemmeno uno Stato dell'Associazione europea di libero scambio ("AELS"), Credit Suisse aveva chiesto alla Corte di Appello di Roma il riconoscimento – contestato da N.G. – della sentenza di merito in Italia in base alla legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato del 31 maggio 1995 n. 218, applicabile in via residuale rispetto alla disciplina europea e convenzionale.

2. Con ordinanza del 20 marzo 2015 n. 2398 la Corte di Appello di Roma ha rigettato la domanda di riconoscimento della sentenza emanata dal giudice di Guernsey per violazione dei «*diritti essenziali della difesa*» del debitore convenuto e per contrarietà della sentenza all'ordine pubblico dello Stato italiano ai sensi dell'art. 64, rispettivamente, lett. *b*, seconda parte, e lett. *g*, della legge 218/1995. La Corte di Appello di Roma ha negato che all'istituto della *freezing injunction* potesse corrispondere il sequestro conservativo di cui all'art. 671 del codice di procedura civile ("c.p.c.") italiano dato che il *freezing order* era stato emesso *inaudita altera parte* a prescindere dal presupposto del *periculum in mora* e che la mancata collaborazione da parte del debitore non comporta, nell'ordinamento italiano, la privazione della sua libertà personale. Il giudice di merito ha in particolare riscontrato una violazione del principio della parità delle armi tra le parti processuali quale espressione del diritto di difesa e del rispetto del contraddittorio, in quanto, ad avviso della Corte di Appello, tramite i *freezing* e *disclosure orders* emanati nel caso di specie unitamente alla minaccia della reclusione in conseguenza dell'oltraggio alla corte, solo il convenuto (e non anche l'attore) sarebbe stato «*duramente colpito nella disponibilità del suo patrimonio [...] esposto al rischio persino della privazione della sua libertà personale, se non [avesse collaborato] con la sua controparte nella individuazione dei propri beni da sequestrare [...] [e] dovendo occuparsi di rendere tutte le informazioni utili al creditore [...] con il timore di subire le pene così gravi prima individuate, [...] [sarebbe stato] certamente distolto dalla possibilità di apprestare serenamente e tempestivamente le proprie difese nel processo principale*»¹.

3. Con l'ordinanza del 16 settembre 2021 n. 25064 in commento la prima sezione civile della Corte di Cassazione ha tuttavia cassato, per i motivi di cui si dirà², l'ordinanza impugnata da Credit Suisse rinviandola alla Corte di Appello di Roma in diversa composizione. La vicenda si è da ultimo conclusa con la sentenza del 1° marzo 2023 n. 1489 con cui la seconda sezione della Corte di Appello di Roma ha, in applicazione dei principi di diritto enunciati dalla Corte di Cassazione, dichiarato l'efficacia in Italia della sentenza della Corte Reale dell'Isola di Guernsey³.

¹ Cass. civ., sez. I, ordinanza 16 settembre 2021, n. 25064, in *DeJure*, punto 6 in cui sono citate le motivazioni della Corte di Appello di Roma, ordinanza 20 marzo 2015.

² Cfr. *infra*, par. III.

³ Corte di Appello di Roma, sez. II, sentenza 1° marzo 2023, n. 1489, in *DeJure*, punto 3.

4. La questione sottoposta alla Corte di Cassazione ha ad oggetto la compatibilità con l'ordine pubblico processuale italiano di una sentenza di merito resa in un procedimento nell'ambito del quale erano stati precedentemente concessi a favore del creditore un *disclosure order* ancillare ad un *freezing order*⁴, entrambi accompagnati dalla minaccia del *contempt of court* in caso di inosservanza da parte del debitore. A seguito di una breve analisi delle misure cautelari di *common law* che vengono in rilievo nella controversia in esame⁵, verrà approfondita l'ordinanza n. 25064/2021 che, sulla scia della pregressa giurisprudenza europea e di legittimità italiana, ha confermato l'interpretazione in senso restrittivo della clausola dell'ordine pubblico⁶ di cui all'art. 64, lett. g, della legge 218/1995⁷. Detta ordinanza offre inoltre lo spunto per effettuare alcune considerazioni su altri due aspetti su cui la Corte di Cassazione non è stata chiamata a pronunciarsi: (i) la riconoscibilità ed eseguibilità, in Italia, di un *worldwide freezing order* proveniente da un ordinamento giuridico di *common law* e, in caso di risposta affermativa, (ii) l'adattamento del *worldwide freezing order* nello Stato italiano in applicazione dell'art. 54 del regolamento Bruxelles I-bis⁸. Su entrambe le questioni si è peraltro pronunciata la Corte di Appello di Napoli con un decreto di cui si darà conto⁹.

II. Alcune brevi considerazioni sugli strumenti processuali cautelari di *common law* rilevanti nel caso di specie

5. Il Baliato di Guernsey, situato nel canale della Manica, non fa parte del Regno Unito ma costituisce una dipendenza della Corona britannica¹⁰ ed è suddiviso nei tre regimi giuridici separati delle isole di (i) Guernsey, Herm e Jethou, (ii) Alderney e (iii) Sark¹¹ i quali presentano istituti e approcci che, essendo stati mutuati dalla legislazione inglese, sono talvolta molto simili a quelli propri del sistema giuridico del Regno Unito¹².

6. Per quanto riguarda in particolare le c.d. *Mareva injunctions* (dal nome di uno dei casi in cui sono state concesse per la prima volta nel 1975 dalla Court of Appeal inglese sotto la guida di Lord Denning)¹³, oggi note con il termine *freezing injunctions*, si tratta di un istituto di creazione giurisprudenziale tipico del diritto processuale cautelare di *common law*. Inizialmente non previste dal diritto inglese¹⁴, hanno poi trovato fondamento giuridico nel Regno Unito nella *Section 37(3)* del Supreme Court Act del 1981, poi confluita nella *Rule 25.1(1)(f)* delle Civil Procedure Rules del 1998 ("CPR"). Nell'ordinamento giuridico di Guernsey il testo normativo di riferimento è invece la Law Reform (Miscellaneous Provisions) (Guernsey) Law del 1987 ("LRMPGL")¹⁵.

⁴ P. FRANZINA, "Violation of Public Policy as a Ground for Non-Recognition of Foreign Judgments – The Case of Judgments Preceded by a Mareva-Type Freezing Order", in *Italian Review of International and Comparative Law*, 2, 2022, p. 153; Id., "La concessione di una *freezing injunction* non preclude la riconoscibilità in Italia della successiva sentenza di merito resa nel medesimo giudizio", in *Trusts*, 2022, p. 358; Id., "Worldwide Freezing Injunctions Granted in Common Law Jurisdictions: A Civil Law Perspective", 16 marzo 2023, <https://eapil.org/2023/03/16/civil-law-courts-and-worldwide-freezing-injunctions-granted-in-common-law-jurisdictions/>.

⁵ *Infra*, par. II.

⁶ P. FRANZINA, "Violation of Public Policy", cit., p. 152.

⁷ *Infra*, par. III.

⁸ P. FRANZINA, "Worldwide Freezing Injunctions", cit.

⁹ Corte di Appello di Napoli, sez. VI, decreto 15 ottobre 2021, <https://eapil.org/wp-content/uploads/2023/03/Appello-Napoli-28.12.21.pdf>.

¹⁰ J. LE TISSIER, A. WILLIAMS, A. COLE, "Guernsey", in I. KAWALEY, A. BOLTON, R. MAYOR (eds.), *Cross-Border Judicial Cooperation in Offshore Litigation (the British Offshore World)*, London, Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2016, p. 99.

¹¹ J. GREENFIELD, "Guernsey", in I. KAWALEY, A. BOLTON, R. MAYOR (eds.), *Cross-Border Judicial Cooperation in Offshore Litigation*, cit., p. 197.

¹² J. LE TISSIER, A. WILLIAMS, A. COLE, "Guernsey", cit., p. 99.

¹³ *Nippon Yusen Kaisha v Karageorgis* [1975] 1 WLR 1093; *Mareva Compania Naviera SA v International Bulkcarriers SA* [1975] 2 Lloyd's Rep 509.

¹⁴ *Lister & Co v Stubbs* [1890] LR 45 Ch D 1.

¹⁵ Cass. civ., sez. I, ordinanza 16 settembre 2021, n. 25064, in *DeJure*, punto 15; G. DAWES, A. LYALL, "Guernsey", in I. KAWALEY, A. BOLTON, R. MAYOR (eds.), *Cross-Border Judicial Cooperation in Offshore Litigation*, cit., p. 301 e nota n. 20.

7. Definite dalla giurisprudenza inglese, insieme agli *Anton Pillar orders*, «one of the law's two 'nuclear' weapons»¹⁶ consistono nell'emissione *inaudita altera parte* di un ordine di congelamento con cui si vieta all'asserito debitore, nelle more del giudizio di merito, di rimuovere dal territorio i propri beni o di porre in essere atti di disposizione di beni specifici o di tutto il suo patrimonio (seppure nei limiti, in quest'ultimo caso, di una somma prefissata)¹⁷, siano essi situati nello Stato del giudice adito (c.d. *domestic freezing order*) o in uno Stato diverso (c.d. *worldwide freezing order*). Nella prassi viene di solito contemporaneamente ordinato al debitore di produrre informazioni sulla dislocazione dei suoi beni o del suo patrimonio (c.d. *disclosure order*). Nel sistema giuridico di Guernsey il potere della Royal Court di emanare un tale *disclosure order* ancillare a un *freezing order* sussiste quando è «*just and convenient in all of the circumstances of the case*»¹⁸. *Disclosure* e *freezing orders* possono inoltre essere erogati dai giudici inglesi e dalla Corte Reale di Guernsey a sostegno di procedimenti principali stranieri, quindi anche se nessuna causa di merito è dinanzi ad essi pendente¹⁹. A livello europeo, tale potere è cristallizzato nell'art. 35 del Regolamento 1215/2012²⁰.

8. Posto che i principi che regolano l'ottenimento nell'ordinamento di Guernsey delle misure cautelari in esame sono largamente sovrapponibili ai principi dell'ordinamento inglese²¹, le *Mareva injunctions* vengono di norma concesse se sono *inter alia* soddisfatti i presupposti del *good arguable case* (ossia l'esistenza di una pretesa fondata nel merito) e del *risk of dissipation of assets*²² (ossia il pericolo che il debitore convenuto possa disporre dei suoi beni in modo da vanificare l'esecuzione della sentenza)²³. Essendo efficaci *in personam* anziché *in rem*, *disclosure* e *freezing injunctions* possono essere rivolte anche nei confronti di soggetti che non siano domiciliati/residenti nello Stato del foro²⁴ e sono suscettibili di produrre effetti anche nei confronti di terzi²⁵.

9. Il mancato ottemperamento, da parte del debitore, agli obblighi di informazione e al divieto di rimuovere o disporre dei propri beni nello Stato del foro o in uno Stato estero integra il reato di oltraggio alla corte (*contempt of court*) sanzionabile con una multa, il sequestro dei beni o perfino la reclusione. Il giudice può inoltre emettere – come avvenuto nel noto caso *Gambazzi* deciso dalla Corte di giusti-

¹⁶ *Bank Mellat v Nikpour* [1985] FSR 87; A. KERN, "The Mareva Injunction and Anton Piller Order: The Nuclear Weapons of English Commercial Litigation", in *Florida Journal of International Law*, 3, 1997, p. 488. Sulla *Mareva injunction* e sull'*Anton Pillar order* cfr. anche C. McLACHLAN, "Transnational Applications of Mareva Injunctions and Anton Piller Orders", in *International and Comparative Law Quarterly*, 3, 1987, p. 669 ss.; V. VARANO, "Recenti sviluppi giurisprudenziali e legislativi in tema di sequestro conservativo e di tutela cautelare dei beni immateriali nel diritto inglese: «Mareva Injunctions» e «Anton Piller Orders»", in *Foro it.*, V, 1984, p. 140 ss.

¹⁷ Cass. civ., sez. I, ordinanza 16 settembre 2021, n. 25064, in *DeJure*, punto 15.

¹⁸ Guernsey Court of Appeal, 18 December 2003, *Seed International Ltd v Tracey*; J. LE TISSIER, A. WILLIAMS, A. COLE, "Guernsey", cit., p. 106. Nel senso che «*Guernsey has a well-developed jurisprudence in connection with orders for freezing injunctions and injunctions seeking information in relation to cross-border matters, usually in a combined format*» v. G. DAWES, A. LYALL, "Guernsey", cit., p. 301.

¹⁹ J. LE TISSIER, A. WILLIAMS, A. COLE, "Guernsey", cit., p. 106.

²⁰ T. TAJTI, P. IGLIKOWSKI, *A Cross Border Study of Freezing Orders and Provisional Measures. Does Mareva Rule the Waves?*, Cham, Springer, 2018, p. 31.

²¹ J. LE TISSIER, A. WILLIAMS, A. COLE, "Guernsey", cit., p. 106. Sull'istituto delle *Mareva injunctions* inglesi cfr. in dottrina *ex multis* D. CAPPER, "Worldwide Mareva Injunctions", in *Modern Law Review*, 3, 1991, p. 329 ss.; T.C. HARTLEY, *International Commercial Litigation. Text, Cases and Materials on Private International Law*, III ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2020, p. 481 ss.; G. OBERTO, "I procedimenti semplificati ed accelerati nell'esperienza tedesca ed in quella inglese (II)", in *Corriere giuridico*, 11, 2002, p. 1525 ss.; T. TAJTI, P. IGLIKOWSKI, *A Cross Border Study of Freezing Orders*, cit., p. 7 ss. (ove viene anche analizzata in chiave comparata la *saisie conservatoire* francese); J. ZARZALEJOS HERRERO, "La orden de embargo preventivo extraterritorial en Derecho inglés", in *Cuadernos de derecho transnacional*, 1, 2019, p. 603 ss.

²² Sulla necessità del secondo presupposto (*risk of dissipation*) cfr. G. DAWES, A. LYALL, "Guernsey", cit., p. 302.

²³ G. OBERTO, "I procedimenti semplificati ed accelerati nell'esperienza tedesca ed in quella inglese (II)", cit., p. 1526; J. ZARZALEJOS HERRERO, "La orden de embargo preventivo extraterritorial en Derecho inglés", cit., p. 608 ss.

²⁴ T. TAJTI, P. IGLIKOWSKI, *A Cross Border Study of Freezing Orders*, cit., p. 32; M. M. WINKLER, "Circolazione delle decisioni contumaciali e ordine pubblico processuale nello spazio giudiziario europeo: un nuovo tassello della vicenda Gambazzi-Stolzenberg", in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, I, 2011, p. 580.

²⁵ Si veda ad esempio il caso deciso dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea, sentenza 25 maggio 2016, *Meroni*, C-559/14, ECLI:EU:C:2016:349, su cui *infra*, par. IV.

zia dell'Unione europea e peraltro espressamente richiamato dalla Corte di Cassazione nell'ordinanza n. 25064/2021²⁶ – un'ulteriore ordinanza (c.d. *unless order*) che preclude al debitore la possibilità di continuare a partecipare e di difendersi nel procedimento (*debarment from defending*) il che implica di fatto la contumacia (*default*), con possibile emissione, in caso di perdurante inottemperanza del debitore entro il termine fissato dall'*unless order*, di una sentenza contumaciale (*default judgment*) e l'automatica ratifica delle pretese dell'attore senza alcun esame del merito, in applicazione della regola di cui alla *Section 12.1* delle CPR «*“default judgment” means judgment without trial*»²⁷.

III. Il riconoscimento in Italia della sentenza di merito preceduta dall'emissione di una *freezing injunction*: i principi di diritto sanciti dalla Corte di Cassazione nell'ordinanza n. 25064/2021

10. Come anticipato, con l'ordinanza n. 25064/2021 la Corte di Cassazione italiana ha avuto modo di pronunciarsi nuovamente sull'ordine pubblico quale motivo ostativo al riconoscimento, nell'ordinamento giuridico italiano, di una sentenza straniera ai sensi della legge 218/1995.

11. Al pari del Regolamento Bruxelles I-bis, ove figura però in apertura dell'art. 45, lett. a, la legge 218/1995 elenca l'ordine pubblico all'art. 64, lett. g, quale ultimo dei requisiti che devono cumulativamente²⁸ sussistere affinché la sentenza straniera abbia effetto in Italia «*senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento*». Sia nella disciplina unionale che in quella nazionale il concetto di “ordine pubblico” si articola nelle due accezioni dell'ordine pubblico “sostanziale”, costituito dall'insieme dei principi materiali irrinunciabili, e “processuale”²⁹, consistente invece nell'insieme degli inviolabili principi (nazionali, europei e internazionali) dell'equo processo posti a garanzia del diritto di agire e resistere in giudizio, del contraddittorio e della parità delle armi processuali. Nonostante l'ordine pubblico sostanziale sia raramente invocato in sede di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni³⁰, in una sentenza la Corte di Cassazione ha negato *ex art. 64, lett. g, della legge 218/1995* il riconoscimento di una decisione straniera di ripudio (*talaq*) emanata da un'autorità religiosa (il tribunale sciaraitico palestinese) per incompatibilità con l'ordine pubblico italiano non solo *sostanziale*, per violazione dei principi di uguaglianza e di non discriminazione tra uomo e donna, essendo solo il marito abilitato a liberarsi del vincolo matrimoniale con la formula del *talaq*, ma anche *processuale*, per violazione della parità difensiva e della garanzia di effettività del contraddittorio, non avendo la moglie preso parte alle due fasi del procedimento³¹.

12. L'ordinanza in esame assume particolare rilievo in quanto la Corte di Cassazione ha di fatto richiamato alcuni dei principi di diritto concernenti la componente processuale della nozione di ordine pubblico di cui all'art. 64, lett. g, della legge 218/1995 ricavabili dalla precedente giurisprudenza di legittimità italiana³² e che verranno di seguito esaminati. Al riguardo, è stato osservato che «*the ruling presents itself as an attempt to codify the Corte di Cassazione's approach to procedural public policy and, as such, serves as a reference for future cases*»³³.

²⁶ Su cui v. *infra*, par. III.

²⁷ M. M. WINKLER, “Circolazione delle decisioni contumaciali e ordine pubblico processuale”, cit., p. 580.

²⁸ P. FRANZINA, *Introduzione al diritto internazionale privato*, Torino, Giappichelli, 2021, p. 285; F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni*, vol. I, IX ed., Torino, Utet, 2020, p. 386; F. VISMARA, “Efficacia di sentenze ed atti stranieri”, in G. CONETTI, S. TONOLO, F. VISMARA (a cura di), *Manuale di diritto internazionale privato*, IV ed., Torino, Giappichelli, 2020, p. 86.

²⁹ P. FRANZINA, *Introduzione al diritto internazionale privato*, cit., p. 287.

³⁰ In tal senso v. O. FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 219 e nota n. 51.

³¹ Cass. civ., sez. I, sentenza 7 agosto 2020, n. 16804, in *DeJure* su cui cfr. in dottrina A. M. FELICETTI, “Presupposti e limiti al riconoscimento del ripudio islamico secondo la Cassazione (con alcuni spunti sul c.d. arbitrato religioso)”, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 4, 2021, p. 1369 ss.; C.E. TUO, “Divorzio-ripudio islamico, riconoscimento automatico e ordine pubblico”, in *Corriere giuridico*, 4, 2021, p. 488 ss.; F. ZANOVELLO, “Contrarietà all'ordine pubblico della decisione di ripudio emanata dall'autorità religiosa straniera”, in *Studium iuris*, 2, 2021, p. 214 ss.

³² Cass. civ., sez. I, ordinanza 16 settembre 2021, n. 25064, in *DeJure*, punto 17.2.

³³ P. FRANZINA, “Violation of Public Policy”, cit., p. 152.

13. In primo luogo, la Cassazione ha più volte ribadito che in forza dei principi del carattere straordinario e della conseguente interpretazione restrittiva dell'ordine pubblico processuale³⁴ il contrasto con quest'ultimo limite è ravvisabile solo in casi eccezionali, tant'è vero che la giurisprudenza di legittimità ha raramente negato il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni straniere ai sensi dell'art. 64, lett. g, della legge 218/1995³⁵.

14. In secondo luogo, la violazione dell'ordine pubblico processuale è riscontrabile quando vengano violati i principi/valori fondamentali e imprescindibili dello Stato italiano³⁶ posti a garanzia del diritto di agire e resistere in giudizio³⁷. La Cassazione ha segnatamente escluso che l'obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali sancito all'art. 111, comma 6, della Costituzione italiana sia annoverabile tra i principi inviolabili fissati dal sistema normativo italiano a garanzia del diritto di difesa ed ha quindi affermato che una sentenza statunitense priva di motivazione perché pronunciata da una giuria sia riconoscibile nello Stato italiano, purché sia stato rispettato il contraddittorio e la sentenza sia passata in giudicato³⁸.

15. Oggetto dell'indagine del giudice italiano non deve quindi essere una mera comparazione tra le norme dello Stato di origine e le norme di diritto processuale dello Stato italiano³⁹. Eventuali analogie riscontrabili in base ad una analisi comparatistica delle disposizioni dello Stato straniero e italiano possono tutt'al più deporre a favore della conformità della sentenza straniera con i valori fondamentali dell'ordinamento italiano⁴⁰. Nell'attribuire efficacia ad una sentenza statunitense di condanna al risarcimento di danni punitivi, la Corte di Cassazione ha inoltre precisato che «*non ci si potrà attestare ogni volta dietro la ricerca di una piena corrispondenza tra istituti stranieri e istituti italiani*»: il giudice italiano deve solo verificare se l'istituto dello Stato di origine sia «*in aperta contraddizione con l'intreccio di valori*» dello Stato italiano⁴¹, essendo irrilevante una eventuale differente articolazione, operatività ed efficacia dei due istituti⁴².

16. In terzo luogo, la contrarietà all'ordine pubblico «*non è ravvisabile [...] ogni volta in cui venga riscontrata l'inosservanza di una disposizione della legge processuale straniera a tutela della partecipazione della parte al giudizio, ma soltanto quando detta inosservanza, per la sua rilevante incidenza, abbia determinato una violazione dei diritti essenziali della difesa rispetto all'intero processo*»⁴³. Nel constatare una violazione dei principi processuali fondamentali dello Stato italiano, il giudice deve quindi effettuare una valutazione caso per caso in riferimento al processo straniero nel suo complesso⁴⁴ e non ad una norma della legge straniera. Ne deriva che non è precluso il riconoscimento di una sentenza se la parte processuale che nel corso del procedimento straniero ha subito una «*moderata limitazione*» del suo diritto di difesa «*abbia avuto comunque la possibilità di partecipare attivamente, quantomeno,*

³⁴ Cass. civ., sez. VI, ordinanza 18 gennaio 2017, n. 1239, in *DeJure*, punto 15.

³⁵ Cfr. ad esempio Cass. civ., sez. I, sentenza 7 agosto 2020, n. 16804 citata *supra*, nel par. 11 del testo; P. FRANZINA, "Violation of Public Policy", cit., p. 147.

³⁶ Cass. civ., sez. VI, ordinanza 18 gennaio 2017, n. 1239, in *DeJure*, punto 15.

³⁷ Cass. civ., sez. I, ordinanza 23 luglio 2021, n. 21233, in *DeJure*, punto 5.2.

³⁸ Cass. civ., sez. I, sentenza 15 aprile 2019, n. 10540, in *DeJure*, punto 2.2.

³⁹ P. FRANZINA, "Violation of Public Policy", cit., p. 147.

⁴⁰ P. FRANZINA, "La concessione di una *freezing injunction*", cit., p. 360.

⁴¹ Cass. civ., sez. un., sentenza 5 luglio 2017, n. 16601, in *DeJure*, punto 6. Sulla sentenza cfr. in dottrina A. BRIGUGLIO, "Danni punitivi e delibazione di sentenza straniera: turning point nell'interesse della legge", in *Responsabilità civile e previdenza*, 5, 2017, p. 1597 ss.; C. CONSOLO, "Riconoscimento di sentenze, specie USA e di giurie popolari, aggiudicanti risarcimenti punitivi o comunque sopracompensativi, se in regola con il nostro principio di legalità (che postula tipicità e financo prevedibilità e non coincide pertanto con il, di norma presente, due process of law)", in *Corriere giuridico*, 8-9, 2017, p. 1050 ss.

⁴² Così anche P. FRANZINA, "Violation of Public Policy", cit., p. 148.

⁴³ Cass. civ., sez. I, sentenza 3 settembre 2015, n. 17519, in *DeJure*, punto 5.1; Cass. civ., sez. I, ordinanza 23 luglio 2021, n. 21233, in *DeJure*, punto 5.2.

⁴⁴ Cass. civ., sez. I, sentenza 3 settembre 2015, n. 17519, in *DeJure*, punto 5.1.

nella fase precedente a quella conclusasi con l'emissione del provvedimento»⁴⁵. Come rilevato dalla dottrina, se una deviazione dalle esigenze dell'equo processo «è stata in seguito rimediata, o se è chiaro che la stessa ha avuto un'incidenza circoscritta sul processo straniero e il suo esito, non vi è spazio per un diniego di efficacia fondato su ragioni di ordine pubblico»⁴⁶.

17. In quarto luogo, la Corte di Cassazione ha sottolineato che non può essere considerata contraria all'ordine pubblico qualsiasi violazione del diritto fondamentale ad un equo processo ma solo una violazione «manifesta e smisurata»⁴⁷ – *i.e.* lampante, autoevidente, nitida ed enorme così da risultare insopportabile⁴⁸ – dei diritti delle parti alla difesa e al contraddittorio. In altre parole, «*le lesioni devono essere state tali da intaccare in concreto e in modo sproporzionato [...] la sostanza stessa delle facoltà difensive»⁴⁹.*

18. Da ultimo, concorrono a delineare i contorni dell'ordine pubblico processuale *ex art.* 64, lett. *g*, della legge 218/1995, non solo l'ordine pubblico nazionale ma anche l'ordine pubblico internazionale ed europeo⁵⁰, tra i quali non sussiste un rapporto di sostituzione ma di autonomia e coesistenza⁵¹. Sotto tale profilo, il giudice italiano è tenuto ad accertare l'eventuale contrarietà all'ordine pubblico anche sulla base delle interpretazioni elaborate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo relativamente all'art. 6 della CEDU⁵² e dalla Corte di giustizia dell'Unione europea in riferimento all'attuale art. 45, lett. *a*, del regolamento Bruxelles I-bis⁵³. Il *manifest and disproportionate breach test* è stato ad esempio sancito dal giudice europeo nella sentenza *Gambazzi*⁵⁴ e successivamente confermato nella decisione *Trade Agency*⁵⁵.

19. Con particolare riguardo alla controversia *Credit Suisse*, muovendo dalla considerazione che la tutela cautelare conservativa è una componente essenziale del sistema processuale in pressoché tutti gli ordinamenti⁵⁶ e che sussiste la necessità di assicurare la circolazione delle sentenze straniere⁵⁷, la Corte di Cassazione ha chiarito che una violazione manifesta e smisurata del principio della parità delle armi processuali non possa dirsi soddisfatta a causa di differenze meramente disciplinari e strutturali riscontrabili tra il sequestro conservativo e il *freezing order*⁵⁸. Significativa al riguardo la citazione del giudice Benjamin Nathan Cardozo («*we are not so provincial as to say that every solution of a problem is wrong because we deal with it otherwise at home»*)⁵⁹ quale invito, rivolto ai giudici di merito italiani, di adottare un atteggiamento di maggiore apertura verso istituti di altri sistemi giuridici⁶⁰ che, sebbene

⁴⁵ Cass. civ., sez. I, sentenza 3 settembre 2015, n. 17519, in *DeJure*, punto 5.1; conforme Cass. civ., sez. I, ordinanza 23 luglio 2021, n. 21233, in *DeJure*, punto 5.2 cui si rinvia per un'esempio di attuazione del principio sancito nel testo. Cfr. inoltre P. FRANZINA, "Violation of Public Policy", cit., pp. 149-150.

⁴⁶ P. FRANZINA, "La concessione di una *freezing injunction*", cit., p. 361.

⁴⁷ Cass. civ., sez. un., sentenza 5 luglio 2017, n. 16601, in *DeJure*, punto 2.2.

⁴⁸ Cass. civ., sez. I, ordinanza 16 settembre 2021, n. 25064, in *DeJure*, punto 17.2.

⁴⁹ Cass. civ., sez. un., sentenza 5 luglio 2017, n. 16601, in *DeJure*, punto 2.2.

⁵⁰ P. FRANZINA, "Violation of Public Policy", cit., pp. 150-152.

⁵¹ Cass. civ., sez. un., sentenza 5 luglio 2017, n. 16601, in *DeJure*, punto 6. Sull'interazione tra l'ordine pubblico europeo e l'ordine pubblico interno cfr. G. ZARRA, "Il c.d. ordine pubblico dell'Unione europea nell'interazione tra le fonti del sistema ordinamentale", in *Diritto del commercio internazionale*, 3, 2022, p. 654 ss.

⁵² Cass. civ., sez. I, sentenza 15 aprile 2019, n. 10540, in *DeJure*, punto 2.3 ss.

⁵³ Cass. civ., sez. un., sentenza 5 luglio 2017, n. 16601, cit.; Cass. civ., sez. I, ordinanza 16 settembre 2021, n. 25064, cit.

⁵⁴ Corte di Giustizia dell'Unione europea, sentenza 2 aprile 2009, *Gambazzi*, C-394/07, ECLI:EU:C:2009:219, su cui v. M. M. WINKLER, "Circolazione delle decisioni contumaciali e ordine pubblico processuale", cit.; N. TROCKER, "Procedural Differences, Order Public and Recognition of Foreign Judgments. An Impressionistic Account", in *Int'l Lis*, 1, 2010, pp. 30-33.

⁵⁵ Corte di Giustizia dell'Unione europea, sentenza 6 settembre 2012, *Trade Agency*, C-619/10, ECLI:EU:C:2012:531.

⁵⁶ Cass. civ., sez. I, ordinanza 16 settembre 2021, n. 25064, in *DeJure*, punto 17.4.

⁵⁷ Cass. civ., sez. I, ordinanza 16 settembre 2021, n. 25064, in *DeJure*, punto 17.2.

⁵⁸ Cass. civ., sez. I, ordinanza 16 settembre 2021, n. 25064, in *DeJure*, punto 17.3.

⁵⁹ *Loucks v Standard Oil Co. of New York*, 224 N.Y. 99, 120 N.E. 198, 201.

⁶⁰ In tal senso v. anche P. FRANZINA, "Violation of Public Policy", cit., p. 152: «[b]y quoting [...] Benjamin N. Cardozo [...] the Court issued a strong recommendation to lower courts that they avoid parochialism and embrace instead an outward looking attitude».

diversi dagli istituti propri dell'ordinamento giuridico italiano, ad una più attenta valutazione in concreto possono al contrario risultare compatibili con i principi/valori dell'ordinamento interno.

20. Contrariamente a quanto affermato dalla Corte di Appello, la Corte di Cassazione ritiene preliminarmente che le *freezing injunctions* siano fondate sul concorso degli stessi presupposti dei sequestri conservativi previsti dall'ordinamento giuridico italiano essendo necessari il *good arguable case* e il *risk of dissipation*, rispettivamente coincidenti con il *fumus boni iuris* e il *periculum in mora*⁶¹. Lo scopo della tutela cautelare conservativa non è di creare una disparità processuale a carico della parte che appare verosimilmente soccombente ma di garantire che la decisione nel merito non venga pregiudicata nelle more del processo a cognizione piena⁶² a causa della possibilità, da parte dell'asserito debitore, di disporre del suo patrimonio durante il procedimento provocandone la dissoluzione.

21. Il fatto che detta finalità sia perseguita da ciascun ordinamento mediante propri strumenti processuali – seppur diversamente modulati – non assume rilievo se, come avvenuto nel caso *Credit Suisse*, il contraddittorio si riespande dopo la concessione della *freezing injunction* e il principio della parità delle armi è sostanzialmente rispettato⁶³, non essendo quindi ravvisabile una loro lesione manifesta e smisurata. La *freezing injunction* emanata senza contraddittorio dalla Royal Court di Guernsey era infatti modificabile e revocabile, su istanza dell'interessato, in un'apposita udienza e, in applicazione della *Section 1(3)* della LRMPGL⁶⁴, l'attore si era impegnato a risarcire il convenuto nel caso in cui la *freezing injunction* gli avesse cagionato una perdita configurandosi anche per lui, in violazione di tale impegno, il reato di oltraggio alla corte⁶⁵.

22. Un'ulteriore differenza tra sequestro conservativo e *freezing order* che, come si è visto, è stata *inter alia* invocata dalla Corte di Appello di Roma⁶⁶, riguarda la minaccia della misura coercitiva indiretta del *contempt of court* e della conseguente reclusione le quali risultano connaturate alla diversa efficacia che contraddistingue la *freezing injunction* rispetto al sequestro conservativo. Invero, a differenza del sequestro conservativo che opera *in rem*, il *freezing order* è invece operante *in personam*, motivo per cui, al fine di «non rimanere in caso di inottemperanza lettera morta, [quest'ultimo] ha intrinsecamente necessità di un collegato congegno compulsorio rivolto alla persona del destinatario della misura, che è costituito dal *contempt of Court*, coi dipendenti provvedimenti sanzionatori, che possono culminare nella infizione della detenzione»⁶⁷. Ebbene, nell'escludere qualsivoglia incompatibilità tra la *freezing injunction* assistita dal *contempt of court* e l'ordinamento italiano, la Cassazione ricorda che anche in Italia sono previste misure di coazione indiretta in quanto (i) l'inadempimento di una inibitoria, costituendo violazione di un ordine impartito da un giudice, è sanzionato penalmente, ai sensi dell'art. 388 del codice penale (“c.p.”), con la reclusione o la multa e (ii) la violazione dell'obbligo di verità in materia di privativa industriale è punita, ai sensi dell'art. 127, comma 1-bis, del D.lgs. n. 30/2005 (c.d. codice della proprietà industriale) con la reclusione prevista dall'art. 372 del c.p.⁶⁸.

23. Una violazione del diritto di difesa non è secondo la Corte di Cassazione nemmeno individuabile relativamente all'emanazione del *disclosure order*, idoneo a rendere efficace l'esito del processo civile e ad applicare il principio generale della responsabilità patrimoniale del debitore con tutti i suoi beni *ex art. 2740*, comma 1, del codice civile (“c.c.”). Inoltre, anche il *disclosure order* degli ordinamenti di *common law* trova un corrispondente, a livello interno, nell'ormai abrogato art. 492, comma 7, del c.p.c. sul potere dell'ufficiale giudiziario di richiedere l'acquisizione di informazioni patrimoniali presso

⁶¹ Cass. civ., sez. I, ordinanza 16 settembre 2021, n. 25064, in *DeJure*, punto 15.

⁶² Cass. civ., sez. I, ordinanza 16 settembre 2021, n. 25064, in *DeJure*, punto 17.4.

⁶³ Cass. civ., sez. I, ordinanza 16 settembre 2021, n. 25064, in *DeJure*, punto 17.4.

⁶⁴ La *Section 1(3)* della LRMPGL dispone che «[t]he Court may require the applicant to enter into such undertakings on such terms as may be specified [...]».

⁶⁵ Cass. civ., sez. I, ordinanza 16 settembre 2021, n. 25064, in *DeJure*, punto 17.4.

⁶⁶ *Supra*, par. I.

⁶⁷ Cass. civ., sez. I, ordinanza 16 settembre 2021, n. 25064, in *DeJure*, punto 16.

⁶⁸ Cass. civ., sez. I, ordinanza 16 settembre 2021, n. 25064, in *DeJure*, punto 17.5.

le banche dati di diritto pubblico sui beni del debitore da sottoporre ad esecuzione nei soli casi di pignoramento infruttuoso o incapiente e, a livello sovranazionale, nell'art. 14 del regolamento 655/2014 sulla richiesta di informazioni sui conti bancari, cui l'Italia ha dato attuazione tramite il D.lgs. n. 152/2020⁶⁹.

24. In base ai principi appena esposti la Corte di Cassazione ha quindi ritenuto che la sentenza di merito del giudice di Guernsey fosse riconoscibile in Italia. Così facendo, la Corte si è anche pronunciata *indirettamente* sulla compatibilità delle *Mareva injunctions* con l'ordine pubblico *ex art. 64*, lett. g, della legge 218/1995⁷⁰ essendo possibile (ma non automatico) che l'emissione del provvedimento cautelare possa riflettersi sulla contrarietà all'ordine pubblico processuale della sentenza, eventualità però non verificatasi nella controversia *Credit Suisse*⁷¹.

25. L'approccio adottato dalla Corte di Cassazione nell'ordinanza n. 25064/2021, oltre a essere certamente condivisibile e reso necessario dalla sempre maggiore espansione e interconnessione dei traffici commerciali, è in linea, come si dirà, con le sentenze *Meroni e Gambazzi* della Corte di giustizia⁷² sulla conformità all'ordine pubblico *ex art. 45*, lett. a, dell'attuale regolamento 1215/2012, rispettivamente, dei *freezing orders* e dei *default judgments* resi in caso di violazione di un ordine di congelamento dei beni. Va al tempo stesso rilevato che il Cardozo *dictum* invocato dalla Cassazione trova un limite invalicabile nella giurisprudenza europea che, sempre in riferimento al regime di Bruxelles, si è pronunciata sulla incompatibilità con l'ordinamento giuridico dell'Unione europea degli istituti delle *intra-UE anti-suit injunctions*⁷³, delle *anti-suit injunctions* a protezione di una clausola arbitrale⁷⁴ e del *forum non conveniens*⁷⁵. Ne consegue che non sarà possibile "aprire la porta" a quegli strumenti processuali di *common law* ignoti all'ordinamento giuridico italiano che non sono conformi ai principi/valori che sottendono il regolamento 1215/2012, primo fra tutti il principio di reciproca fiducia tra gli Stati membri.

IV. Le questioni lasciate aperte dall'ordinanza n. 25064/2021: il riconoscimento e l'esecuzione di una *worldwide freezing injunction* nello spazio giudiziario europeo

26. La prima delle due questioni lasciate aperte dalla Corte di Cassazione nell'ordinanza n. 25064/2021 riguarda la possibilità di ottenere il riconoscimento o l'esecuzione, in Italia, in un altro Stato membro dell'Unione europea o in uno Stato AELS, di un *worldwide freezing order* proveniente da un ordinamento giuridico di *common law*. Al riguardo, è necessario distinguere a seconda dello strumento normativo in concreto applicabile nello Stato membro richiesto in cui sono situati i beni oggetto della *worldwide freezing injunction*.

27. Se la *worldwide freezing injunction* è emessa in una causa civile e commerciale dal giudice di uno Stato membro dell'Unione europea (ad esempio, Cipro o Grecia), essa è suscettibile di essere riconosciuta ed eseguita negli altri Stati membri in base agli art. 36 ss. del regolamento 1215/2012 se sono soddisfatte alcune condizioni. Invero, ai sensi dell'art. 2, lett. a, seconda parte, e del considerando n. 33 del regolamento Bruxelles I-bis, nella nozione di «decisione» rilevante ai fini del riconoscimento e dell'esecuzione sono compresi i provvedimenti provvisori e cautelari⁷⁶ emessi da un'autorità giurisdiz-

⁶⁹ Cass. civ., sez. I, ordinanza 16 settembre 2021, n. 25064, in *DeJure*, punto 17.6.

⁷⁰ P. FRANZINA, "Worldwide Freezing Injunctions", cit.

⁷¹ Cass. civ., sez. I, ordinanza 16 settembre 2021, n. 25064, in *DeJure*, punto 17.1; P. FRANZINA, "La concessione di una *freezing injunction*", cit., p. 362.

⁷² Corte di Giustizia dell'Unione europea, sentenza 2 aprile 2009, *Gambazzi*, C-394/07, ECLI:EU:C:2009:219; Corte di Giustizia dell'Unione europea, sentenza 25 maggio 2016, *Meroni*, C-559/14, cit., su cui v. *infra*, par. IV.

⁷³ Corte di Giustizia dell'Unione europea, sentenza 27 aprile 2004, *Turner*, C-159/02, ECLI:EU:C:2004:228, punto 31.

⁷⁴ Corte di Giustizia dell'Unione europea, sentenza 10 febbraio 2009, *West Tankers*, C-185/07, ECLI:EU:C:2009:69, punto 34.

⁷⁵ Corte di Giustizia dell'Unione europea, sentenza 1° marzo 2005, *Owusu*, C-281/02, ECLI:EU:C:2005:120, punto 46.

⁷⁶ Come rilevato da P.N. OKOLI, "English Worldwide Freezing Orders in Europe. A Pragmatic Search for Legal Certainty and the Limits of Judicial Discretion", in *European Journal of Comparative Law and Governance*, 3, 2018, p. 260, «*WFOs are provisional measures within the meaning of the Brussels legal regime and may be enforced in other Member States*».

zionale di uno Stato membro competente a conoscere del merito di una controversia, anche se emanati *inaudita altera parte* purché però la decisione contenente il provvedimento sia stata notificata o comunicata al convenuto prima dell'esecuzione⁷⁷. I provvedimenti provvisori e cautelari emessi ai sensi dell'art. 35 del regolamento 1215/2012 dal giudice di uno Stato membro che non è competente a conoscere del merito della controversia hanno efficacia limitata al territorio dello Stato membro interessato⁷⁸ e non possono essere quindi eseguiti in altri Stati membri. Quelli emessi in assenza di contraddittorio e che non sono stati notificati/comunicati al convenuto circolano invece in base alla disciplina nazionale di ciascuno Stato membro⁷⁹.

28. In tema di *freezing orders* inglesi e limite dell'ordine pubblico di cui all'attuale art. 45, lett. a, del regolamento 1215/2012 si è (indirettamente e direttamente) pronunciata in via pregiudiziale la Corte di giustizia dell'Unione europea in due sentenze. Nella prima (caso *Gambazzi*) il giudice europeo ha stabilito che in sede di riconoscimento di un *default judgment* inglese emanato per inottemperanza di una *Mareva injunction* precedentemente concessa all'interno dello stesso procedimento i giudici degli Stati membri possono tenere conto della clausola dell'ordine pubblico se «*in esito ad una valutazione globale del procedimento e considerate tutte le circostanze, ritenga[no] che [il] provvedimento di esclusione abbia costituito una violazione manifesta e smisurata del diritto del convenuto al contraddittorio*»⁸⁰. Nella seconda (caso *Meroni*) la Corte di giustizia ha escluso una manifesta contrarietà all'ordine pubblico dello Stato membro richiesto se il terzo interessato dalla *freezing injunction* ma non ascoltato ha avuto la possibilità di far valere i propri diritti nell'ambito del processo dinanzi al giudice che ha concesso l'ordine di congelamento⁸¹. Risulta quindi indubbiamente riscontrabile, nella giurisprudenza europea e di legittimità italiana, una coerenza interpretativa del concetto di ordine pubblico rilevante *ex artt.* 45, lett. a, del regolamento Bruxelles I-bis e 64, lett. g, della legge 218/1995⁸².

29. Sul riconoscimento in Italia in base al regolamento Bruxelles I-bis – applicabile nel caso di specie *ratione temporis* – di un *worldwide freezing order* concernente un immobile sito in Italia ed emesso il 27 marzo 2019 dalla *High Court of Justice* inglese senza contraddittorio ma notificato alla società destinataria ha avuto occasione di pronunciarsi la Corte di Appello di Napoli. Il reclamo proposto ai sensi degli artt. 2674-bis del c.c. italiano e 113-ter delle disposizioni di attuazione del c.c. avverso la trascrizione con riserva del *worldwide freezing order* nei Registri Immobiliari di Napoli veniva rigettato dal Tribunale di Napoli con decreto del 3 dicembre 2020. Nel dichiarare, in accoglimento del reclamo, la trascrivibilità della *worldwide freezing injunction* ordinando l'eliminazione della riserva apposta alla trascrizione⁸³, la Corte di Appello di Napoli ha, con decreto del 15 ottobre 2021, *inter alia* rilevato come la compatibilità dei *freezing orders* con l'ordine pubblico italiano *ex art.* 45, lett. a, del regolamento 1215/2012 sia stata affermata proprio dall'ordinanza n. 25064/2021 della Corte di Cassazione. Secondo la Corte di Appello, infatti, «*non ha rilievo decisivo la circostanza che [il freezing order inglese e il sequestro conservativo italiano] siano modulati diversamente*» e nemmeno che il funzionamento delle *freezing injunctions* sia «*legato alla minaccia di un provvedimento sanzionatorio (il contempt of Court)*,

⁷⁷ Considerando n. 33, prima e seconda frase, e art. 2, lett. a, seconda parte, del regolamento Bruxelles I-bis.

⁷⁸ Considerando n. 33, quarta frase, del regolamento Bruxelles I-bis.

⁷⁹ Considerando n. 33, terza frase, del regolamento Bruxelles I-bis. In argomento v. A.-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Medidas provisionales y cautelares y Reglamento Bruselas I-bis”, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1, 2015, p. 55 ss.; N. NISI, “I provvedimenti provvisori e cautelari nel nuovo regolamento Bruxelles I-bis”, in *Cuadernos de derecho transnacional*, 1, 2015, p. 128 ss.

⁸⁰ Corte di Giustizia dell'Unione europea, sentenza 2 aprile 2009, *Gambazzi*, C-394/07, ECLI:EU:C:2009:219, punto 48 e dispositivo.

⁸¹ Corte di Giustizia dell'Unione europea, sentenza 25 maggio 2016, *Meroni*, C-559/14, cit., punto 54 e dispositivo, annotata da S. MARINO, “Il limite dell'ordine pubblico processuale alla circolazione delle decisioni giurisdizionali nella recente prospettiva delle Corti europee”, in *Diritto dell'Unione europea*, 1, 2017, p. 105 ss.

⁸² *Supra*, par. III; P. FRANZINA, “La concessione di una *freezing injunction*”, cit., p. 364.

⁸³ Una causa simile è già stata portata dinanzi alla Corte di Appello di Bologna come riportato da S. FERRERO, “Further Remarks on the Enforceability of Worldwide Freezing Orders in Italy”, 17 marzo 2023, <https://eapil.org/2023/03/17/further-remarks-on-the-enforceability-of-worldwide-freezing-orders-in-italy/>, cui si rinvia per un commento a Corte di Appello di Napoli, sez. VI, decreto 15 ottobre 2021, cit.

*idoneo a incidere sulla stessa libertà personale del destinatario del provvedimento ingiuntivo, considerato tra l'altro che anche l'ordinamento italiano conosce mezzi di coazione indiretta*⁸⁴. Prima della Brexit, anche la Corte di Cassazione francese si è pronunciata sull'esecuzione in Francia di una *world-wide Mareva injunction* inglese poiché non contraria all'ordine pubblico ex art. 27 n. 1) della pregressa convenzione di Bruxelles del 1968⁸⁵.

30. Se invece lo Stato di origine o lo Stato richiesto è uno Stato AELS l'efficacia della *world-wide freezing injunction* è regolata dagli art. 33 ss. della convenzione di Lugano del 2007. In una pronuncia del 2003 il Tribunale Federale svizzero ha ricondotto un *freezing order* inglese nell'ambito della nozione di «decisione» ai sensi dell'allora art. 25 della convenzione di Lugano del 1988⁸⁶. Una *Mareva injunction* emessa in uno Stato membro *inaudita altera parte* è inoltre suscettibile di circolare ai sensi del regime di Lugano se, in conformità alla giurisprudenza europea *Denilauler* inerente alla 'parallela' convenzione di Bruxelles del 1968, la parte contro cui si rivolge è stata citata a comparire e il provvedimento cautelare stesso è destinato ad essere eseguito dopo la notifica⁸⁷.

31. I *worldwide freezing orders* inglesi concessi nell'ambito di procedimenti iniziati dopo il 31 dicembre 2020 non saranno invece più riconoscibili ed eseguibili negli altri Stati membri in base al regime di Bruxelles, divenuto inapplicabile a seguito della fine del c.d. periodo di transizione. La convenzione tra il Regno Unito e la Repubblica italiana sul riconoscimento reciproco e la reciproca esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale del 7 febbraio 1964 – che è tornata, dopo la Brexit, a disciplinare la circolazione delle decisioni nei rapporti fra tali due Stati⁸⁸ – definisce autonomamente il concetto di «sentenza» quale «*decisione dell'Autorità Giudiziaria comunque denominata (sentenza, ordinanza e simili), che stabilisce in modo definitivo i diritti delle parti in causa, anche se soggetta tuttavia a gravame*» con esclusione, quindi, dei provvedimenti provvisori e cautelari.

32. La medesima impossibilità di attribuire efficacia ai *worldwide freezing injunctions* provenienti dal Regno Unito o da altri Stati terzi è inoltre riscontrabile nella legge 218/1995 e, ad esempio, nella legge federale svizzera sul diritto internazionale privato del 18 dicembre 1987 (“LDIP svizzera”), applicabili in subordine per gli aspetti non disciplinati dalle convenzioni bilaterali in vigore o in mancanza di apposite convenzioni bilaterali. Le norme sulla circolazione della legge 218/1995 e della LDIP svizzera, a differenza del regolamento Bruxelles I-bis e al pari del menzionato trattato bilaterale del 1964, si applicano, rispettivamente, solo a «sentenze» *inter alia* passate in giudicato nello Stato di origine (art. 64, lett. d, della legge 218/1995) o a una decisione che «*non può più essere impugnata con un rimedio giuridico ordinario o [che] è definitiva*» (art. 25 della LDIP svizzera). In base a tali regimi normativi domestici deve quindi trattarsi di decisioni finali, caratteristica che non è propria delle *world-wide freezing injunctions* dotate invece di natura provvisoria⁸⁹.

⁸⁴ Corte di Appello di Napoli, sez. VI, decreto 15 ottobre 2021, cit.

⁸⁵ Cour de Cassation, Chambre civile 1ère, 30 giugno 2004, 01-03.248, 01-15.452, con nota di E. GUINCHARD, “Réflexions autour de l'accueil de l'injonction *Mareva* par la Cour de cassation française”, in *Int'l Lis*, 1, 2005, p. 41 ss.

⁸⁶ Tribunale Federale svizzero, I. Zivilabteilung, 30 luglio 2003, 129 III 626, 630, punto 5, su cui v. M. JAMETTI GREINER, “Tutela del diritto di difesa e controllo della competenza nel riconoscimento in Svizzera di una *Mareva injunction*”, in *Int'l Lis*, 3-4, 2005, p. 119 ss.

⁸⁷ Tribunale Federale svizzero, I. Zivilabteilung, 30 luglio 2003, cit., punto 5.2.1.

⁸⁸ P. BERTOLI, “La «Brexit» e il diritto internazionale privato e processuale”, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 3, 2017, pp. 616 e 618.

⁸⁹ Relativamente all'art. 64 della legge 218/1995 cfr. P. FRANZINA, “Violation of Public Policy”, cit., p. 153, nota n. 14; F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, cit., pp. 390-391; S. RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 271; F. VISMARA, “Efficacia di sentenze ed atti stranieri”, cit., pp. 85 e 88-89. Per quanto riguarda la Svizzera v. S. GIROUD, “Do You Speak *Mareva*? How Worldwide Freezing Orders are Enforced in Switzerland”, in *Yearbook of Private International Law*, vol. 14, 2012-2013, pp. 444-445: «*Swiss courts generally refuse the enforcement of non-EU WFOs, because under the PILA a foreign decision must be final in order to be enforceable in Switzerland. This condition is usually not met by WFOs because of their interim nature*».

V. Segue: l'adattamento di una *worldwide freezing injunction* nello Stato membro richiesto

33. Una volta risolta in senso positivo la questione della riconoscibilità di un *worldwide freezing order* nello Stato italiano – o in un diverso Stato membro dell'Unione europea richiesto dell'*exequatur* – si pone, nei casi in cui sia applicabile, come si è visto, il regolamento Bruxelles I-bis, la successiva e consequenziale questione se e in che modo sia necessario adattare tale ordine di congelamento di *common law* negli Stati richiesti il cui ordinamento giuridico di *civil law* non conosca strumenti cautelari *in personam*.

34. Come noto, tra le novità introdotte dal legislatore europeo nel regolamento 1215/2012⁹⁰ vi è l'art. 54 che ha codificato il principio di diritto sancito dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nella sentenza *DHL Expresse France*⁹¹. L'art. 54 del regolamento Bruxelles I-bis – cui corrisponde, nel diverso ambito dei conflitti di leggi, il meccanismo di adattamento dei diritti reali di cui all'art. 31 del regolamento 650/2012 sulle successioni⁹² – consente di “manipolare”⁹³ le misure giudiziarie emanate in altri Stati e sconosciute nello Stato in cui si chiede il riconoscimento o la loro esecuzione⁹⁴ in quanto dispone l'adattamento nella misura del possibile di un provvedimento straniero ignoto alla legge dello Stato membro richiesto a un provvedimento previsto dalla legge dello Stato richiesto «che abbia efficacia equivalente e che persegua obiettivi e interessi analoghi»⁹⁵. L'espressione «nella misura del possibile» denota che in mancanza, nell'ordinamento dello Stato richiesto, di un provvedimento corrispondente non sarà possibile riconoscere o eseguire il provvedimento straniero⁹⁶. Costituiscono ad esempio provvedimenti ignoti in molti Stati membri, oltre ai *freezing orders*, anche i *search orders* e le *astreinte* di diritto francese⁹⁷. Dall'adattamento, suscettibile di essere disposto su istanza di parte o d'ufficio⁹⁸, non possono tuttavia derivare «effetti che [vadano] oltre quelli previsti dalla legge dello Stato membro d'origine»⁹⁹, inciso, quest'ultimo, che cristallizza la teoria dell'estensione (anziché dell'assimilazione) degli effetti (*Grundsatz der Wirkungserstreckung*) di cui alla giurisprudenza *Hoffmann* e *Apostolides*¹⁰⁰. Le modalità e i soggetti competenti per l'adattamento sono determinati da ciascuno Stato membro¹⁰¹. Qualsiasi parte è inoltre legittimata ad impugnare l'adattamento del provvedimento davanti a un'autorità giurisdizionale¹⁰². L'adattamento può essere rifiutato se il provvedimento dello Stato di origine si pone in contrasto

⁹⁰ X.E. KRAMER, “Article 54 [Adaptation]”, in U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (eds.), *European Commentaries on Private International Law. Brussels Ibis Regulation*, II ed., Köln, Otto Schmidt, 2022, p. 940: «Art. 54 [...] was one of the most noteworthy novelties in the enforcement regime of the Brussels Ibis Regulation».

⁹¹ Corte di Giustizia dell'Unione europea, sentenza 12 aprile 2011, *DHL Express France*, C-235/09, ECLI:EU:C:2011:238, punto 59 e dispositivo n. 2).

⁹² In argomento v. P. FRANZINA, “Note minime in tema di adattamento, sostituzione ed equivalenza nel diritto internazionale privato dell'Unione europea”, in B. CORTESE (a cura di), *Studi in onore di Laura Picchio Forlati*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 185 ss. e dottrina ivi citata.

⁹³ F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, cit., p. 372.

⁹⁴ Nel senso che l'art. 54 del regolamento 1215/2012 «equally applies to the recognition of judgments, though in practice it might generally be more relevant for the purpose of enforcement» v. X.E. KRAMER, “Article 54 [Adaptation]”, cit., p. 940.

⁹⁵ Art. 54, paragrafo 1, comma 1, del regolamento Bruxelles I-bis.

⁹⁶ X.E. KRAMER, “Article 54 [Adaptation]”, cit., p. 942.

⁹⁷ X.E. KRAMER, *ibidem*, p. 941, cui si rinvia per altri esempi.

⁹⁸ F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, cit., p. 372.

⁹⁹ Art. 54, paragrafo 1, comma 2, del regolamento Bruxelles I-bis.

¹⁰⁰ Corte di Giustizia dell'Unione europea, sentenza 4 febbraio 1988, *Hoffmann*, C-145/86, *Raccolta*, 1988, p. 645 ss., punto 11; Corte di Giustizia dell'Unione europea, sentenza 28 aprile 2009, *Apostolides*, C-420/07, ECLI:EU:C:2009:271, punto 66. In dottrina si vedano L. CALZOLARI, “The Free Circulation and Enforcement of Summary Payment Orders under Article 42 of Reg. (EU) No 1215/2012 and General Principles of EU Law”, in *Diritto del commercio internazionale*, 4, 2018, pp. 941-942; S.M. CARBONE, C.E. TUO, *Il nuovo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale. Il Regolamento UE n. 1215/2012*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 324; A. GIUSSANI, “Intorno al riconoscimento e alla esecuzione degli atti di conciliazione e transazione”, in *Rivista di diritto processuale*, 4-5, 2019, p. 1024; F.M. WILKE, “The Impact of the Brussels I Recast on Important Brussels Case Law”, in *Journal of Private International Law*, 1, 2015, pp. 140-141; F. SALERNO, “Il ‘sistema Bruxelles I’ verso un regime ‘monista’ di libera circolazione delle decisioni”, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2, 2015, p. 14; K.D. VOULGARAKIS, “Reflections on the scope of ‘EU res judicata’ in the context of Regulation 1215/2012”, in *Journal of Private International Law*, 3, 2020, pp. 453-454.

¹⁰¹ Considerando n. 28 del regolamento Bruxelles I-bis.

¹⁰² Art. 54, paragrafo 2, del regolamento Bruxelles I-bis.

con il limite dell'ordine pubblico dello Stato richiesto¹⁰³ aspetto, quest'ultimo, escluso dall'ordinanza n. 25064/2021 della Corte di Cassazione.

35. Nel già menzionato decreto del 15 ottobre 2021, la Corte di Appello di Napoli ha sostenuto la necessità di valutare in senso restrittivo le differenze di efficacia dei provvedimenti previsti nei singoli ordinamenti statali, «*dovendosi, ove possibile, valorizzare le similitudini riguardo ai presupposti e agli effetti*». In particolare, per «*efficacia equivalente*» ai sensi dell'art. 54, paragrafo 1, comma 1, del regolamento Bruxelles I-bis il giudice di merito ritiene che non si debba intendere l'assoluta ed esatta identità degli effetti del provvedimento straniero ignoto e del provvedimento dello Stato richiesto cui il provvedimento ignoto è adattato¹⁰⁴ poiché altrimenti verrebbe meno il presupposto stesso dell'istituto dell'adattamento ex art. 54, i.e. che il provvedimento dello Stato di origine sia sconosciuto. Ad avviso della Corte di Appello di Napoli il *worldwide freezing order* inglese deve essere adattato, ai fini dell'esecuzione nell'ordinamento giuridico italiano, al sequestro conservativo ex art. 671 del c.p.c. italiano. I due strumenti cautelari perseguono infatti gli stessi obiettivi e interessi e si fondano sugli analoghi presupposti del *good arguable case/fumus boni iuris* e del *risk of dissipation/periculum in mora*. Anche la *restriction* nei registri immobiliari inglesi in base al Land Registration Act del 2002 e alle Land Registration Rules del 2003 e la trascrizione nei registri immobiliari italiani del sequestro conservativo ex art. 2693 del c.c. sono simili dal momento che hanno l'effetto di impedire la disponibilità e la circolazione dei beni immobili in questione, anche se la *restriction* esclude la validità degli atti dispositivi, mentre la trascrizione esclude l'opponibilità al creditore di tali atti. Ne consegue che «*il provvedimento emesso dalla High Court inglese, ove trascritto nei registri immobiliari italiani, è in grado di realizzare i più limitati effetti propri della trascrizione del sequestro conservativo, secondo il principio dell'adattamento imposto dal regolamento europeo, per il quale l'attuazione della decisione deve avvenire nei modi (e con gli effetti) propri di un provvedimento riconducibile ai tipi dello Stato richiesto (e, quindi, nella fattispecie, in forza della previsione – ex art. 2693 c.c. – della trascrivibilità del provvedimento interno cui quello ignoto alla legge dello Stato richiesto deve essere adattato)*» sussistendo altrimenti il rischio per lo Stato richiesto (in questo caso l'Italia) di incorrere in una violazione del diritto dell'Unione europea¹⁰⁵.

VI. Considerazioni conclusive

36. Dall'ordinanza n. 25064/2021 analizzata nel presente lavoro è possibile desumere che un contrasto con l'ordine pubblico processuale italiano ex art. 64, lett. g, della legge 218/1995 sussiste nelle sole ipotesi eccezionali in cui sia riscontrabile nel caso concreto una violazione manifesta e smisurata (*Gambazzi test*), all'interno del processo straniero considerato nel suo complesso, dei principi/valori inviolabili e imprescindibili dello Stato italiano, desumibili dalle norme di diritto internazionale, europeo ed interno, posti a garanzia dell'equo processo.

37. L'ordinanza n. 25064/2021 è inoltre particolarmente rilevante in quanto, pur pronunciandosi sulla conformità all'ordine pubblico processuale di una sentenza di merito preceduta dall'emissione di una *Mareva injunction*, la Corte di Cassazione ha *indirettamente* affrontato la questione dell'inoperatività dell'ordine pubblico quale limite alla circolazione nello Stato italiano dei *freezing orders* provenienti da un ordinamento giuridico di *common law* quando sia possibile escludere che la concessione dello strumento cautelare conservativo in questione abbia determinato una violazione della parità delle armi processuali e del diritto di difesa del convenuto debitore rispetto all'intero processo. Ed è proprio in considerazione dell'ordinanza della Cassazione che la Corte di Appello di Napoli ha stabilito la riconoscibilità/

¹⁰³ S. FERRERO, "Further Remarks on the Enforceability of Worldwide Freezing Orders in Italy", cit.; F. SALERNO, "Il 'sistema Bruxelles I' verso un regime 'monista'", cit., p. 15.

¹⁰⁴ In tal senso cfr. in dottrina X.E. KRAMER, "Article 54 [Adaptation]", cit., pp. 941-942.

¹⁰⁵ Corte di Appello di Napoli, sez. VI, decreto 15 ottobre 2021, cit.

eseguibilità in Italia di un *worldwide freezing order* inglese reso nell'ambito di un procedimento avviato nel Regno Unito prima della fine del *transition period* e il suo adattamento *ex art. 54* del regolamento Bruxelles I-*bis* al sequestro conservativo di cui all'art. 671 del c.p.c. italiano. Resta quindi da vedere se quanto affermato dalla Corte di Appello verrà in futuro avallato dalla Corte di Cassazione, la cui pronuncia sull'argomento è tanto più auspicabile visto che nell'attuale spazio giudiziario europeo i *worldwide freezing orders* possono essere concessi dai giudici di Stati membri quali Cipro, Grecia e Irlanda.

Aplicación de la norma española de conflicto de leyes interno para determinar el régimen económico matrimonial

Application of the conflict of laws Spanish rule to determine the matrimonial property regime

JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO

*Profesora Titular (acred. Catedrática) de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid*

ORCID ID: 0000-0002-5896-983X

Recibido: 09.06.2023 / Aceptado: 12.07.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.8107

Resumen: En esta SAP de Barcelona se cuestiona la legislación española aplicable al régimen económico matrimonial de una pareja en la que ella tiene vecindad civil catalana y él, vecindad civil común. La recurrente reclama que rige el sistema de la sociedad conyugal del Derecho foral navarro y el marido alega que el régimen es el de separación de bienes de la legislación catalana. Para resolver la cuestión, la Audiencia Provincial aplica las conexiones del artículo 9.2 CC y, ante la situación de que la pareja no tiene ley personal común -según dice la sentencia- ni han elegido ley en documento auténtico antes del matrimonio, pasa a la tercera conexión, según la cual, la ley aplicable es la de la residencia habitual común inmediatamente después de la celebración del matrimonio. En este punto, el tribunal comprueba que no existe residencia habitual común inmediatamente después de la celebración de las nupcias, ya que, la que tuvo la pareja en Pamplona comenzó dos meses después de esta fecha. Por todo ello, concluye aplicando la última conexión del artículo 9.2 CC, la ley del lugar de celebración del matrimonio, para determinar que el régimen aplicable es el de separación de bienes del Derecho catalán por haberse celebrado las nupcias en Cabrils, Barcelona.

Palabras clave: Régimen económico matrimonial, conflicto de leyes interno, artículo 16 CC, artículo 9.2 CC, residencia habitual común.

Abstract: This judgement solves the Spanish law applicable to the matrimonial property regime of a couple in which she has Catalan civil status and he has common civil status. The appellant claims that the marital partnership system of Navarrese foral law applies and the husband claims that the regime is that of separation of property under Catalan law. To resolve the issue, the Provincial Court applies the connections of Article 9.2 CC and, given the situation that the couple do not have a common personal law - according to the judgement - nor have they chosen a law in an authentic document before the marriage, it moves on to the third connection, according to which the applicable law is that of the common habitual residence immediately after the celebration of the marriage. At this point, the court finds that there is no common habitual residence immediately after the celebration of the nuptials, since the couple's habitual residence in Pamplona began two months after this date. Therefore, the court concludes by applying the last connection of Article 9.2 CC, the law of the place of celebration of the marriage, to determine that the applicable regime is that of separation of property under Catalan law, as the nuptials were celebrated in Cabrils, Barcelona.

Keywords: Matrimonial property regime, internal conflict of laws, article 16 CC, article 9.2 CC, common habitual residence.

Sumario: I. Hechos del caso; II. Ley aplicable al régimen económico matrimonial en un supuesto interno; III. Residencia habitual común inmediatamente después de la celebración de matrimonio; IV. Conclusiones.

I. Hechos del caso

1. La Audiencia Provincial de Barcelona ha resuelto, en esta resolución objeto de comentario, el recurso de apelación interpuesto frente a una sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Mataró, de 14 de diciembre de 2021¹.

2. En esta SAP se utiliza el artículo 9.2 CC, no como norma de conflicto para determinar la ley aplicable al régimen económico matrimonial en un supuesto internacional, sino como disposición para resolver qué ordenamiento español, el foral navarro, el foral catalán o el Derecho civil común, es el aplicable en el caso interno en cuestión.

En efecto, al menos con los datos que ofrece la sentencia, el supuesto es interno. Parece que se trata de dos españoles, ella, con vecindad civil catalana, y él, con vecindad civil común, que litigan por la determinación de su régimen económico matrimonial. La mujer alega que el régimen aplicable debe ser el de la sociedad conyugal del Derecho foral navarro y el demandado responde que debe ser el de separación de bienes previsto en el Derecho foral catalán. Ambos se basan en lo mismo, en el lugar de residencia habitual común inmediatamente después de la celebración del matrimonio, tercera conexión del artículo 9.2 CC.

3. Es verdad que la sentencia indica que la pareja no tiene ley personal común (FD Primero) pero parece que se refiere a que tienen vecindad civil diferente. Esta interpretación la hacemos porque en ningún apartado de la resolución se alude a la nacionalidad extranjera de alguno de los cónyuges y sí a que ella tiene vecindad civil catalana y él, común.

Evidentemente, si los esposos tuvieran nacionalidad diferente el supuesto sería internacional y el artículo 9.2 CC sería la norma de conflicto aplicable para determinar el ordenamiento rector del régimen económico matrimonial de la pareja. Lo sería porque el matrimonio se celebró el 9 de julio de 2016 (FD Primero), antes de la aplicabilidad del Reglamento (UE) 2016/1103².

II. Ley aplicable al régimen económico matrimonial en un supuesto interno

4. El artículo 16 del Código Civil es el precepto que se encarga de solucionar los conflictos de leyes internos generados como consecuencia de la existencia de varios Derechos que conviven dentro del ordenamiento español. Nuestro país es un ordenamiento plurilegislativo y la manera de determinar cuál de las legislaciones que coexisten debe ser la aplicada en cada caso es acudiendo al artículo 16 CC.

Esta norma de conflicto de leyes interno puede ser utilizada en dos escenarios³. Por un lado, cuando el supuesto es internacional y la ley aplicable es la española. En este caso, se acudirá al artículo 16 CC, de forma directa, cuando la norma de conflicto aplicada sea de producción interna española o

¹ SAP de Barcelona, de 11 de enero de 2023, ECLI:ES:APB:2023:77.

² Reglamento (UE) 2016/1103, del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia de regímenes económico matrimoniales, DOUE L183, de 8 julio 2016. El Reglamento es aplicable desde el 29 de enero de 2019 (art. 70).

Vid., entre otros, los siguientes comentarios artículo por artículo del Reglamento: AA.VV., *The EU Regulations on matrimonial and patrimonial property*, Oxford University Press, 2019; J.L. IGLESIAS BUIGUES/G. PALAO MORENO, *Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la Unión Europea. Comentario a los Reglamentos (UE) nº 2016/1103 y 2016/1104*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019; A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des relations patrimoniales de couple. Commentaire des Règlements (UE) nº 2016/1103 et 2016/1104*, Bruylant, Bruxelles, 2021.

³ *Vid.*, en este sentido, J.L. IGLESIAS BUIGUES, "La remisión a la ley española en materia sucesoria y de régimen económico matrimonial", *CDT*, vol. 10, nº 1, 2018, p. 242.

cuando, siendo de producción convencional, el texto supranacional no indique nada en relación con la solución a la remisión a ordenamientos plurilegislativos. También se puede aplicar el artículo 16 CC de forma indirecta o por la remisión que pueda realizar, a estos efectos, la norma de conflicto de origen supranacional a esta norma interna de conflicto de leyes⁴. Por otro lado, si el supuesto es interno, este precepto del Código civil será el que determine qué legislación española, la foral correspondiente o el Derecho civil común, debe ser la aplicable en aquellas materias en las que exista normativa foral -el régimen económico matrimonial es una de ellas-.

5. El artículo 16 del Código Civil indica que, para establecer qué Derecho español debe aplicarse al supuesto, debemos utilizar las conexiones que aparecen en el Capítulo IV del CC y, en lo que se refiere al régimen económico matrimonial, las que se encuentran en el artículo 9.2 CC⁵.

Según este precepto, *“Los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio”*.

6. Por todo ello, el juez tendrá que aplicar, en orden, los puntos de conexión del artículo 9.2 CC y ver si alguno de ellos se ubica en España. Si es el caso, el lugar de España al que conduzca el punto de conexión, determinará la legislación española aplicable. Si ninguno de los puntos de conexión concurren en España, entonces el juez aplicará el régimen económico matrimonial del Código civil. En este último caso, el segundo apartado del artículo 16.3 CC indica que *“se aplicará el régimen de separación de bienes del Código civil si conforme a una y otra ley personal de los contrayentes hubiera de regir un sistema de separación”*⁶.

7. La STS de 11 febrero 2005 trata, entre otras cuestiones, la determinación de la legislación española aplicable en un supuesto interno⁷. Efectivamente, en este asunto se cuestionó el régimen económico matrimonial de unos cónyuges españoles que se habían casado en Ibiza, el varón con vecindad civil de dicha isla y la mujer con vecindad civil común. A la hora de determinar qué Derecho, el foral o el común, debía regir el régimen económico matrimonial de la pareja, el TS dispuso que, *“[...] el art. 16.3 establece que los efectos del matrimonio entre españoles se regularán por la Ley española que resulte aplicable según los criterios del art. 9 y, en su defecto, por el Código Civil. A la vista de todo ello, sostiene la recurrente que, teniendo en cuenta la fecha y el lugar de celebración del matrimonio de los litigantes y el punto de residencia post matrimonial (Ibiza) así como que no habían otorgado capitulaciones matrimoniales, el régimen a que ha de someterse su sociedad conyugal es el de separación absoluta de bienes, como prevenía el art. 66 de la Ley 5/1961, de 19 de abril (RCL 1961, 574, 625), sobre Compilación de Derecho Civil Especial de Baleares y actualmente establece el art. 67 del Texto Refundido de la misma (RDLeg 79/1990, de 6 de septiembre [RCL 1990, 2762 ccaa y LIB 1990, 118 y LIB 1991, 44], del Gobierno Balear). QUINTO. La argumentación de la recurrente*

⁴ El artículo 33 del Reglamento de régimen económico matrimonial así lo hace cuando indica que *“1. En el caso de que la ley determinada por el presente Reglamento sea la de un Estado que comprenda varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de régimen económico matrimonial, las normas internas en materia de conflicto de leyes de dicho Estado determinarán la unidad territorial pertinente cuyas normas jurídicas serán de aplicación”*.

⁵ Esta remisión que realiza el artículo 16 CC a las conexiones que aparecen en el Capítulo IV ha sido criticada por la doctrina porque no permite dar un tratamiento similar a la determinación de la legislación española aplicable en casos internos y en los internacionales. Lo anterior, al no tener en cuenta las conexiones previstas en las normas de origen supranacional que fueran aplicables en estos últimos (J.L. IGLESIAS BUIGUES, “La remisión a la ley española en materia sucesoria y de régimen económico matrimonial”, *CDT*, vol. 10, nº 1, 2018, pp. 242-246).

⁶ Este último punto del artículo 16.3 CC ha sido criticado, entre otros, por M. AMORES CONRADI, “Artículos 9.2 y 9.3 CC”, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, (coord.), *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 452; A. BORRÁS, “No discriminación por razón de sexo: Derecho internacional privado español”, *Anuario de Derecho Civil*, enero-marzo 1991, tomo XLIV, p. 248.

⁷ RJ2005\1407.

ha de ser calificada de correcta, por cuanto responde a una acertada interpretación de las normas del Código Civil [...]”.

En esta sentencia del 2005, el matrimonio objeto del asunto se había celebrado en el año 1973, era, por tanto, un matrimonio preconstitucional. En ese momento, el artículo 9.2 CC decía que la ley aplicable al régimen económico matrimonial era la de la última nacionalidad común durante el matrimonio y, en su defecto, la ley de la nacionalidad del marido en el momento de celebración de las nupcias. Sin embargo, cuando el Tribunal utiliza el artículo 16.3 CC para determinar el ordenamiento español aplicable, menciona los puntos de conexión del actual precepto 9.2 CC, en lugar de los vigentes en el momento de la celebración del matrimonio. Finalmente, no obstante, la solución habría sido la misma, ya se hubieran utilizado las conexiones del antiguo 9.2 como las actuales del precepto⁸.

8. Aplicando, por tanto, el artículo 9.2 CC a nuestro caso, la primera conexión es la nacionalidad común de los cónyuges en el momento de la celebración de matrimonio. En la sentencia se dice que la pareja no tienen ley personal común pero no se especifica en qué momento. Se ha de entender que es en el momento del litigio porque el tribunal utiliza el tiempo verbal presente y, también, en el momento de celebración de las nupcias, que es el que realmente nos interesa para que sea aplicable la primera conexión del artículo 9.2 CC.

Si hubieran tenido nacionalidad común en ese primer momento del enlace matrimonial, se debería haber tenido en cuenta la vecindad civil común para determinar la ley aplicable al régimen económico matrimonial. En efecto, el artículo 16.1.1^a establece que la ley personal será la determinada por la vecindad civil. Siguiendo con la suposición de que hubieran tenido nacionalidad común en el momento de la celebración del matrimonio, esta conexión no habría permitido identificar la legislación rectora del régimen económico porque, según señala la SAP, la esposa tiene vecindad civil catalana y el esposo la tiene común. Por lo tanto, no tienen la misma y esto hace que no pueda utilizarse esta conexión para determinar la legislación española aplicable. Es verdad que no dice cuándo tienen cada uno de ellos esa vecindad civil pero habla en presente y se ha de suponer que se está refiriendo a la actualidad. Sin embargo, lo que interesa a estos efectos es la vecindad civil que tenían los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio, la cual no se indica y debemos suponer que es la misma que la que tienen en la actualidad.

9. Al no tener vecindad civil común al tiempo de contraer matrimonio, se ha de pasar a la siguiente conexión. La sentencia directamente pasa a la tercera debido, hemos de suponer porque no ha habido elección de ley antes de la celebración del matrimonio otorgada en documento auténtico. Según la norma, el tercer punto de conexión es la residencia habitual común inmediatamente después de la celebración del matrimonio.

10. En esta circunstancia, la residencia habitual común inmediatamente después de la celebración de matrimonio, es donde se encuentra la divergencia entre los cónyuges. Según la esposa, esa residencia se ubicó en Pamplona y alega que se aplique al régimen económico matrimonial el de la sociedad conyugal del Régimen Foral de Navarra. El esposo, en cambio, aduce que la residencia habitual común inmediatamente después de la celebración del matrimonio estuvo en Premià de Dalt (Barcelona) y que, por ello, el régimen aplicable es el de separación de bienes del Derecho Foral de Cataluña.

11. La Audiencia Provincial de Barcelona no logra confirmar que hubiera residencia habitual común inmediatamente después de la celebración del matrimonio y utiliza la última conexión del artículo 9.2 CC para determinar que el Derecho aplicable es el foral catalán y, por tanto, el régimen económico matrimonial se determina que sea el de separación de bienes de dicha legislación. Recordamos que la última conexión del artículo 9.2 CC es el lugar de celebración del matrimonio, el cual fue Cabrils (Barcelona) (FD Segundo).

⁸ El artículo 16.1.1^a) CC indica que si la conexión es la nacionalidad, se tendrá en cuenta la vecindad civil. Por lo tanto, por la nacionalidad del marido habría que considerar su vecindad civil y, por tanto, el Derecho balear como aplicable al caso.

III. Residencia habitual común inmediatamente después de la celebración del matrimonio

12. El tercer punto de conexión es la residencia habitual común inmediatamente después de la celebración del matrimonio. Lo determinante de esta conexión es saber qué se entiende por *inmediatamente después*. En este sentido, siguiendo el tenor literal del artículo 9.2 CC, residencia habitual inmediatamente después del matrimonio es aquella que tienen los cónyuges justo después de contraer nupcias.

Si después de la celebración del matrimonio la pareja no residen de forma habitual en ningún sitio, este tercer punto no podría operar y tendría que pasarse a la última conexión.

13. El concepto de residencia habitual es el que utiliza el TS español cuando interpreta el artículo 40 CC⁹. Así es, por residencia habitual se debe entender el lugar en el que los cónyuges se encuentran viviendo y donde quieren seguir estando. Residencia habitual es, pues, un concepto fáctico que requiere la “permanencia física” en un lugar (*domus colere*) y la “voluntad de permanecer” en ese sitio (*animus manendi*).

14. Aun sabiendo lo que debe considerarse por residencia habitual común *inmediatamente posterior* al matrimonio, existen sentencias que han establecido que concurre tal residencia habitual común después de transcurridos tres meses de la celebración de las nupcias. Así, en el caso de la SAP Granada, de 13 de abril de 2005, el tribunal consideró que los cónyuges, que se encontraban en Alemania cuando celebraron el matrimonio, tuvieron residencia habitual común, inmediatamente después del mismo, en España, al trasladarse aquí a los tres meses del enlace¹⁰. Según el órgano judicial, “*el concepto de residencia habitual (vid. STS 13-7-1996 [RJ 1996, 5583] excluye el concepto de domicilio o paradero provisional, accidental o esporádico. Como señala la STS 21-4-1972 (RJ 1972, 1859) no basta la presencia física de una persona en un determinado lugar para integrar su domicilio, hace falta, además la residencia habitual con intención de permanecer más o menos indefinidamente (animus manendi), residencia y domicilio son términos distintos ya que aquella, que es la elegida en la norma de reenvío y no la del domicilio o paradero, exige y requiere la habitualidad (STS 23-4-1970 [RJ 1970, 2031]) entendida no como la permanencia más o menos larga e ininterrumpidamente en un lugar determinado, sino la voluntad de establecerse de forma efectiva y permanente en un lugar (STS 25-9-1954 [RJ 1954, 2348]) ya que el simple hecho de permanecer en un sitio por un lapsus de tiempo más o menos largo, no implica por sí, voluntad cierta de permanecer en él ni hacerlo residencia habitual como sede estable jurídica y legalmente de la persona, sino aquella población o país, decía la STS 20-11-1906 a la que la persona se traslada su casa y familia para ejercer en ella su profesión u oficio por tiempo indeterminado. La circunstancia imprevista y accidental de que los esposos tras contraer matrimonio en Alemania el 28 de julio de 1980 se mantuvieran en ese país a la espera o hasta el nacimiento del hijo común ocurrido el 17 de octubre de ese año sin otra razón que evitar los riesgos que suponía el embarazo y al traslado de la madre en este estado de gestación a España, país al que pocos días después del parto el matrimonio trasladó definitivamente su residencia hacer aplicable, contrariamente a lo defendido por la apelante la ley española como ley de la primera y, en realidad, única residencia habitual del matrimonio durante sus más de 20 años de duración*” (FD Primero).

En este caso, si bien es verdad que el órgano jurisdiccional justifica que no puede considerarse *residencia habitual* la presencia del matrimonio en Alemania -por la falta del *animus manendi*, fundamentalmente-, lo cierto es que, precisamente por no poder concretar una residencia habitual inmediatamente después del matrimonio, esta tercera conexión no debería haber concurrido en este caso y se tendría que haber pasado a la cuarta y última que ofrece el precepto. Así es, podemos estar de acuerdo con el tribunal en el hecho de que en Alemania la pareja no tenía residencia habitual y sí en España. Pero esa residencia habitual en España, no concurre inmediatamente después del matrimonio. Como vemos,

⁹ STS 21 abril 1972, ECLI:ES:TS:1972:2317; STS 23 abril 1970 (RJ 1970\2031); STS 25 septiembre 1954, ECLI:ES:TS:1954:1081; STS 13 julio 1996 (RJ 1996\5583); STS 22 marzo 2001, ECLI:ES:TS:2001:2327; RDGRN 22 febrero 1996 (RJ 1996\3386).

¹⁰ SAP Granada, de 13 de abril 2005 (JUR 2005\138285).

dependiendo de cómo se interprete esto último *-inmediatamente después-*, la ley aplicable vendría determinada por la tercera conexión del precepto o por la conexión de cierre del mismo.

15. Esta tercera conexión del artículo 9.2 CC es muy parecida a la que recoge el Reglamento de régimen económico matrimonial para determinar la ley aplicable a las relaciones patrimoniales de los cónyuges, en defecto de elección de Derecho por parte de los contrayentes (art. 26.1.a). En efecto, este precepto mencionado indica que el Derecho rector del régimen económico matrimonial, en el caso de que los cónyuges o futuros cónyuges no acuerden nada al respecto, será el de la primera residencia habitual común de los esposos después del matrimonio. El texto europeo, no obstante, ha perfeccionado la concreción de la ley aplicable al tener en cuenta la primera residencia habitual común tras del matrimonio, la cual, puede concurrir inmediatamente después de la unión conyugal o más tarde¹¹.

Lo que no está claro es cuánto *más tarde* podría aceptarse la concurrencia de esta conexión¹². La doctrina propone un período de tres meses después de la celebración del matrimonio; aunque también podrían admitirse seis u ocho meses, dependiendo de las circunstancias del caso¹³.

16. Tampoco está claro si residencia habitual común de los cónyuges implica, necesariamente, una convivencia de ellos o, simplemente, que ambos vivan en el mismo Estado. Parece lo más lógico entender lo segundo, esto es, habrá residencia habitual común en un Estado cuando los cónyuges vivan en ese Estado, sin que, necesariamente, lo hagan en régimen de convivencia¹⁴.

17. Volviendo al caso, la Audiencia Provincial concluye que no se puede acreditar una residencia habitual común inmediatamente después de la celebración de las nupcias. Entre otras razones, por los datos confusos que concurren en el caso, datos como que en el certificado de matrimonio consta que el domicilio de ambos cónyuges se encuentra en Puertollano y, al mismo tiempo, que, tanto antes como después de la unión, existen extractos bancarios de compras realizadas en comercios de Madrid y de Barcelona. Dos meses después de la celebración de las nupcias, el esposo cambia de trabajo y la pareja se traslada a Pamplona. La esposa aporta certificación de ser demandante de empleo en el Servicio de Empleo de esta ciudad y de haber ingresado en el Colegio de Ingenieros de allí. La nueva empresa para la que trabaja el demandado indica que el destino navarro era accidental y temporal y que debían abandonar la residencia en Pamplona -pagada por la compañía- cada vez que hubiera período de vacaciones o de descanso. No concurriría, en este caso, por tanto, el *animus manendi* requerido para considerar habitual la residencia. Por otro lado, el domicilio de la esposa que aparece en la demanda de empleo y en la ficha de ingreso en el Colegio de Ingenieros es diferente, lo cual puede hacer dudar de dónde reside realmente la esposa.

Por todo lo anterior, el tribunal entiende que no ha habido residencia habitual común inmediatamente después de la celebración de matrimonio, ya que, la que podía considerarse es la que tuvieron en Pamplona, que comenzó dos meses después de este momento. Destacamos, en este punto, que en el caso resuelto por la Audiencia Provincial de Granada, mencionado en este trabajo, siendo muy similar, la so-

¹¹ F. VISMARA, “Legge applicabile in mancanza di scelta e clausola di eccezione nel regolamento (UE) N. 2016/1103 in materia di regimi patrimoniali tra i coniugi”, *RDIPP*, anno LIII, n° 2, 2017, p. 361.

¹² En contra, por no ser una conexión estable y previsible para terceros, S. MARINO, “Strengthening the european civil judicial cooperation: the patrimonial effects on family relationships”, *CDT*, vol. 9, n° 1, 2017, p. 280.

¹³ S. MARINO, “Strengthening the european civil judicial cooperation: the patrimonial effects on family relationships”, *CDT*, vol. 9, n° 1, 2017, p. 280.

¹⁴ D. COESTER-WALTJEN, “Connecting Factors to Determine the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes”, *Yearbook of private international law*, vol. XIX, 2017-2018, p. 203.

¹⁵ A. BONOMI, “The Proposal for a Regulation on matrimonial property: a critique of the proposed rule on the immutability of the applicable law”, en K. BOELE-WOELKI/N. DETHLOFF/W. GEPHART (eds), *Family law and cultura in Europe*, Intersentia, Cambridge, Antwerp y Portland, 2014, p. 247; N. JOUBERT, “La dernière pierre (provisoire?) à l’édifice du droit international privé européen en matière familiale. Les règlements du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés”, *RCDIP*, n° 1, 2017, p. 20; D. COESTER-WALTJEN, “Connecting Factors to Determine the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes”, *Yearbook of private international law*, vol. XIX, 2017-2018, p. 203.

En contra de esta solución, S. GODECHOT-PATRIS, “Commentaire du règlement du 24 juin 2016 relatif aux régimes matrimoniaux: le changement dans la continuité”, *Recueil Dalloz*, 17 novembre 2016, n° 39, p. 2296.

lución fue distinta. Recordamos que, en este asunto, el tribunal entendió que no había residencia habitual común inmediatamente después de la celebración del matrimonio en Alemania y sí, tres meses después, en España, y aplicó la ley española para determinar el régimen económico matrimonial de la pareja¹⁵.

18. En esta situación, no concurriendo la residencia habitual común inmediatamente después de la celebración del matrimonio, la Audiencia Provincial tiene en cuenta el cuarto y último punto de conexión del artículo 9.2 CC, el lugar de la celebración del matrimonio. Pues bien, como las nupcias se celebraron en Cabrils (Barcelona), el tribunal estipula que el régimen económico matrimonial debe ser el de separación de bienes del Derecho foral catalán. Todo ello, ante la ausencia de capitulaciones matrimoniales en las que se hubiera acordado que el régimen fuera otro.

La separación de bienes es, además, el régimen que alegan los cónyuges en el acto notarial de adquisición de dos plazas de garaje, si bien, como recoge la sentencia, las manifestaciones hechas por los cónyuges en las escrituras públicas no pueden tener valor probatorio pleno del régimen económico matrimonial aplicable pero sí pueden constituir un elemento complementario a tener en cuenta en este sentido¹⁶.

IV. Conclusiones

Primera. La sentencia objeto de comentario es muy sencilla, no plantea ningún problema jurídico importante. Aun así, como se ha puesto de manifiesto en el trabajo, la solución aportada difiere de la dada por otra Audiencia Provincial en un caso que podría considerarse similar.

Segunda. En el asunto, el tribunal utiliza las conexiones del artículo 9.2 CC para determinar la legislación, foral o común, española aplicable al régimen económico matrimonial. Parece que el supuesto de hecho es interno, que no presenta ningún elemento de extranjería, aunque se diga en la sentencia que los cónyuges no tienen ley personal común. Se debe entender que esta alusión a la diferencia de ley personal se refiere a la distinta vecindad civil que tienen los esposos. Precisamente, este hecho es el que motiva que se acuda al artículo 9.2 CC para conocer qué ley española sería la aplicable. Precepto al que se llegaría a través del artículo 16 del mismo texto.

Tercera. La norma de conflicto de leyes interno es este precepto 16 del Código Civil. Este artículo se aplicará tanto en supuestos que no presentan elemento de extranjería como en asuntos internacionales. En este segundo caso, se tendrá en cuenta cuando el Derecho rector sea el español y no haya una norma de origen supranacional aplicable que resuelva el conflicto de leyes interno. Aunque, si la hay, esa norma podría remitir al artículo 16 CC en este sentido y, si fuera así, este precepto del Código Civil también sería aplicable en este escenario.

El artículo 16 CC establece que las conexiones del Capítulo IV del Código Civil serán las que determinen la legislación española aplicable. En nuestro caso, tendríamos que utilizar las conexiones que aparecen en el artículo 9.2 CC, norma de conflicto de producción interna reguladora de la ley aplicable al régimen económico matrimonial.

Cuarta. Según la sentencia, los cónyuges no tienen ley personal común en el momento de celebración del matrimonio y, ante la ausencia de acuerdo de elección de ley, la Audiencia Provincial pasa a la tercera conexión del precepto, según la cual, hay que tener en cuenta la residencia habitual común inmediatamente después de la celebración del matrimonio.

¹⁵ SAP Granada, de 13 de abril 2005 (JUR 2005\138285).

¹⁶ *Vid.*, en relación con la publicidad en España del régimen económico matrimonial, J. RODRÍGUEZ RODRIGO, *Relaciones económicas de los matrimonios y las uniones registradas en España, antes y después de los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 196-208; *Id.*, “El régimen económico matrimonial en el Derecho Internacional Privado”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, T. II, 2ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 1622-1626.

Este es el elemento en el que no están de acuerdo los cónyuges. Según la esposa, esta residencia habitual común se encuentra en Pamplona, por lo que entiende que el régimen económico matrimonial es el de la sociedad conyugal del Derecho navarro. El cónyuge, por su parte, alega que residieron habitualmente en Barcelona y, por esta razón, reclama que su régimen económico matrimonial sea el de separación de bienes del Derecho catalán.

Con los datos del caso, la Audiencia Provincial estima que no hubo residencia habitual común inmediatamente después de la celebración del matrimonio, ya que, la única que podría considerarse válida es la que tuvieron en Pamplona y comenzó dos meses después de este momento.

En el asunto no se discute la concurrencia de los elementos definatorios de la residencia habitual común. Así es, no se litiga por que no se considere habitual la residencia o por que no se considere común, el problema que encuentra el tribunal es que no se puede confirmar que los cónyuges hayan residido en algún lugar inmediatamente después de la celebración del matrimonio. Con las comunicaciones por mail y por los extractos bancarios, el domicilio podría haber estado tanto en Madrid como en Barcelona.

Dos meses después de la celebración de las nupcias hay más elementos que llevan a pensar que la residencia habitual se encontró en Pamplona pero, al no ser esta inmediatamente después de esta fecha, no se tiene en cuenta. No obstante, si se pudiera tener en cuenta, no estaría claro tampoco que la residencia habitual de la pareja hubiera estado en Pamplona. Así es, según consta en la sentencia, la vivienda la aportó la empresa para la que empezó a trabajar el marido y esta compañía la considera temporal y accidental y obligaba al empleado a abandonarla en períodos festivos y vacacionales. Por parte de la esposa, el domicilio en Pamplona que alega cuando se inscribe en el Servicio navarro de empleo y el que aporta en la ficha de ingreso en el Colegio de Ingenieros, son distintos.

Quinta. Por todo lo anterior, el tribunal aplica la conexión de cierre del artículo 9.2 CC. Una conexión que podría no guardar ninguna relación con la pareja en el momento presente pero que, en nuestro caso, sí presenta vinculación con ella.

La última conexión del artículo 9.2 CC es el lugar de celebración del matrimonio. Este lugar, como decimos, puede significar aplicar una ley alejada de la pareja, una ley que no sea previsible para ella. En términos generales, se trata de la última conexión y se utilizará de manera residual, cuando no sean aplicables ninguna de las tres anteriores, y es una conexión cierta que permite cerrar la determinación de la ley aplicable. En nuestro caso particular, el lugar de celebración del matrimonio fue Barcelona y esta ciudad se encontraba vinculada con la esposa porque, en ese momento y ahora, tiene vecindad civil catalana.

Sexta. En el supuesto no consta que haya capitulaciones matrimoniales otorgadas por la pareja y con las que habrían resuelto sus controversias de determinación de la ley aplicable. Si los cónyuges hubieran celebrado capítulos, además de elegir de mutuo acuerdo la legislación aplicable o el régimen económico matrimonial concreto que más les interesara, no se habría dado lugar a este litigio entre ellas y se habrían ahorrado muchos costes y sufrimiento.

La competencia judicial de los tribunales españoles en el transporte marítimo. Análisis de la SAP Pontevedra n.º 40/2023 de 26 de enero de 2023

The jurisdiction of Spanish courts in maritime transport. Analysis of SAP Pontevedra n.º 40/2023 of 26 January 2023

YERAY ROMERO MATUTE

Profesor Universidad San Jorge de Zaragoza

Doctor en Derecho Internacional privado (Universidad de Murcia)

Recibido: 09.06.2023 / Aceptado: 12.07.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.8108

Resumen: El transporte marítimo internacional ha experimentado grandes y muy significativos avances, impulsados, mayoritariamente, por las nuevas tecnologías. Tales progresos han mejorado la seguridad y han transformado la industria marítima. Si bien es cierto, a pesar de los avances, ello no evita que se produzcan conflictos de carácter internacional. Es cuando, en estas situaciones, los operadores jurídicos deben conocer el Derecho Internacional privado, puesto que un buen operador jurídico internacional tratará de evitar que su cliente pierda dinero en un procedimiento judicial. A este respecto, el análisis de la presente sentencia, no solo servirá para analizar ciertos aspectos relacionados con el transporte marítimo, sino también para responder a la pregunta siguiente: ¿qué motivaría a un representante jurídico de una aseguradora a interponer una demanda ante un juzgado nacional territorialmente incompetente?

Palabras clave: Transporte marítimo, conocimiento de embarque, competencia judicial.

Abstract: International shipping has experienced major and very significant developments, driven largely by new technologies. These developments have improved safety and transformed the maritime industry. However, despite these advances, this does not prevent international disputes from occurring. This is when, in these situations, legal operators must be knowledgeable about private international law, because a good international legal operator will try to prevent his client from losing money in legal proceedings. In this respect, the analysis of this judgment will not only serve to analyze certain aspects related to maritime transport, but also to answer the following question: what would motivate a legal representative of an insurer to bring a claim before a national court that does not have territorial jurisdiction?

Keywords: Maritime transport, bill of lading, legal jurisdiction.

Sumario: I. Introducción; II. Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra n.º 40/2023: resumen de los hechos; III. Consideraciones previas: el transporte marítimo; IV. Comentario de la sentencia; 1. Primer procedimiento: Juzgado de lo Mercantil de Valencia; 2. Segundo procedimiento: Juzgado de lo Mercantil de Vigo y Audiencia Provincial de Pontevedra; IV. Reflexión personal.

I. Introducción

1. En los últimos años, el transporte marítimo internacional ha experimentado grandes y muy significativos avances, impulsados, mayoritariamente, por las nuevas tecnologías. Tales progresos han mejorado la seguridad, la eficiencia, la capacidad de los buques y, sobre todo, han cambiado la industria marítima en ciertos aspectos –*v.gr.*, contenedores, buques portacontenedores, automatización y digitalización, etc.–. Asimismo, cabe atestiguar que el comercio internacional privado y el transporte marítimo se encuentran estrechamente vinculados, ya que la mayoría de los géneros que se comercializan a nivel mundial se transportan por mar. No obstante, pese a que el transporte realizado a través de este medio es generalmente sólido, en ciertas ocasiones, se producen problemas y controversias derivadas del mismo –*v.gr.*, congestión portuaria, pérdidas de las mercancías, tarifas excesivas, cumplimiento normativo, etc.–¹.

2. En consecuencia, a pesar de la evolución y los avances tecnológicos en el transporte de mercancías, ello no evita que se produzcan ciertos conflictos como consecuencia de dicho transporte internacional: a) una mala impermeabilización de los productos transportados; b) que el contenedor presente desperfectos; c) el deterioro de los productos transportados; y, d) alguna otra razón atribuible al cargador y/o al transportista del mismo. Por lo tanto, en situaciones de estas características, es en donde los profesionales deben conocer el Derecho Internacional privado, puesto que un buen operador jurídico internacional no solo tratará de evitar que su cliente pierda dinero en un procedimiento judicial, sino que, además, tratará de ahorrarle tiempo y quebraderos de cabeza innecesarios; ya que el tiempo, en definitiva, se traduce en dinero.

II. Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra n.º 40/2023: resumen de los hechos

3. En primer lugar, es preciso traer a colación a la empresa PLADUREX CARPETERIA, S.L. (*Pladurex S.L.*) –con domicilio social en Mataró (Barcelona)–, la cual encargó y compró una partida de 1.176 cajas con palancas y compresores para archivadores, por una cuantía de 33.633,60USD –31.412,72€–, a la empresa TOUCHEUNGLEE STATIONERY MFG CO (*Touche Co*) –sita en Tamil Nadu (India)–.

4. En este sentido, para el traslado y transporte de las mercancías, la empresa *Pladurex S.L.* contrató a un operador logístico que opera a nivel nacional e internacional, OPERINTER (*Operinter S.A.*) –con domicilio social en Hospitalet de Llobregat (Barcelona)–. Si bien, este operador logístico subcontrató a la naviera MEDITERRANEAN SHIPPING COMPANY, S.A. (*MSC S.A.*) –con domicilio sito en Ginebra (Suiza)–, para realizar el transporte de las mercancías desde la India hasta Vigo. En tal sentido, *MSC S.A.*, no solo se encargó de trasladar la mercancía, sino que, además, fue la responsable de poner a disposición el contenedor «CARU990477-4» para el transporte de la misma².

5. Así pues, en relación con la mercancía y las distintas fechas relacionadas con la misma, se establece lo siguiente:

1. Entre el 18/03/2020 y el 20/03/2020, la mercancía salió de la empresa *Touche Co* –Tamil Nadu (India)–.
2. El 26/03/2020, la mercancía se cargó en la India a bordo del buque SPIRIT OF MUMBAI –pabellón: Liberia–.
3. El 6/05/2020, la mercancía llegó a Vigo y, ya en el puerto de Vigo, se descargó el producto

¹ El presente análisis se ha realizado en el marco de una estancia de investigación en la *Università degli Studi di Salerno* –UNISA– (Italia), financiada por la Universidad de Zaragoza, la Fundación Ibercaja y la Fundación CAI, con número de referencia: CH 39/22.

² El suelo del contenedor había sido impermeabilizado con un film plástico, la mercancía fue cargada en diferentes cajas de cartón –las palancas se encontraban en bolsas de plástico y los compresores estaban en fila separados por una lámina de cartón–.

para su traslado a las instalaciones de GRAFOPLÁS DEL NOROESTE, S.A. (*Grafoplás S.A.*) –sita en Vendita all’ingrosso, Culleredo (A Coruña)–.

4. El 11/05/2020, se comprobaron los daños que presentaba la mercancía.

6. De seguido, una vez que se apreció que la mercancía había llegado en malas condiciones, es cuando se produjeron una serie de comunicaciones entre el operador intermediario, la naviera, así como con la aseguradora del primero:

1. El 11/05/2020, a las 11:41 horas, *Operinter S.A.* remitió correo electrónico a la delegación española de *MSC S.A.* –domicilio ubicado en calle Suiza, Valencia (España)–. Dicha delegación, acusó de recibo y solicitó mediante correo electrónico información del percance ocurrido y de los daños acaecidos.
2. El 12/05/2020, *Operinter S.A.* envió la documentación e información requerida por la delegación española de *MSC S.A.*
3. El 13/05/2020, la delegación española de *MSC S.A.* indicó a *Operinter S.A.* que la información recibida había sido trasladada a su sede principal para su tramitación pertinente.
4. El 04/06/2020, *Operinter S.A.* recibió de su aseguradora REALE SEGUROS GENERALES, S.A. (*Reale Seguros S.A.*), la cantidad de 31.262,71€ en concepto de daños y perjuicios por el siniestro ocurrido. Asimismo, en esa misma fecha, *Reale Seguros S.A.*, envió la documentación solicitada por la delegación española de *MSC S.A.*
5. El 9/06/2020, *Operinter S.A.* abonó dicha cantidad a *Pladurex S.L.*
6. El 10/07/2020, la delegación española de *MSC S.A.* solicitó documentación, así como aclaración sobre el importe de los daños.
7. El 14/07/2020, *Reale Seguros S.A.* envió la información solicitada.
8. El 04/09/2020, la delegación española de *MSC S.A.* comunicó a *Reale Seguros S.A.* que rechazaba la reclamación y procedía al archivo de las actuaciones.
9. El 04/12/2020, *Reale Seguros S.A.* planteó la posibilidad de llegar a un acuerdo y, en caso contrario, mostró su intención de presentar una demanda judicial.

7. Tras lo que precede, la delegación española de *MSC S.A.* trasladó la información relativa de la presunta demanda judicial y la posibilidad de llegar a un acuerdo a la sede principal de Ginebra (Suiza). Si bien es cierto, a la vez que tanto la naviera como la aseguradora discutían sobre los daños acaecidos y el perjuicio económico, *Reale Seguros S.A.* solicitó el 18/03/2021 –a través de un correo electrónico–, una «extensión del plazo para reclamar». Ello, como consecuencia de la proximidad del transcurso del plazo del año del que disponía para reclamar desde que se originó la citada controversia –situación que, nuevamente, volvió a reiterar por correo el 18/04/2021–.

8. En este sentido, en atención a la petición realizada, la delegación española de *MSC S.A.* volvería a trasladar dicha información y, finalmente, se le concedería una ampliación hasta el 11/08/2021. Asimismo, la empresa naviera instó a *Reale Seguros S.A.* a la concreción de ciertos detalles en lo que a los daños de la mercancía se refería; en cuyo caso, *Reale Seguros S.A.*, fijaría la cuantía total de la reclamación en 28.121,45€. Naturalmente, como consecuencia de la citada modificación, la delegación española de *MSC S.A.* consideró que se había producido una contradicción en la reclamación y solicitó la documentación referida al salvamento. *Reale Seguros S.A.*, aclararía que la reducción de la cantidad reclamada correspondía a «31.412,72€, menos 3.141,27€ del salvamento y 150€ de franquicia».

9. El 30/07/2021, *Reale Seguros S.A.* interpuso una demanda contra *MSC S.A.* ante los Juzgados de lo Mercantil de Valencia, en la que ejercitaba una acción de repetición y por la que se reclamaban los 28.121,45€, así como los intereses y las costas devengadas del procedimiento [ex art. 43 Ley de Contrato de Seguro (LCS)³]. Habida cuenta de ello, la parte demandada planteó declinatoria por «falta de jurisdic-

³ Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro. BOE-A-1980-22501.

ción al corresponder», según ella, «el conocimiento de este asunto a los Tribunales suizos o ingleses» y, como no podía ser de otra manera, *Reale Seguros S.A.* se opuso a la citada declinatoria. En este sentido, el Juzgado de lo Mercantil de Valencia desestimaría la declinatoria; no obstante, el citado entendió que, pese a ser competente la jurisdicción española para conocer sobre dicha controversia, no era el tribunal competente por «falta de competencia territorial» y ordenaría «el archivo de las actuaciones, sin inhibición al órgano competente».

10. Como consecuencia directa, *Reale Seguros S.A.* interpondría una demanda contra *MSC S.A.* ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Pontevedra (Vigo), el 21/12/2021. En cuyo caso, a fecha de 26/07/2022, dicho juzgado estimaría la demanda interpuesta condenando a *MSC S.A.* a los siguientes extremos: a) abonar a *Reale Seguros* la cuantía de 28.121,45€; b) pagar los intereses legales devengados, así como los intereses del art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en adelante (LEC)⁴; y, c) expresa imposición de las costas devenidas de la instancia en cuestión. En este sentido, tras la notificación, la parte demandada interpuso recurso de apelación el 27/09/2022; aduciendo en su escrito que se revocase la sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Pontevedra y se desestimase la demanda planteada en primer lugar. El 10/10/2022, *Reale Seguros S.A.* se opuso al mismo y solicitó que se dictase sentencia por la que se confirmase la sentencia de instancia; habida cuenta de ello, el 20/10/2022 se elevaron tales actuaciones ante la Audiencia Provincial de Pontevedra.

11. Finalmente, por los motivos que se irán desgranando a continuación –v.gr., responsabilidad del porteador efectivo y/o contractual, cartas de porte marítimo, caducidad y prescripción de la acción, cláusulas de sumisión en contratos de adhesión, declinatoria por falta de jurisdicción y competencia judicial internacional–, la Audiencia Provincial de Pontevedra en su sentencia n.º 40/2023 de 26 de enero de 2023⁵, desestimó el recurso presentado por *MSC S.A.* contra la sentencia emitida el 26/07/2022 y vino a confirmar los extremos de la misma.

III. Consideraciones previas: el transporte marítimo

12. Con antelación al análisis pertinente, es necesario comentar ciertos aspectos teóricos en relación con el transporte marítimo pero, sobre todo, aquellas situaciones más específicas de la contratación como podría ser el conocimiento de embarque, las características y peculiaridades de los cargadores, portadores y transitarios, así como las especificidades de las cartas de porte marítimo o «*Sea waybill*». Si bien es cierto, desde la perspectiva de la sentencia analizada, la incidencia de lo anterior servirá como base para comprender ciertos extremos y soluciones adoptadas en la sentencia por el órgano juzgador.

13. A este respecto, es importante detallar que en el contrato de transporte marítimo intervienen distintos sujetos, de entre los que destacarían los siguientes: 1.º) el cargador, siendo la entidad que carga las mercancías en el buque para su transporte –puede ser el propietario de las mercancías, el exportador o cualquier otra parte que tenga la responsabilidad de entregar las mercancías–; 2.º) el porteador, suele ser el «propietario» del buque y/o el «fletador» en un contrato con el cargador; si bien es cierto, pueden existir varias posibilidades: a) el porteador efectivo –*MSC S.A.*–; y, b) el porteador contractual –*Operinter S.A.*–⁶; 3.º) el transitario –*Operinter S.A.*–, también conocido como agente de carga, siendo una em-

⁴ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. BOE-A-2000-323.

⁵ SAP Pontevedra 26 enero 2023, [ECLI:ES:APPO:2023:269].

⁶ Sobre este particular, cabe esgrimir que: a) el porteador efectivo, también conocido como transportista real, es la entidad o persona física responsable de la ejecución física del transporte de mercancías. Es la entidad que posee y opera los medios de transporte, como los barcos, camiones o aviones y, además, lleva a cabo el movimiento real de las mercancías de un lugar a otro; asimismo, b) el porteador contractual, también conocido como transportista contractual, es la entidad o persona física que celebra el contrato de transporte con el cargador –remite de las mercancías–. El porteador contractual no tiene que ser necesariamente el mismo que el porteador efectivo. En algunos casos, el porteador contractual actúa como intermediario y subcontrata los servicios de transporte a un porteador efectivo –el porteador contractual asume la responsabilidad de organizar el transporte y asegurarse de que se cumplan los términos y condiciones acordados con el cargador–.

presa intermediaria que organiza y coordina el transporte de mercancías en nombre del cargador –suele actuar como intermediario entre el cargador y los transportistas (líneas navieras)–; y, 4.º) el destinatario⁷.

14. Ahora bien, es importante matizar que el transporte marítimo puede llevarse a cabo a través de dos modalidades –dos maneras diferentes de explotar el buque–: a) un transporte de mercancías a través de un contrato en régimen de conocimiento de embarque; y, b) un contrato marítimo en régimen de fletamento. Naturalmente, cabe recordar que el elemento nuclear de los contratos, es el transporte de mercancías. En este sentido, desde una perspectiva práctica, se deberá prestar especial atención a los documentos emitidos, así como las condiciones estipuladas y las cláusulas acordadas en el contrato marítimo⁸.

15. Habida cuenta de ello, en los contratos marítimos suele destacar el conocimiento de embarque o «*Bill of Lading*»; éste, es un documento legal y contractual utilizado en el comercio internacional para evidenciar el contrato de transporte marítimo de mercancías⁹. Dicho documento, es emitido por el transportista o la compañía naviera y se entrega al remitente de las mercancías, también conocido como cargador, una vez que éstas han sido cargadas en el barco –la doctrina interpreta que el conocimiento de embarque tiene varias funciones: a) sirve como recibo de mercancías; b) es el propio contrato; c) es un título de propiedad; y, d) es un documento de negociación–¹⁰.

16. En el mismo orden de ideas, es preciso traer a colación otro de los documentos empleados en el tránsito marítimo; pues, con más frecuencia y en demérito de los conocimientos de embarque, se suelen utilizar las denominadas cartas de porte marítimo o «*Sea waybill*»¹¹. Éste, a diferencia del conocimiento de embarque, es un documento no negociable y no representa la titularidad de las mercancías; es decir, carece de la naturaleza de título valor y, en particular, de su capacidad negociadora. Además, la transmisión de dichos documentos «no atribuye al adquirente un mejor derecho sobre las mercancías que el que correspondía al tenedor» [ex art. 268 Ley Navegación Marítima (LNM¹²)]¹³.

17. Una vez realizada esta pequeña aproximación al transporte marítimo, conviene esgrimir que la normativa aplicable a los contratos de fletamento y, más concretamente, al transporte de mercancías en régimen de conocimiento de embarque serían: a) las Reglas de la Haya (RH)¹⁴, las Reglas de la Haya-Visby (RHV)¹⁵, así como la ya citada LNM¹⁶; b) los tratados y reglamento de la Unión Europea

⁷ C. SALINAS ADELANTADO, *Manual de Derecho Marítimo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 247-253 y 321-452.

⁸ M. BROSETA PONT/F. MARTÍNEZ SANZ, *Manual de Derecho Mercantil*, vol. II., Madrid, Tecnos, 2019, pp. 197 y ss.; C. ESPLUGUES MOTA *et al.*, *Derecho del comercio internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 357 y ss.

⁹ Y. ROMERO MATUTE, Análisis del AAP Valencia n.º 276/2019 de 10 de octubre: Cláusula de competencia judicial internacional incluida en el régimen de conocimiento de embarque: subrogación de una de las partes, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2020), vol. 12, n.º 2, pp. 1146-1154.

¹⁰ Asimismo, el conocimiento de embarque puede ser utilizado para solicitar el despacho aduanero, reclamar las mercancías en el puerto de destino y, además, puede ser utilizado como prueba en caso de disputas o reclamaciones por daños o pérdidas de las mercancías durante el transporte. Cfr., L. FONTESTAD PORTALES, *Conocimiento de embarque como título ejecutivo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 29-30; A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, (Dir.), *Derecho Internacional Privado*, Comares, Granada, vol. II, 18.ª Ed., 2018, pp. 763-764; C. SALINAS ADELANTADO, *Manual de Derecho Marítimo*, *op. cit.*, pp. 389-406.

¹¹ C. ESPLUGUES MOTA *et al.*, *Derecho del comercio internacional*, *op. cit.*, p. 358; C. SALINAS ADELANTADO, *Manual de Derecho Marítimo*, *op. cit.*, pp. 407-410.

¹² Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima. BOE-A-2014-7877.

¹³ Es importante aclarar que las cláusulas que establecen la competencia judicial internacional en un conocimiento de embarque se consideran acuerdos accesorios entre las partes involucradas. Al transmitir el conocimiento de embarque, también se transmiten la cláusula de competencia y los derechos y obligaciones inherentes al mismo. Por lo tanto, al delimitar el régimen del conocimiento de embarque y las cláusulas de sumisión incluidas, es necesario afirmar que, en el ámbito del derecho procesal marítimo y la competencia judicial internacional, existe una notable falta de normativa específica

¹⁴ Reglas de La Haya 1924. Convenio Internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimiento de embarque, suscrito en Bruselas el 25 de agosto de 1924.

¹⁵ Instrumento de Ratificación de 16 de noviembre de 1981, del Protocolo de 21 de diciembre de 1979, que modifica el Convenio Internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos de embarque de 25 de agosto de 1924, enmendado por el Protocolo de 23 de febrero de 1968, (dan lugar a las llamadas «Reglas de La Haya-Visby»). BOE-A-1984-3645.

¹⁶ Pese a que la LNM dedica un extenso apartado a la regulación del conocimiento de embarque en sus artículos 246 y ss.,

que aborden y den soluciones respecto de la competencia judicial internacional –Reglamento 1215/2012 (RBI-bis)¹⁷ y/o Convenio de Lugano II (CL-II)^{18–19}; y, c) la normativa interna relativa a cuestiones sobre competencia judicial –la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)²⁰ y la LEC–. Si bien es cierto, con independencia de lo expuesto, no puedo sino hacerme la siguiente pregunta que, además, servirá como nexo de unión con el siguiente apartado: ¿qué motivó al representante jurídico de *Reale Seguros S.A.* a interponer una demanda ante los tribunales de Valencia?

IV. Comentario de la sentencia

18. Habida cuenta de lo anterior, es preciso distinguir que el recurso de apelación presentado ante la Audiencia Provincial de Pontevedra trae causa directa del primer procedimiento ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 4 de Valencia ya extractado. Ahora bien, tras esta resolución, la aseguradora volvería a interponer un nuevo procedimiento ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Pontevedra –en esta resolución se condenó a la naviera (*vid., ut supra*)²¹; siendo esta segunda resolución de fecha 26/07/2022, la responsable de que la naviera recurriera en apelación ante la Audiencia Provincial de Pontevedra.

1. Primer procedimiento: Juzgado de lo Mercantil de Valencia

19. En primer lugar, al hilo de la pregunta expuesta, es necesario comprender varios extremos de la primera resolución planteada ante los tribunales de Valencia: 1.º) ¿por qué se planteó una demanda ante dichos tribunales?; 2.º) ¿una cláusula de sumisión a la jurisdicción inglesa, concretamente al Tribunal Superior de Justicia de Londres, contenida en un conocimiento de embarque o en una carta de porte marítimo tienen la misma naturaleza y, por lo tanto, se consideraría válida y afectaría a terceros?; y, 3.º) ¿por qué el tribunal desestimó la declinatoria presentada por la naviera *MSC S.A.*?

20. A este respecto, por comenzar dando respuesta a la primera de las preguntas realizadas –de manera hipotética y dado el autor que suscribe no ha podido realizar una lectura del Auto que emitió el Juzgado de lo Mercantil n.º 4 de Valencia, ni de la demanda ni contestación a la misma–, se podrían llegar a plantear varias posibilidades. Empero, antes de ser analizadas, es necesario explicar si en este

las RHV ya han hecho lo propio normativamente hablando desde la perspectiva del conocimiento de embarque (*ex art. 3 RHV*); siendo estas últimas de aplicación preferente en detrimento de la LNM –la LNM ha venido a complementar las lagunas jurídicas contempladas en las RHV–. Ahora bien, las cuestiones referidas al conocimiento de embarque no han sido desarrolladas en exceso por las RHV y, por lo tanto, los problemas interpretativos se reducen considerablemente (*art. 2 LNM*). Por otro lado, en lo que respecta a las cartas de porte marítimo o «*Sea waybill*», es preciso distinguir que las RHV no son de aplicación; pues, para que estas puedan aplicarse, es necesaria la existencia de un conocimiento de embarque, *ergo*, dado que las cartas de porte marítimo no lo son, se aplicará, de manera exclusiva, la LNM (*art. 268 y ss. LNM*). Cfr., C. SALINAS ADELANTADO, *Manual de Derecho Marítimo, op. cit.*, pp. 389-407.

¹⁷ Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2012/1215/oj>.

¹⁸ Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. ELI: <http://data.europa.eu/eli/convention/2007/712/oj>.

¹⁹ Es preciso matizar que «las cláusulas de elección de foro en los contratos de transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque se rigen, en defecto de normativa internacional especial sobre esta materia, por el régimen de competencia judicial internacional establecido con carácter general para los contratos internacionales en el RBI-bis y en el CL-II». A más, sobre este particular, cabe hacer una referencia al Convenio de La Haya de 30 de junio de 2005, sobre acuerdos de elección de foro; pues, «aunque el Convenio de La Haya 2005 regula los efectos legales de las cláusulas de elección de foro en casos internacionales en materia civil y mercantil, excluye de su ámbito de aplicación material los contratos de transporte de mercancías» [*ex art. 2.2 f*]. A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Las cláusulas de elección de foro en los contratos de transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque. Los arts. 251 y 468 de la Ley de Navegación Marítima, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2023), vol. 15, n.º 1, p. 407.

²⁰ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. BOE-A-1985-12666.

²¹ Sentencia J. Merc. Vigo 26 julio 2022, [ECLI:ES:JMPO:2022:9449].

supuesto es de aplicación el CL-II y no, en cambio, el RBI-bis. El citado convenio, prácticamente –con ciertos matices–, reproduce en su totalidad la redacción del antiguo RB-I, así como el actual RBI-bis. Así pues, cuando el demandado se encuentre domiciliado en un Estado que es parte del CL-II de manera exclusiva, éste será de aplicación preferente; en consecuencia, los tribunales de un Estado de la propia Unión Europea se tendrán que declarar competentes de conformidad con el citado convenio en materias de índole civil y mercantil –la naviera *MSC S.A.* se encuentra domiciliada en Suiza²²⁻²³.

21. En primer lugar, se podría llegar a interpretar que el representante de *Reale Seguros S.A.* hubiera presentado la demanda ante los tribunales valencianos en aplicación del foro del domicilio del demandado (arts. 2 y 60 CL-II). Esta tesis precisaría ser descartada dado que, para entender que una sociedad se encuentra domiciliada en un Estado miembro hace falta que la sede de ese lugar sea: a) su sede estatutaria; b) bien su administración central; o, c) bien su centro de actividades principales (art. 60 CL-II). El único dato que se tiene, es que la oficina española de *MSC S.A.* se encontraba ubicada en Valencia y que, además, fue la responsable de atender la reclamación interpuesta a efectos de notificaciones –no se puede deducir de esta información, *a priori*, que dicha oficina cumpliera alguna de las premisas que presenta el artículo 60 del CL-II²⁴.

22. Ahora bien, una segunda posibilidad que podría ser interesante y, sobre todo, más acertada en relación con la competencia judicial, sería la de haber interpuesto la demanda ante los tribunales valencianos en aplicación del foro de «la explotación de sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento» (*ex art.* 5.5 CL-II). Sobre este particular, varias precisiones deben realizarse en relación con este foro y su operatividad: a) en aplicación de la regla «*Doing Business*», se puede hacer competente a un tribunal que se encuentre o se hubiera encontrado cercano a la controversia acaecida; esta situación beneficiaba a *Reale Seguros S.A.* dado que interpuso la demanda en el lugar en el que esa «sociedad», según él, realizaba su actividad a través de sus instalaciones en Valencia –una sociedad que desarrolla su actividad y, además, «se sumerge» en el mercado de un país, puede ser demandada en dicho país, pues, acepta indirectamente el riesgo de operar y ser demandada en dicho lugar²⁵; y, b) de entre los litigios regulados por este foro, se encontrarían los litigios que deriven de la «actividad exterior» de la sociedad; es decir, aquellos contratos celebrados y/o alguna obligación que ésta hubiere asumido –en el presente caso, la formalización del contrato de transporte con *Operinter S.A.*²⁶.

23. Expuesto lo anterior, considero que la segunda de las posibilidades planteadas –más viable–, podría haberse tenido en consideración si se hubiera dado una cierta casuística. Pues, en el supuesto de que como empresa y a título particular, se decidiera contratar un servicio a través de la propia página web de *MSC S.A.*, ésta remite el siguiente mensaje «no podemos ayudarte con envíos individuales, te recomendamos que contactes con un agente de cargas local». Es decir, se podría llegar a interpretar que *MSC S.A.* no se está «sumergiendo» en el mercado de dicho país; además, dicha página remite a sus oficinas, únicamente, para solicitar información y/o ayuda en relación con reclamaciones –como se realiza en el presente caso–. La clave en este primer procedimiento, para saber si este foro hubiera podido aplicarse, radica en acreditar fehacientemente la intervención de la oficina valenciana en la relación jurídica entre *MSC S.A.* y la parte demandante –el autor que suscribe no tiene los datos suficientes para evidenciar la relación anterior²⁷.

²² Además, en los conocimientos de embarque emitidos por *MSC S.A.*, se atisba con exacta precisión que el domicilio de la naviera radica en Suiza. Cfr., www.msc.com/es/carrier-terms (consultado el 23 de mayo de 2023).

²³ A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, (Dir.), *Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, pp. 829-831.

²⁴ *Ibid.*, pp. 848-849.

²⁵ El TJUE interpreta que «una sociedad que ejerce en un Estado miembro, en virtud de un contrato celebrado con una empresa de seguros establecida en otro Estado miembro (...) debe considerarse una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento (...) cuando esta sociedad se manifiesta de forma duradera hacia el exterior como la prolongación de la empresa de seguros, y está dotada de una dirección y está materialmente equipada para poder negociar con terceros, de modo que estos quedan dispensados de dirigirse directamente a la empresa de seguros». STJUE 20 mayo 2021, C-913/19, [ECLI:EU:C:2021:399].

²⁶ STJUE 5 julio 2018, C-27/17, [ECLI:EU:C:2018:533].

²⁷ STJUE 11 abril 2019, C-464/18, [ECLI:EU:C:2019:311].

24. Con independencia de lo anterior, como es posible que un operador jurídico que suele pleitear con una empresa con domicilio en Suiza y que se subroga en la posición de su asegurado²⁸, no interpusiera la reclamación directamente ante los tribunales de Vigo; siendo, además, el lugar donde se debía entregar la mercancía en cuestión. A este respecto cabe decir que, el contrato realizado entre la parte transitaria y la naviera suiza, debe interpretarse como un «contrato de prestación de servicios»²⁹; en cuyo caso, puesto que el CL-II posee un foro de competencia especial por razón de la materia, no se entiende que el representante jurídico de la aseguradora no interpusiera su reclamación ante los tribunales de Vigo directamente. Las mercancías debían de entregarse, y de hecho, se entregaron, en el puerto de dicha ciudad [*ex art. 5.1.b*] guion segundo CL-II]. Es más, el foro contenido en el artículo 5.1 del CL-II, es un foro de competencia que debe interpretarse como foro de competencia judicial internacional y competencia territorial –en este sentido, si la demanda se interpusiera en los tribunales de un partido judicial en el cual no se hubieran o no se debieran entregar las mercancías, ese tribunal carecería de la competencia judicial internacional y territorial; es más, el citado tribunal debería declararse incompetente incluso aunque sea (como es el caso en cuestión), un tribunal del Estado en el que debiera entregarse la mercancía³⁰.

25. Si bien es cierto, en relación con el precepto citado y, pese a que la mercancía debía de entregarse en Vigo, las partes acordaron que el tribunal competente se fijaría en atención a la suscripción de un pacto en contrario –cláusula de sumisión a los tribunales ingleses–. Por lo tanto, cabría cuestionarse si la subrogación de la aseguradora –actora en el presente procedimiento–, llevaría aparejada la aceptación de una cláusula de sumisión expresa a otra jurisdicción, así como los efectos que derivarían de la aplicación de la misma.

26. En relación con la disección planteada, no se discute en ningún procedimiento por ninguna de las partes que, el transporte de las mercancías realizado desde la India hasta Vigo, se efectuaba a través de un «transporte multimodal internacional de mercancías, desarrollado en régimen de conocimiento de embarque». Además, *Operinter S.A.* «en su condición de transitario y contratante habitual de los servicios» de *MSC S.A.* «suscribió a principios de 2019 un acuerdo para el uso como destinatario de cartas de porte marítimo o *sea waybill* (SWB), con validez hasta el 31/12/2020, y en el que figura una cláusula de sumisión a favor de la jurisdicción inglesa, en concreto al Tribunal Superior de Justicia de Londres». *Ergo*, queda meridianamente clara la existencia de una cláusula de sumisión a los tribunales ingleses³¹.

²⁸ En este sentido, la acción subrogatoria se encuentra contemplada en el artículo 43 de la LCS; siendo este precepto el que permite a la aseguradora ejercer una acción legal contra las personas responsables del siniestro para recuperar la indemnización pagada en virtud del contrato de seguro. Además, existen otras figuras relacionadas enmarcadas en la LCS, como la contemplada en el artículo 76, que regula la acción de repetición –esta acción permite al asegurador, que haya sufrido directamente la reclamación del perjudicado, reclamar al asegurado cuando el daño sea causado por su conducta–. En el citado caso en cuestión, «hubo pago y consecuente subrogación de la entidad aseguradora demandante en la posición de la tomadora del seguro, titular del riesgo asegurado y perjudicada por el accidente. La aseguradora que paga se subroga en la posición de su asegurado para reclamar la indemnización satisfecha frente al responsable del daño, que es un tercero ajeno a la relación contractual que une a la actora –compañía de seguros– con su asegurado». *Vid.*, AAP Valencia 10 mayo 2022, [ECLI:ES:APV:2022:433A].

²⁹ En tal sentido, la noción y el concepto de «contrato de prestación de servicios» debe interpretarse como un concepto autónomo propio. Además, el legislador europeo interpreta que debe incluirse en dicho concepto, a aquellos acuerdos en los cuales una de las partes se comprometen a llevar a cabo una serie de acciones, abstenerse de ciertas conductas y proporcionar a la otra parte lo acordado en el contrato. Estas obligaciones pueden ser de hacer, de no hacer y/o de poner a disposición. Igualmente, la jurisprudencia del TJUE, ha querido recalcar que tal concepto no debe equipararse, únicamente, con el «arrendamiento de servicios» –debe considerarse como un concepto amplio–. En el mismo orden de ideas, desde una perspectiva económica, podría definirse como aquel que tuviera como objeto nuclear «la realización, a cambio de una remuneración, de una actividad que consiste en dar, hacer, o no hacer una cosa, a título onerosos, gratuito o lucrativo, y no la transmisión de una cosa, ni tampoco la mera abstención o el mero “dejar de hacer” por parte de un contratante en favor del otro». Por todas, STJUE 8 marzo 2018, C-64/17, [ECLI:EU:C:2018:173]. *Cfr.*, A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, (DIRS.), *Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, pp. 924-928.

³⁰ A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, (DIRS.), *Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, pp. 829-832 y 910 y ss.; AAP Barcelona 3 noviembre 2017, [ECLI:ES:APB:2017:7087A].

³¹ En cuyo caso, en el supuesto de que dicha cláusula se hubiera incluido en el conocimiento de embarque, defiendo la postura compartida tanto por reputada doctrina como por la distinta jurisprudencia emitida hasta la fecha, de que la subrogación en una situación afectada por este tipo de contratos, incluiría también las cláusulas de sumisión que en éste se hubieran pactado con anterior-

27. Al igual que sucede en un conocimiento de embarque, las cláusulas de sumisión incluidas en este tipo de acuerdos sí que afectan y vinculan a los cargadores, a los porteadores, así como a las partes que se subrogan en la posición de alguno de los anteriores –es decir, en este caso concreto, la cláusula de sumisión le sería de aplicación a la aseguradora actora parte de este procedimiento³². En cuyo caso, se podría haber llegado a interpretar que la cláusula de sumisión a los tribunales ingleses debería de haberse tenido en consideración y, por lo tanto, el tribunal de Valencia «igual» debería de haber «estimado» la declinatoria interpuesta por la naviera *MSC S.A.* No obstante, de haberlo hecho, tanto el foro general del domicilio del demandado, como los foros especiales por razón de la materia planteados, hubieran sido desplazados por el foro de la sumisión expresa (art. 23 CL-II) –sobre esta premisa, es necesario analizar un «pequeño matiz»³³.

28. Ahora bien, ¿por qué dicha cláusula no se tuvo en cuenta por parte del tribunal? La respuesta a la misma radica en que las partes, conocedoras de que el CL-II era aplicable a Reino Unido hasta el 31/12/2020 como consecuencia del *Brexit* y del periodo transitorio ofrecido por la UE –periodo en el que Reino Unido seguía siendo tratado como miembro de la UE³⁴, pactaron de mutuo acuerdo en la carta de porte marítimo en donde se incluía la cláusula de sumisión a los tribunales ingleses en donde, la validez de la misma, coincidiría con la fecha en la que Reino Unido dejase de permanecer como miembro a la UE.

29. Sobre este particular, en el supuesto de que exista una cláusula de sumisión a favor de tribunales de Estados no miembros de la UE –dado que esta sumisión no se encuentra contemplada ni regulada por el CL-II–, sería necesario acudir al artículo 468 LNM³⁵; pues, éste interpreta que «serán nulas y se tendrán por no puestas las cláusulas de sumisión a una jurisdicción extranjera o arbitraje en el extranjero, contenidas en los contratos de utilización del buque o en los contratos auxiliares de la navegación, cuando no hayan sido negociadas individual y separadamente». Lo pretendido por este precepto normativo, consiste en «evitar la “fuga de litigios” de la jurisdicción española a favor de otros tribunales extranjeros»³⁶. Este argumento, también es compartido por el Auto de Valencia de 10 de mayo de 2022

ridad. El Tribunal Supremo –en sintonía con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)–, ha considerado que tales cláusulas alcanzan no solo a los contratantes en cuestión, sino también a las personas que se subrogan en la posición de los primeros. El sujeto que se subroga, se encuentra comprometido por los mismos derechos y obligaciones alcanzadas por el primero y, por ende, quedando sometido a la cláusula de sumisión inserta en un documento de estas características «la cláusula puede ser invocada frente al tercero, tenedor del conocimiento, desde el momento en que, con arreglo al Derecho nacional aplicable, el tenedor del conocimiento se subroga en los derechos y obligaciones del cargador»; SSTJCE 19 junio 1984, C-71/83, [ECLI:EU:C:1984:217]; 16 marzo 1999, C-159/97, [ECLI:EU:C:1999:142]; 9 noviembre 2000, C-387/98, [ECLI:EU:C:2000:606]; así como, SSTS 8 febrero 2007, [ECLI:ES:TS:2007:452]; 5 de julio de 2007, [ECLI:ES:TS:2007:4493]; y, SAP Santa Cruz de Tenerife 9 noviembre 2010, [ECLI:ES:APTF:2010:742] –se estima declinatoria planteada; existencia de una cláusula de sumisión expresa inserta en el conocimiento de embarque en un transporte marítimo internacional de mercancías; reclamación al porteador, nacional de Suiza, de la entrega de mercancía conforme a lo pactado o abono de su valor–; AAP Zaragoza 16 diciembre 2011, [ECLI:ES:APZ:2011:2361A]; AAP Madrid 9 febrero 2015, [ECLI:ES:APM:2015:738A]; SAP Pontevedra 19 enero 2016, [ECLI:ES:APPO:2016:231A]; AAP Valencia 8 noviembre 2016 [ECLI:ES:APV:2016:607A]; AAP Valencia 11 octubre 2019, [ECLI:ES:APV:2019:3478A] –cláusula de sumisión a los tribunales de Londres mediante un contrato de transporte en régimen de conocimiento de embarque en donde se incluía dicha sumisión expresa–. En el mismo sentido, Cfr., A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, (Dir.), *Derecho Internacional Privado*, op. cit., pp. 773-775. En el mismo orden de ideas, hay que tener presente que lo acordado por las partes pudiera afectar a terceros ajenos a la relación contractual canónica y, por lo tanto, viéndose vinculados por un acuerdo previo no negociado por ellos. Si bien es cierto, las cartas de porte marítimo al no ser títulos valores, no tienen ningún efecto traslativo sobre la posesión del documento; en cuyo caso, las cláusulas de sumisión inherentes en un documento de este tipo no vincularían a terceros ni a destinatarios. *Vid.*, C. SALINAS ADELANTADO, *Manual de Derecho Marítimo*, op. cit., p. 71.

³² AAP Barcelona 18 marzo 2019, [ECLI:ES:APB:2019:849A]; Auto J. Merc. Valencia 16 septiembre 2019, ECLI:ES:JMV:2019:147A] –auto en el que, con similares actores que en la sentencia analizada en la presente disertación, se otorga validez a una cláusula de sumisión a los tribunales ingleses contenida en una carta de porte marítimo–; AAP de Valencia 10 mayo 2022, [ECLI:ES:APV:2022:433A].

³³ A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, (Dir.), *Derecho Internacional Privado*, op. cit., pp. 752-760.

³⁴ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Evaluación relativa a la solicitud de adhesión del Reino Unido de gran Bretaña e Irlanda del Norte al Convenio de Lugano de 2007. Bruselas, 4.5.2021, COM (2021) 222 final.

³⁵ J. M. GONZÁLEZ PELLICER, «Sobre el artículo 468 del Proyecto de Ley de Navegación Marítima y la nulidad de las cláusulas de elección de foro en los conocimientos de embarque», *La Ley*, 2014, pp. 3 y ss.

³⁶ España, como es sabido, es un país que precisa de las navieras extranjera pues se encuentra muy ligada al comercio y al

y, de conformidad con la validez de una cláusula de sumisión a favor de tribunales extranjeros, «aunque sean a favor de tribunales de Estados que no son miembros de la Unión Europea, como Inglaterra en este caso después de la consumación del *Brexit* (31 de diciembre de 2020) tienen validez, de acuerdo con el art. 23 Convenio de Lugano y el art. 22 y 22 *quinquies* LOPJ con relación al art. 468 LNM»³⁷.

30. Me gustaría recalcar que, la declinatoria internacional es una herramienta prevista en el ordenamiento español que permite «recordar» al tribunal español la falta de competencia judicial a favor de los tribunales de otro Estado (art. 63.1 LEC)³⁸. En cuyo caso, la utilización de esta «argucia» por la parte demandada para conseguir la estimación de la declinatoria interpuesta a favor de los tribunales ingleses, no tendría sentido. La razón de lo anterior, trae causa directa de la negociación de la misma, de la inclusión en la carta de porte marítimo, así como de la vigencia que las partes intervinientes en el acuerdo decidieron otorgarle a la misma –todo ello, además, va en contra de sus propios actos–. Las partes acordaron que la vigencia de la cláusula de sumisión fuera hasta el 31/12/2020, mientras que la interposición de la primera demanda ante los juzgados de Valencia no se produjo hasta el 30/7/2021; en este sentido, los tribunales nacionales españoles deben apreciar su competencia «de conformidad con las normas vigentes y las circunstancias concurrentes en el momento de presentación de la demanda» (art. 22 *octies* apartado segundo LOPJ).

31. Es decir, si no hubiera sido porque las partes, de mutuo acuerdo, decidieron concederle una vigencia determinada a la citada cláusula, la misma se tendría que haber considerado como puesta y, a este respecto, el tribunal debería de haber optado por estimar la declinatoria de jurisdicción internacional interpuesta por *MSC S.A.* a favor de los tribunales ingleses (art. 468 LNM).

2. Segundo procedimiento: Juzgado de lo Mercantil de Vigo y Audiencia Provincial de Pontevedra

32. Con carácter previo, es preciso recordar que el tribunal de Valencia desestimó la declinatoria de competencia internacional y acordó de oficio «la falta de competencia territorial para conocer del procedimiento estableciendo como competente los Juzgados de Vigo» y, además, añadió que no procedía «acordar la inhibición conforme al art. 65.4 LEC sino el sobreseimiento de las actuaciones»³⁹. A este respecto, cabe identificar el error cometido por el Juzgado de lo Mercantil de Valencia; pues, tras la declinatoria internacional planteada, dicho tribunal decidió no inhibirse a favor del tribunal territorialmente competente (art. 65.4 LEC). Si bien es cierto, ello debe considerarse como una mala interpretación de la ley por parte del tribunal, pues no se interpuso una declinatoria por falta de competencia territorial, sino una declinatoria de competencia judicial internacional (arts. 39 y 63.1 LEC).

33. Como se ha puesto de manifiesto, *ut supra*, el contrato suscrito entre la transitaria y la porteadora efectiva debe interpretarse como un «contrato de prestación de servicios»; en cuyo caso, se establece que la entrega de las mercancías se llevaría a cabo en el puerto de Vigo. *Ergo*, el Juzgado de lo Mercantil de dicha ciudad, en aplicación del artículo 5.1.b) apartado segundo del CL-II y, dado que los foros especiales contemplados en el citado precepto, son foros con una «doble valencia procesal» –pues son, a la vez, considerados como un foro de competencia judicial internacional y un foro de competencia territorial–, debe ser considerado como el tribunal competente por ser el lugar en el que se entrega la

tránsito marítimo; si bien es cierto, éstas suelen incorporar en los acuerdos comerciales distintas cláusulas para ubicar el pleito fuera de la competencia de los tribunales españoles. No obstante, para evitar que dichas cláusulas han sido impuestas por las navieras y no negociadas por ambas partes, el artículo citado trata de regular y garantizar que no se produzca ese abuso. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, (Dir.), *Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 763.

³⁷ Cfr., AAP Valencia 10 mayo 2022, [ECLI:ES:APV:2022:433A].

³⁸ E. FERNÁNDEZ MASÍA, «Declinatoria internacional ante los Tribunales españoles. La posición del tribunal supremo», en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *El Tribunal Supremo y el Derecho Internacional Privado*, Colección Derecho y Letras, nº1., Murcia, 2019., pp.115 y ss.

³⁹ *Vid.*, Sentencia J. Merc. Vigo 26 julio 2022, [ECLI:ES:JMPO:2022:9449].

mercancía –. En cuyo caso, el tribunal valenciano debería de haber remitido de oficio las citadas actuaciones al tribunal territorialmente competente en aplicación del artículo 58 de la LEC⁴⁰.

34. Tras la inhibición del tribunal valenciano y la emisión del Auto, la actora solicitó aclaración y complemento del mismo en el que se acordase «la inhibición a favor del Juzgado de lo Mercantil de Vigo» –dicha petición se desestimó por Auto de 9/12/2021–. Posteriormente, en el ejercicio de la acción subrogatoria, la parte actora reclamó la cuantía de 28.121,45€ más los intereses legales correspondientes ante los tribunales de Vigo a fecha de 21/12/2021 –dado que la demanda se registró en la fecha antes indicada, el Juzgado de lo Mercantil de Vigo consideró que la misma se había presentado en el plazo de los diez días que concede la ley en el «supuesto» caso de inhibición (art. 65.5 LEC)–.

35. Dicho esto, la naviera suiza se opuso a la misma sustentando su contestación en tres argumentos claramente diferenciados –argumentos que también fueron aducidos en el recurso de apelación y que no se tratan de cuestiones propias del Derecho Internacional privado; naturalmente, para evitar la redundancia de los mismos se analizarán de manera conjunta–: 1.º) la caducidad de la acción para repetir contra el porteador por algún tipo de pérdida y/o daño en la mercancía transportada; 2.º) la existencia de una cláusula en el contrato de seguro suscrito entre *Reale Seguros S.A.* y *Operinter S.A.* que, según ella, le eximía de los daños que la mercancía había sufrido; y, 3.º) la cuantía de los daños y la reclamación.

36. 1.º) La caducidad de la acción. Sobre este particular, cabe recordar lo ya explicado anteriormente sobre el conocimiento de embarque; se ha puesto de manifiesto que el transporte de mercancías se realizó mediante un «transporte multimodal desarrollado en régimen de conocimiento de embarque» y, en cuyo caso, las RHV son de aplicación preferente sobre cualquier otra normativa (art. 277.2 LNM). En este sentido, el artículo 3.6 de las RHV establece que «el porteador y el buque quedaran en todo caso descargados de cualquier responsabilidad relacionada con las mercancías a menos que se entable la acción correspondiente dentro de un año, a contar desde la entrega de las mismas, o desde la fecha en la que hubieran debido entregarse. Dicho plazo podrá prorrogarse, sin embargo, mediante acuerdo concertado entre las partes con posterioridad al hecho que dio lugar a la acción»⁴¹.

37. En este supuesto, es importante esclarecer el inicio del plazo de la caducidad y/o prescripción de la acción, de esa manera se evitaría que el demandante perdiera su derecho y se garantizaría una cierta estabilidad seguridad jurídica. Como ya se ha hecho referencia, la interposición de la demanda se realizó durante el plazo prorrogado acordado –30/07/2021–; no obstante, lo realmente fundamental era determinar si la demanda interpuesta por *Reale Seguros S.A.* ante un tribunal sin competencia territorial determinaba la caducidad de la acción.

38. Es preciso matizar que, independientemente de que la acción se encontrase prescrita o caducada y, al amparo de la jurisprudencia emitida relacionada con los transportes marítimos en régimen de conocimiento de embarque, el plazo para interponer la reclamación no se encuentra fijado bajo la regu-

⁴⁰ Por analogía al caso en cuestión cabe decir que, «los foros especiales designan directamente el concreto órgano jurisdiccional competente y no globalmente la jurisdicción competente. Son, a la vez, foros de “competencia judicial internacional” y foros de “competencia territorial”. (...) Para determinar la competencia en los casos internacionales, los particulares pueden confiar en la aplicación del Reglamento Bruselas I-bis, sin que sea necesario aplicar, también, las normas de competencia territorial del Estado miembro de lugar donde ha ocurrido el hecho dañoso». J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Rectificar es de sabios: el foro de lugar del hecho dañoso es un foro de competencia internacional y territorial al mismo tiempo. Larga vida al Tribunal Supremo (Auto del Tribunal Supremo de 7 octubre 2021)», www.accursio.com (consultado 26 de mayo de 2023).

⁴¹ El 11/05/202 se entregaron las mercancías; ergo, en función del artículo citado, el 11/05/2021 debería finalizar el plazo. Empero, la naviera suiza accedió a la petición de la aseguradora y, de mutuo acuerdo, prorrogaron el plazo hasta el 18/08/2021 –la negociación se llevó a cabo entre el 18/03/2021 y el 18/04/2021–. Al amparo del artículo al que se hace referencia, es necesario precisar que ambos tribunales gallegos se centraron en analizar la caducidad y la prescripción basando casi toda su argumentación en dicha cuestión. No obstante, aunque de manera tangencial, también se centraron en resolver la casuística relacionada tanto con la cláusula insertada en la póliza de seguros, como en el *quantum* de la reclamación por los daños en la mercancía. Es por esta razón, por la que se pretende incidir en mayor medida en el argumento nuclear aducido por la parte demandada.

lación normativa de la LNM, sino de las RHV. En cuyo caso, no puede considerarse que los plazos esgrimidos en las RHV se encuentren sujetos a un plazo de prescripción –como así sugiere la LNM–, sino a un plazo de caducidad (arts. 278.4 y 286 LNM)–. Es decir, de acuerdo con las RHV, la no presentación de una reclamación judicial dentro del plazo concedido de un año desde la constatación del daño, no conllevaría que la acción estuviera prescrita, sino caducada –es importante resaltar que, únicamente, una reclamación judicial puede evitar la caducidad en el ámbito del transporte internacional marítimo–⁴².

39. Dicho lo cual, los tribunales gallegos consideraron que, pese a lo anterior, la acción no estaría ni prescrita ni caducada; ello, incluso aun cuando la acción hubiera sido interpuesta directamente por la empresa transitaria y porteadora contractual –*Operinter S.A.*–, en contra del porteador efectivo y parte demandada –*MSC S.A.*–. Ahora bien, la clave de bóveda, no es tanto decidir si el plazo de la acción estaba prescrito o caducado, sino interpretar si la interposición de la primera demanda en el plazo concedido y prorrogado ante un juzgado territorialmente incompetente, invalidaba la posibilidad de ejercitar una nueva acción ante el juzgado de lo mercantil de Vigo; siendo este último, el tribunal territorialmente competente [art. 5.1 b) apartado segundo CL-II].

40. Pese a poder considerar que la acción realmente había «caducado», el Tribunal Supremo ya ha interpretado, con carácter previo, que «la presentación de una demanda ante un juez que carece de competencia (...) no tiene incidencia alguna en materia de caducidad»; es más, en un caso de similares características, dicho tribunal manifestó que no entendía como la demanda se había presentado «inexplicablemente ante un órgano territorialmente incompetente» y, por lo tanto, descartando «la caducidad de la acción»⁴³. Independientemente de que la anterior doctrina no puede aplicarse, *stricto sensu*, a todos los casos, se pone de manifiesto que la acción se consideraría efectuada aun cuando la demanda se hubiera presentado ante unos tribunales territorialmente incompetentes; por supuesto, siempre y cuando, no se pueda demostrar que la actuación deviene de una conducta negligente y/o «contraria a la lealtad procesal».

41. Asimismo, como consecuencia de que el juzgado valenciano no se inhibió a favor del tribunal gallego, sino que acordó el sobreseimiento de las actuaciones, la parte demandante no pudo ejercitar ningún tipo de recurso contra el Auto emitido de fecha 16/11/2021 (arts. 66 y 67 LEC). La parte demandada, a la vista de la situación anterior, quiso aprovecharla a su favor y argumentó que la parte demandante no había impugnado dicho Auto. *Ergo*, al amparo de los artículos citados, la Audiencia Provincial esgrimió que la aseguradora no tuvo mecanismo alguno para impugnar el Auto emitido por el Juzgado de lo Mercantil de Valencia; motivo por el cual, no se pudo continuar el procedimiento ante el tribunal territorialmente competente⁴⁴.

⁴² Sobre este particular, se encuentran posiciones en contra de la naturaleza del plazo determinado por el artículo 3.6 de las RHV debe ser entendido como de «prescripción», por todas, cfr., Sentencia J. Merc. Madrid 10 septiembre 2019, [ECLI:ES:JMM:2019:1132]; Sentencia J. Merc. Madrid 2 octubre 2019, [ECLI:ES:JMSS:2019:2665]; SAP Valencia 16 enero 2019, [ECLI:ES:APV:2019:641]; Sentencia J. Merc. Bilbao 13 marzo 2020, [ECLI:ES:JMBI:2020:4666]; Sentencia J. Merc. Barcelona 9 noviembre 2021, [ECLI:ES:JMB:2021:11847]; y, por otro lado, resoluciones que abogan porque la naturaleza del plazo debe ser entendido como de «caducidad», por todas, cfr., STS 30 diciembre 2005, [ECLI:ES:TS:2005:7709]; STS 9 marzo 2006, [ECLI:ES:TS:2006:1362]; STS 7 noviembre 2008, [ECLI:ES:TS:2008:5811]; STS 26 mayo 2011, [ECLI:ES:TS:2011:3139]; STS 29 junio 2016, [ECLI:ES:TS:2016:3144]; STS 29 junio 2020, [ECLI:ES:TS:2020:3026]; STS 14 septiembre 2021, [ECLI:ES:TS:2021:3310]; SAP Madrid 14 octubre 2021, [ECLI:ES:APM:2021:12733].

⁴³ STS 14 de julio 2016, [ECLI:ES:TS:2016:3450]. Asimismo, en este sentido, el Tribunal Supremo ha interpretado que la predisposición, la correcta actuación y la buena fe procesal de la parte demandante. Pues, «la cuestión determinante del posible efecto interruptivo de la prescripción no se encuentra en que la reclamación judicial se lleve a cabo ante otra jurisdicción o ante un órgano objetivamente incompetente», sino saber si «esa falta de jurisdicción e incompetencia era patente y manifiesta». Por esta razón, «es clave examinar si la acción ejercitada era improcedente», y, para tener en consideración lo anterior, se necesita prestar especial atención a las causas concretas que rodean el ejercicio de la misma, cfr., STS 20 octubre 2016, [ECLI:ES:TS:2016:4539].

⁴⁴ La Audiencia Provincial de Pontevedra acabó considerando errónea la decisión del tribunal de instancia; además, interpretó que, como consecuencia de la imposibilidad de la parte demandante para la interposición de recurso alguno, no podía estimarse ni considerar «la apreciación de la caducidad» de la acción y la supuesta «pérdida del derecho» a plantear la reclama-

42. 2.º) La cláusula de mojaduras. Es preciso traer a colación lo ya explicado, *ut supra*, de conformidad con la acción subrogatoria ejercida por la aseguradora; pues, le permitía ocupar a ésta la posición de su asegurada para ejercitar la acción contra la naviera suiza –parte demandada y responsable de los daños en la mercancía–, como consecuencia de la indemnización previamente abonada a *Reale Seguros S.A.* en función de la póliza de seguros suscrita entre ambos –legitimación activa (art. 43, en relación con el art. 76 LCS)–.

43. Sobre este particular, hay que recordar varios aspectos: a) la naviera suiza, además de ser la porteadora efectiva de la mercancía, también se encargó de poner a disposición el contenedor «CARU990477-4» para el traslado de dicha carga; b) el suelo del contenedor fue impermeabilizado y la mercancía fue empaquetada en cajas de cartón; c) el siniestro y la pérdida de la mercancía fue consecuencia directa de los desperfectos estructurales que el contenedor tenía⁴⁵; y, d) el test de nitrato realizado a la mercancía dio positivo en «agua salada», confirmando que los daños se habían producido durante el traslado.

44. Esgrimido lo anterior, la parte demandada alegó la existencia de una póliza de seguros suscrita entre *Operinter S.A.* y *Reale Seguros S.A.* en la cual, el transporte marítimo de mercancías, se encontraba bajo la sumisión de las *Institute Cargo Clauses (ICC-A)*⁴⁶. En éstas, se incluía una cláusula en la que quedaban «garantizadas las pérdidas y/o daños ocasionados a las mercancías aseguradas como consecuencia de mojaduras siempre y cuando el contenedor porteador o cualquier otro elemento que contenga la mercancía, se encuentren en perfecto estado de conservación y el vehículo, plataforma o remolque, vaya provisto de toldos adecuados y asimismo en buen estado de conservación». En este sentido, la naviera interpretó al amparo de la citada cláusula que, como porteadora efectiva de la carga, no era la responsable de los daños producidos en la mercancía. Es más, consideraba que los desperfectos de la mercancía por «mojaduras» –como consecuencia de los daños estructurales del contenedor–, no se encontraban cubiertos por la póliza de seguro suscrita entre *Operinter S.A.* y *Reale Seguros S.A.*

45. El «argumento» de la naviera suiza se sustentaba en afirmar que la aseguradora no debería de haber pagado a su asegurado puesto que tenía una cláusula que le impedía hacerlo –como si la aseguradora no fuera consciente de la póliza suscrita con su propio cliente–. Parece deducirse que ello es una incongruencia en sí misma; empero, si de conformidad con el seguro suscrito entre las partes, *Reale Seguros S.A.* hubiera interpretado que el siniestro acaecido se encontraba excluido de la citada cobertura, lo que tenía que haber hecho era no hacerse responsable del siniestro y no haber abonado la cuantía exigida por *Operinter S.A.* Ahora bien, en el supuesto de que le hubiera indemnizado –como es el caso–, pero hubiera entendido con posterioridad que, efectivamente, dicha cobertura se encontraba excluida de la póliza contratada, lo que debería de haber activado es la acción de cobro indebida –en este supuesto se debería probar que, realmente, esos riesgos se encontraban excluidos del seguro contratado [art. 1895 Código Civil (CC)⁴⁷]–. No obstante, esta tesitura ni tan siquiera ha sido barajada por la aseguradora, puesto que no solo no le abonó la cantidad referida, sino que además se subrogó en la posición de su asegurado (art. 43 LCS)⁴⁸.

ción. Apreciando, incluso, que la aseguradora había mostrado una buena voluntad para reclamar en reiteradas ocasiones, tanto extrajudicial como judicialmente, tratando de resolver la controversia acaecida como consecuencia del contrato de transporte suscrito entre las partes. Todo ello, «frente a la actitud evasiva» de la naviera suiza y responsable del percance.

⁴⁵ Las «soldaduras en la parte superior incorrectamente selladas o reparadas y una grieta en la parte posterior». Del informe pericial, así como de la prueba documental, se pudo comprobar que el agua se había filtrado desde la parte superior del contenedor hasta el suelo del mismo, dañando parte de la carga.

⁴⁶ *Institute Cargo Clauses (ICC-A)*, edición de 1 de enero de 2009, www.if-insurance.com (consultado el 30 de mayo de 2023). Sobre este particular, *vid.*, Sentencia J. Merc. Donostia-San Sebastián 28 abril 2022, [ECLI:ES:JMSS:2022:8150].

⁴⁷ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. BOE-A-1889-4763.

⁴⁸ A este respecto, de los informes periciales expuestos, se deducía la responsabilidad del porteador efectivo –el contenedor tenía desperfectos estructurales–. Este motivo de oposición, no puede tenerse en cuenta cuando una de las premisas sobre las que se sustenta el contrato de seguros es una adecuada cobertura a la parte asegurada –el responsable del perjuicio no puede quedar inmune a la indemnización que de contrario se reclama ejercitando la acción subrogatoria en la posición de su asegurado–.

46. 3.º) La cuantía de los daños y la reclamación. En última instancia, en un nuevo intento de evadir la responsabilidad y evitar abonar la reclamación dineraria solicitada, la parte demandada trató de impugnar la cuantía de los perjuicios ocasionados y reclamados⁴⁹. Habida cuenta de ello, el Juzgado de lo Mercantil de Vigo, así como la Audiencia Provincial de Pontevedra consideraron que, como consecuencia de los informes periciales y de la prueba practicada, la mercancía resultó dañada siendo desechada prácticamente en su integridad por la destinataria de las mismas. Además, pese a que es cierto que solo una parte de la mercancía presentaba daños, no se podía obviar que el efecto del agua salada pudiera provocar más daños en el resto de la mercancía transportada con el paso del tiempo. Por esta razón, también desestimaron este argumento y consideraron responsable de los daños provocados en la mercancía a la naviera suiza.

V. Reflexión personal

47. En primer lugar, me gustaría comenzar recordando la complejidad de una rama jurídica que se encuentra en un permanente cambio y continua evolución, siendo ésta, el Derecho Internacional privado; por esta razón, un operador jurídico no solo debe conocer el Derecho sustantivo, sino también los convenios, tratados y reglamentos internacionales que afecten a las distintas situaciones jurídicas a las que se exponga. Igualmente, es preciso indicar que la falta de ciertos datos han marcado la hoja de ruta del presente análisis; si bien, independientemente de ello, varios son los pensamientos reflexivos que deben realizarse en torno al mismo.

48. En este supuesto, se ha podido evidenciar la importancia que, en el Derecho Internacional tienen los pactos privados y las cláusulas de sumisión expresa a los tribunales de otros Estados, incluso, cuando dicha sumisión remite a los tribunales extranjeros de terceros Estados no sometidos a la normativa de la UE. Dicho lo cual, es preciso indicar que la declinatoria interpuesta por la parte demandada a favor de los tribunales ingleses no podía prosperar; ello, no como consecuencia de que ésta no fuera válida, sino porque de acuerdo con la autonomía de la voluntad de las partes, ellas fueron las que decidieron concederle un periodo concreto de validez –30/12/2020–. Ahora bien, si las partes no hubieran condicionado temporalmente la citada cláusula y, dado que la sumisión a los tribunales de terceros Estados no se encuentra contemplada en el CL-II, para que esta cláusula hubiera sido válida y hubiera podido desplegar sus efectos, ésta debería de haber sido «negociada individual y separadamente» en aplicación de los artículos 22 y 22 *quinquies* de la LOPJ en relación con el artículo 468 LNM. Por lo tanto, de haberse dado la casuística anterior, los tribunales de Valencia deberían de haberse declarado incompetentes a favor de los tribunales ingleses y estimar la declinatoria internacional planteada por la parte demandada.

49. De la misma manera, se ha podido percibir la importancia que tiene el foro del domicilio del demandado en el Derecho Internacional privado; a más, cuando se trata de ubicar el domicilio de una persona jurídica que, a su vez, posee distintas oficinas y/o sucursales en diferentes países. Sobre este particular, para determinar si la interposición de la demanda por parte de la aseguradora ante los tribunales valencianos hubiera sido un movimiento acertado o no, se precisaba conocer si la transitaria, porteadora contractual y parte asegurada –en la suscripción del pertinente contrato de transporte multimodal en régimen de conocimiento de embarque–, hubo negociado dicho acuerdo con la delegación española de *MSC S.A.* o con la empresa matriz. Puesto que, en el hipotético caso de que el contrato se hubiera formalizado con dicha sucursal y/o hubiera intervenido de algún modo –a nivel contractual–,

⁴⁹ se sirvió del informe pericial aportado al procedimiento en el que se esgrimía que «solo 156 cajas, sitas en la primera y segunda fila, estaban afectadas por mojaduras, así como la mercancía de su interior», lo que suponía que un «21.93 % del total» estuviera afectado. Además, insistió en que el destinatario de la mercancía –*Pladurex S.L.*–, realizó una primera valoración de la reclamación en 8.894€ para, posteriormente, reclamar por «la totalidad del precio (34.202 €), y, finalmente, quedarse el producto por un precio que el mismo fija y del que no existen más datos».

los tribunales valencianos hubieran podido ser los tribunales territorialmente competentes en aplicación del foro especial (art. 5.5 del CL-II). Además, como se ha explicado, dichos foros especiales poseen una «doble valencia procesal» y, por lo tanto, deben ser interpretados como un foro de competencia judicial internacional y de competencia territorial.

50. Asimismo, no quisiera dejar pasar por alto la actuación del Juzgado de lo Mercantil de Valencia, pues, con su actuación, sobreseimiento del caso y la no inhibición de oficio a favor del Juzgado de lo Mercantil de Vigo –tribunal territorialmente competente– (art. 58 LEC)–, generó no solo un dilatado procedimiento judicial, sino que, además, consiguió que la parte demandada utilizase dicho error. Puesto que, en aras de obtener una victoria procesal, el representante jurídico de la naviera suiza retorció e interpretó la ley para que su cliente quedase eximido de la responsabilidad por los daños que ella misma había ocasionado en la mercancía que transportaba y de los que se hizo cargo a través de un contrato suscrito en su condición de porteadora efectiva.

51. El buen jurista, antes de interponer una demanda al amparo de una hipótesis, una corazonada o cualquier otra idea que aparezca por su mente, debe conocer la ley, así como los reglamentos y convenios internacionales. Empero, si un operador jurídico no dispone del tiempo suficiente para el estudio de la mencionada disciplina, el mejor consejo que se le puede ofrecer es que contrate a algún asesor jurídico y/o soliciten dictámenes a expertos especializados en la materia. Pues, de esa manera y como ya se ha hecho referencia al principio de esta disertación, tal decisión no solo le hubiera ahorrado tiempo, sino también dinero que, en definitiva, es la piedra angular del comercio internacional. Lo visto en este procedimiento es un claro ejemplo de un desconocimiento y/o mala interpretación de la ley, reglamentos y convenios internacionales, así como un malgasto de tiempo y dinero, no solo para las partes intervinientes en el procedimiento, sino también para la propia administración.

52. Finalmente, no podría concluir esa disertación sin hacer alusión a una frase de ANDY WARHOL, pues, según él, «hacer dinero es arte, trabajar es arte y el buen comercio es el mejor arte»; dicho lo cual, lo que está claro en este procedimiento es que no ha habido arte en generar ningún tipo de riqueza, no se ha trabajado con diligencia y, sobre todo, no ha sido una buena operación comercial de carácter internacional.

La residencia habitual como foro de competencia judicial internacional en algunos sectores del derecho de familia internacional

Habitual residence as a forum of international judicial jurisdiction in some sectors of international family law

MERCEDES SABIDO RODRÍGUEZ

*Profesora titular de Derecho internacional privado
Universidad de Extremadura*

Recibido: 21.06.2023 / Aceptado: 25.07.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.8109

Resumen: La residencia habitual como criterio atributivo de competencia judicial internacional presenta indudables ventajas por tratarse de una conexión fáctica y realista, pero también deriva importantes inconvenientes derivados, en el ámbito europeo, de la ausencia de un concepto único y uniforme. Verificada esta realidad a partir de la práctica judicial española, y tras el análisis de la labor desarrollada por el Tribunal de Justicia entorno a la delimitación de esta figura, nos cuestionamos la necesidad de consagrar un concepto único y uniforme de residencia habitual que aborde todos los supuestos y facilite la concreción del tribunal internacionalmente competente para conocer de los litigios relativos a crisis matrimoniales y otras medidas vinculadas y relativas a responsabilidad parental, regímenes económicos y obligaciones alimenticias.

Palabras clave: residencia habitual, competencia judicial internacional, crisis matrimoniales, responsabilidad parental, obligaciones de alimentos, régimen económico matrimonial.

Abstract: Habitual residence as a criterion for attributing international jurisdiction has undoubted advantages as it is a factual and realistic connection, but it also derives important disadvantages derived, at the European level, from the absence of a single and uniform concept. Having verified this reality on the basis of Spanish judicial practice, and after analyzing the work carried out by the Court of Justice on the delimitation of this concept, we question the need to establish a single and uniform concept of habitual residence that addresses all cases and facilitates the determination of the court with international jurisdiction to hear disputes relating to matrimonial crises and other related measures and those relating to parental responsibility, economic regimes and maintenance obligations.

Keywords: habitual residence, international jurisdiction, marriage crisis, parental responsibility, maintenance obligations, matrimonial property regime.

Sumario: I. Introducción. II. Problemas prácticos en la concreción de la residencia habitual. III. La ausencia de un concepto en las normas que regulan el derecho de familia internacional. IV. La delimitación de un concepto autónomo por el tribunal de justicia. 1. Contexto y objetivos de la norma. 2. Centro de vida familiar y social de la persona. A) Elemento objetivo: Presencia física estable. B) Elemento subjetivo: la voluntad de la persona. 3. Concreción a partir de elementos fácticos. V. ¿Necesidad de un concepto único y uniforme? VI. A modo de conclusión

I. Introducción

1. El derecho de familia internacional engloba un amplio abanico de instituciones entre las que se encuentran el matrimonio, su celebración y disolución, la filiación y las medidas de protección de menores, la adopción y las relaciones paternofiliales, alimentos entre parientes y sucesiones. En los últimos años, su regulación en Derecho internacional privado ha sido objeto de importantes modificaciones introducidas a partir de distintas reformas legislativas llevadas a cabo tanto en el ámbito europeo como en normas de origen convencional y estatal. En el presente trabajo centraremos nuestra atención en algunos de los cambios introducidos en el sector de la competencia judicial internacional. En particular, nos proponemos analizar algunas consecuencias derivadas de la introducción en nuestro sistema de la residencia habitual como criterio atributivo de competencia en el ámbito de los litigios que tienen por objeto la disolución del vínculo matrimonial y otras medidas vinculadas. En este marco, haremos referencia al ámbito de la responsabilidad parental de los hijos, el régimen económico matrimonial y las obligaciones alimenticias, quedando excluidos otros como la sucesión internacional¹ o la filiación que, si bien se han visto afectados por los cambios referidos no están vinculados al objeto de estudio.

2. Además de su adecuación a la realidad fáctica de los sujetos afectados, la utilización de la residencia habitual tanto en el sector de la competencia judicial internacional como en el sector del Derecho aplicable para regular las distintas instituciones englobadas en materia de familia internacional se justifica por la eventual contrariedad que otras conexiones tradicionalmente utilizadas, como la nacionalidad, implica con el Derecho europeo². Sin embargo, las ventajas derivadas del recurso a esta conexión no impiden la presencia de algunos inconvenientes. Estos se derivan, de la ausencia de un concepto único y uniforme de residencia habitual. Los beneficios que reporta la aplicación de un concepto indeterminado supone, en algunos casos, importantes perjuicios en orden a la determinación del tribunal internacionalmente competente o la concreción del Derecho aplicable. En íntima conexión con este aspecto, la aplicación práctica de la residencia habitual como conexión suscita importantes dificultades en orden a su concreción por la flexibilidad que el mismo implica.

3. Abordar la virtualidad de la residencia habitual como foro de competencia judicial internacional en las normas de Derecho internacional privado español en el ámbito de los litigios relativos a crisis matrimoniales constituye el objeto del presente trabajo. En este análisis, el punto de partida estará constituido por la amplitud y diversidad de supuestos que, a partir de la práctica judicial española, se plantean en orden a la concreción de la residencia habitual como criterio atributivo de competencia judicial internacional, y verificaremos la ausencia de un concepto en las normas que los regulan. En este punto, tras exponer los criterios utilizados por el Tribunal de Justicia con el fin de delimitar un concepto autónomo y uniforme de la residencia habitual, nos cuestionamos sobre la necesidad de su inclusión y previa delimitación en las disposiciones que integran el sistema de competencia judicial internacional. Para terminar, expondremos unas consideraciones finales.

II. Problemas prácticos en la concreción de la residencia habitual

4. La realidad de nuestros tribunales evidencia las dificultades que plantean las situaciones privadas internacionales en orden a decidir acerca de su propia competencia judicial internacional cuando el criterio atributivo de la misma se determina conforme a la residencia habitual del menor, de los cónyuges o del acreedor de alimentos. Como muestra, traemos a colación tres supuestos prácticos planteados ante los tribunales españoles que nos servirán, además, para analizar la virtualidad de la conexión de la

¹ J. CARRASCOA GONZÁLEZ, "El concepto de residencia habitual del causante en el Reglamento sucesorio europeo", *BARATARIA, Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, núm. 19, 2015, pp. 15-35

² J.C. FERNÁNDEZ ROZAS/S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 11ª ed., 2020, p. 366

residencia habitual tal y como está configurada en el sistema actual de Derecho internacional privado español en materia de familia internacional.

5. En materia de responsabilidad parental, la Sentencia, de fecha 13 de diciembre de 2022, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid³, obliga a cuestionarnos sobre las dificultades en orden a determinar la residencia habitual de los menores vinculados a dos Estados miembros, en el supuesto, España y Bélgica; así como las particularidades que introducen los supuestos relativos a traslados ilícitos de menores entre Estados miembros.

6. Los hechos de los que trae causa la citada resolución son los siguientes: D^a Fátima, española con residencia habitual en Madrid, inicia ante los tribunales españoles un procedimiento de guarda, custodia y alimentos de hijo menor no matrimonial contra D. Emiliano, residente en Bélgica, para la adopción de medidas respecto del hijo de ambos, Jenaro. El Juzgado de Primera Instancia de Madrid, en su sentencia de 14 de julio de 2021, estimando parcialmente la demanda, acuerda las medidas definitivas de guarda, custodia y alimentos en relación con el menor Jenaro y atribuye la custodia a la madre, establece un régimen de visitas y estancia a favor del progenitor no custodio, así como la obligación de este último de abonar, en concepto de alimentos, la suma de 300 euros mensuales. Frente a esta resolución se alza el demandado en la instancia, interponiendo recurso de apelación que se sustenta en los siguientes motivos: en primer lugar, sobre declinatoria internacional planteada en la instancia por falta de competencia judicial internacional; en segundo lugar, que se estime la excepción de litispendencia y, como tercer y cuarto motivos alega error en la valoración de la prueba e incongruencia de la decisión adoptada en la instancia.

7. El primero de los motivos, relativo a la falta de competencia judicial internacional de los tribunales españoles, es el que ahora nos interesa. En opinión del demandado, ahora apelante, en el momento de la presentación de la demanda el niño reside en Bélgica mientras que la parte apelada afirma que dicho foro concurre en España. Al tribunal corresponde decidir, habida cuenta de las circunstancias fácticas del supuesto dónde concurre la residencia habitual del menor en los términos del artículo 8 del Reglamento 2201/03.

8. En el marco de litigios que tienen por objeto la disolución del vínculo matrimonial, traemos a colación un segundo supuesto que ha sido objeto del planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia por la sección 18^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, resuelta por Sentencia de este Tribunal en fecha de 1 de agosto de 2022⁴ y en la que junto a la residencia habitual de cónyuges se cuestiona la concreción de la residencia habitual del menor y la conexión en materia de alimentos.

9. Los hechos que dieron lugar al planteamiento de la cuestión prejudicial y a la decisión del Tribunal de Justicia son los siguientes: D^a MPA interpone en 2019 ante el JPI de Barcelona demanda de divorcio frente a su esposo, D. LCDNMT, en la que, junto a la disolución del vínculo matrimonial solicita disolución del régimen económico matrimonial, el régimen y forma de ejercicio de la guarda y de las responsabilidades parentales de los hijos menores, pensión de alimentos para los hijos y uso de la vivienda familiar sita en Lomé- Togo. Los litigantes contrajeron matrimonio el 25 de agosto de 2010 en la Embajada de España en Guinea Bissau (África). El matrimonio está inscrito en el Libro de Registro Civil Consular de Guinea Bissau. La esposa es de nacionalidad española. El esposo es de nacionalidad portuguesa. El matrimonio residió en Guinea Bissau desde agosto de 2010 hasta febrero de 2015 y a partir de dicha fecha se trasladaron a la República de Togo. Tienen dos hijos menores, de nacionalidad española y portuguesa, que nacieron en Barcelona. La separación de hecho se produjo en el mes de julio de 2018. La vivienda conyugal está en Togo. Después de la separación de hecho la madre y los hijos menores siguen residiendo en el domicilio conyugal y el esposo reside en un bungalow del Hotel Sa-

³ SAP M 19032/2022, ECLI:ES:APM:2022:19032.

⁴ STJU (Sala Tercera), de 1 de agosto de 2022, as 501/20, MPA y LCDNMT (ECLI:EU:C:2022:619)

rakawa, Boulevard Du Mono, Lome, Togo. Ambos cónyuges son trabajadores de la Comisión Europea en su Delegación en Togo. Su categoría profesional es la de agentes contractuales.

10. Mediante Auto, el JPI estima la declinatoria internacional por falta de competencia judicial internacional, interpuesta por el demandado, considerando la ausencia de residencia habitual en España. Frente a esta decisión, la demandante interpone recurso de apelación alegando que su residencia habitual se determina conforme a los Reglamentos europeos y, en su virtud, ésta no se determina por el lugar donde actúa en calidad de funcionaria de la UE sino el lugar anterior a dicho estatus, siendo este último España. Frente a ello, el demandado, ahora parte apelada, mantiene la falta de competencia de los tribunales españoles y alega que ninguno de los dos cónyuges ejerce función diplomática de sus respectivos países, España y Portugal, sino que son trabajadores de la Comisión Europea en su Delegación en Togo con una relación laboral. No se puede alegar inmunidad diplomática en los términos del Convenio de Viena, si no el Protocolo n. 7 sobre privilegios e inmunidades de la UE aplicable exclusivamente a actos realizados en el marco de su actuación oficial, siendo su residencia habitual Togo.

11. En este contexto, la Audiencia Provincial plantea al Tribunal de Justicia seis cuestiones, de las que destacamos, por su conexión con el presente estudio, las tres primeras: 1) ¿Cómo debe interpretarse el concepto de “residencia habitual” del artículo 3 del Reglamento 2201/2003 y del art. 3 del Reglamento 4/2009 de las personas nacionales de algún Estado miembro que permanecen en un tercer Estado por razón de las funciones que tienen encomendadas como agentes contractuales de la UE y que en el tercer Estado tienen reconocida la condición de agentes diplomáticos de la Unión Europea cuando su estancia en dicho Estado está vinculada al ejercicio de sus funciones que desempeñan para la Unión?. 2) En caso de que, a los efectos del art. 3 del Reglamento 2201/2003 y artículo 3 del Reglamento 4/2009, la determinación de la residencia habitual de los cónyuges fuera dependiente de su estatus de agentes contractuales de la Unión Europea en un tercer Estado ¿cómo afectaría a la determinación de la residencia habitual de los hijos menores conforme al art. 8 del Reglamento 2201/2003?; 3) Para el caso de que se considere que los menores no tienen su residencia habitual en el tercer Estado, ¿puede tenerse en consideración la vinculación de la nacionalidad de la madre, su residencia en España anterior a la celebración del matrimonio, la nacionalidad española de los hijos menores y su nacimiento en España a efectos de determinación de la residencia habitual conforme al artículo 8 del Reglamento 2201/2003?⁵

12. El tercer supuesto que nos sirve para evidenciar las dificultades prácticas en orden a la concreción de la residencia habitual como criterio atributivo de competencia judicial internacional se refiere al asunto resuelto por el Tribunal Supremo en el que se planteó la necesidad de concretar la residencia habitual de cónyuges en el marco de un litigio relativo a la disolución del vínculo matrimonial y en el que los cónyuges presentaban vínculos con España, y también con Dubai.

13. La demanda fue interpuesta ante los tribunales españoles por D.B, de nacionalidad española, frente a su esposa, doble nacional británica y egipcia, quien planteó declinatoria internacional por falta de competencia judicial internacional considerando que, teniendo el matrimonio y su marido residencia

⁵ El resto de cuestiones planteadas se refieren a: 4) Para el caso de que se determine que la residencia habitual de los progenitores y de los menores no se encuentra en un Estado miembro, habida cuenta de que, conforme al Reglamento 2201/2003 no existe ningún otro Estado miembro competente para resolver las pretensiones ¿impide la circunstancia de que el demandado sea nacional de un Estado miembro la aplicación de la cláusula residual de los artículos 7 y 14 del Reglamento 2201/2003?; 5) Para el caso de que se determine que la residencia habitual de los progenitores y de los menores no se encuentra en un Estado miembro, a los efectos de determinar los alimentos de los hijos, ¿cómo debe interpretarse el *forum necessitatis* del art. 7 del Reglamento 4/2009 y en particular, qué presupuestos son necesarios para entender que un procedimiento no puede razonablemente introducirse o llevarse a cabo o resulta imposible en un Estado tercero con el cual el litigio tiene estrecha relación (en este caso Togo)?; ¿es preciso que se acredite por la parte haber presentado o intentado presentar el procedimiento en dicho Estado con resultado negativo? y ¿basta la nacionalidad de alguno de los litigantes como conexión suficiente con el Estado miembro? 6) En un caso como este en el que los cónyuges tienen vinculaciones fuertes con Estados miembros (nacionalidad, residencia anterior) si mediante la aplicación de las normas de los Reglamentos no resulta competente ningún Estado miembro, ¿es ello contrario al art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales?

habitual en Dubai, no concurrían ninguno de los foros alternativos previstos en el artículo 3 del Reglamento 2201/03 y, siendo aplicable la LOPJ, la competencia no correspondía a los tribunales españoles. Desestimadas sus pretensiones en la instancia y en la apelación, interpone recurso extraordinario por infracción procesal con base en dos motivos. En primer lugar, denuncia infracción del artículo 22.3 LOPJ, por inaplicación, al fundamentar el tribunal su competencia en el artículo 3 del texto europeo, aplicado incorrectamente porque la residencia habitual no concurre en España; y, en segundo lugar, denuncia vulneración de la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE por arbitraria valoración de la prueba que permite al tribunal concluir la residencia habitual en España.

14. En el supuesto, la esposa afirma que, tras contraer matrimonio, trasladaron su domicilio a Dubái, donde ella era propietaria de una vivienda en la que residían, donde fundaron una sociedad que inició su actividad en enero de 2009 y de la que el esposo sería el «manager», cuya licencia comercial se renovó en enero de 2015, mientras que ella estaba vinculada con otras sociedades que operan en Dubái. Alega que el esposo está inscrito como residente en el consulado de Abu Dhabi como residente en Dubái, que renovó el 6 de abril de 2015 su solicitud de permiso de residencia a las autoridades de Dubái, que tiene una licencia de conducir expedida en marzo de 2010 en Dubái y licencias de circulación expedidas por los Emiratos Árabes Unidos a su nombre respecto de varios vehículos. Por su parte, el esposo acredita que su residencia habitual está en España, donde realiza su principal actividad empresarial y donde permanece la mayor parte del tiempo. Consta que el matrimonio tiene en Villaviciosa, donde una vivienda de su propiedad que adquirieron en diciembre de 2012, habiéndose acreditado que la esposa interpuso una denuncia el 19 de mayo de 2015, en donde se manifiesta que el matrimonio ha venido alternando su residencia en Dubái con estancias en Villaviciosa y en donde expresa su intención de permanecer hasta noviembre de 2015; en la misma se refiere a supuestos episodios de violencia de género acontecidos en septiembre de 2012, en junio de 2014 o en noviembre de 2014 y el 30 de abril de 2015. Con independencia del domicilio administrativo que pueda figurar (la renovación del permiso de residencia se explica por razón del negocio que el apelado aún mantiene en Dubái), el lugar de residencia habitual es, por tanto, España atendiendo al tiempo de permanencia, a que constituye el lugar donde se encuentra el centro de su actividad profesional, sino que, además, se constata que una gran parte de este tiempo ha estado en este país con su esposa, sin que pueda afirmarse que se trataba de simples estancias estacionales o vacacionales, pues se constata que se desarrollan en muy diversas épocas del año y durante prolongados periodos de tiempo

15. La concreción de la residencia habitual suscita, sin duda alguna, importantes dificultades prácticas puestas de relieve en la jurisprudencia referida. Dificultades que se agravan porque, como vamos a exponer, las normas reguladoras de la competencia judicial internacional en la materia que nos ocupa no recogen un concepto de residencia habitual. Ello nos lleva a cuestionarnos, como más adelante veremos, acerca de la necesidad o no de introducir dicho concepto en las normas reguladoras del Derecho de familia internacional.

III. La ausencia de un concepto en las normas sobre familia internacional

16. La creación de una Europa de los ciudadanos justifica que en los últimos años el derecho de familia internacional y, en particular, la ordenación de las crisis matrimoniales, la responsabilidad parental, los regímenes económicos y las obligaciones de alimentos entre parientes, haya pasado de ser la gran olvidada por las instituciones europeas a ocupar el centro de regulación. A las tradicionales iniciativas desarrolladas en foros internacionales como la Conferencia de La Haya de DIPr, se añade un amplio elenco de textos europeos que responden a la necesidad de crear, más allá de un espacio de libertad, seguridad y justicia, una Europa de los ciudadanos. El resultado es la existencia de un amplio complejo normativo.

17. En materia de responsabilidad parental, junto al Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de res-

ponsabilidad parental y de medidas de protección de los niños (en adelante, CvH96)⁶, que desplaza al Convenio de La Haya sobre protección de menores de 1961, se reguló, por primera vez, a través del Reglamento 1347/00 sustituido por el Reglamento 2201/03⁷, recientemente derogado por el Reglamento 2019/1111 competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (en adelante, Reglamento 2019/1111)⁸. En materia de alimentos la producción convencional es amplia, tanto desde una perspectiva cuantitativa como cualitativa, destacando, en nuestro ámbito de estudio la elaboración del Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre Ley aplicable a las obligaciones alimenticias⁹ y, en el ámbito europeo, el Reglamento 4/2009, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos¹⁰. Carece de regulación convencional las crisis matrimoniales y los regímenes económicos. En relación con las primeras, la ordenación de la competencia judicial internacional se lleva a cabo en el citado Reglamento 2019/1111 mientras que de la regulación del sector del Derecho aplicable se ocupa el Reglamento 1259/2010, de 20 de diciembre, por el que se establece una cooperación reforzada sobre ley aplicable al divorcio y a la separación judicial¹¹ (en adelante, Reglamento 1259/10). Por lo que hace a la regulación del régimen económico matrimonial y de parejas registradas su regulación se ha llevado a cabo a través del Reglamento 2016/1103 régimen económico matrimonial (en adelante, RREM)¹² y el Reglamento 2016/1104 sobre régimen económico de uniones registradas (en adelante, REPUR)¹³.

18. Aunque con distintos fines y objetivos, delimitados en función de la materia regulada, este amplio elenco normativo que conforma el sistema de fuentes de ordenación de la competencia judicial internacional en materia de familia internacional responde, en líneas generales, a la necesidad de garantizar el acceso a la justicia y los derechos de defensa del demandado. Asimismo, junto a la tutela judicial efectiva, la protección del interés superior del menor y el principio de no discriminación, consagrados en los textos internacionales, constituyen los principios básicos que rigen la interpretación y ordenación del sistema proyectándose, en particular, en el ámbito de los alimentos y la protección de menores¹⁴. En este contexto, el principio de proximidad adquiere especial relevancia y sirve de fundamento para establecer un sistema de foros que designe un tribunal conectado con el supuesto litigioso y que atienda a la particularidad de los procesos que tienen por objeto litigios relativos a familia internacional, favoreciendo la correlación *forum-ius* y la tutela de los distintos intereses presentes en los supuestos planteados en este ámbito.

⁶ Vid. Decisión del Consejo, de 19 de diciembre de 2002, por la que se autoriza a los Estados miembros a firmar, en interés de la Comunidad, el Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, (*DOUE* núm. 48, de 21 de febrero de 2003) y la Decisión del Consejo, de 5 de junio de 2008, por la que se autoriza a los Estados miembros a firmar, en interés de la Comunidad, el Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, (*DOUE* núm. 151, de 11 de junio de 2008).

⁷ Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento 1347/2000. (*DOUE* L 338, de 23 de diciembre de 2003).

⁸ Reglamento (UE) 2019/1111, del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (*DOUE* L 178 de 2 de julio de 2019).

⁹ . *DOUE* núm. L 331, de 16 de diciembre de 2009.

¹⁰ También se ha publicado la Propuesta de Decisión del Consejo sobre la celebración por la Comunidad Europea del Convenio sobre cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia, Documento COM (2009) 373 final/2, de 24 de agosto de 2009.

¹¹ Reglamento 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (*DO* L 7, de 10 de enero de 2009)

¹² *DOUE* L núm. 343, de 29 de diciembre de 2010.

¹³ Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales (*DOUE* L 183 de 8 julio 2016)

¹⁴ Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes patrimonial de uniones registradas (*DOUE* L 183 de 8 julio 2016)

¹⁵ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS/S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, novena edición, p. 595.

19. A partir de estos principios, las disposiciones referidas recurren, con carácter general, a la autonomía de la voluntad y a la residencia habitual. Tras las modificaciones introducidas en las distintas materias, ambas conexiones actúan como criterios básicos tanto en el sector de la competencia judicial internacional como en el del Derecho aplicable. No obstante, como tendremos ocasión de exponer, el principio de coherencia del Derecho internacional privado europeo no supone un paralelismo automático, el mismo implica que la interpretación de la residencia habitual debe efectuarse, en cada caso, valorando los objetivos y principios de la norma en la que el concepto se integra¹⁵.

20. No obstante, ningún texto define el concepto de residencia habitual. El principio de proximidad y la tutela del interés superior del menor sirven de fundamento para establecer, con carácter general, la residencia habitual del menor como criterio atributivo de competencia en el marco del en su artículo 7 del nuevo Reglamento 2019/1111¹⁶. Sin embargo, como sus antecesores¹⁷, el texto europeo no define qué debe entenderse por Estado de la residencia habitual del menor. En este marco, el Informe Borrás¹⁸, que remite a la definición clásica que la jurisprudencia ha ofrecido de este concepto y a la que más adelante nos referiremos, como el lugar donde el interesado ha fijado, con la voluntad de conferir un carácter estable, el centro permanente o habitual de sus intereses, señala los motivos que justifican la ausencia de una definición del concepto de residencia habitual en el Convenio de 1998. En los trabajos preliminares a la elaboración del convenio se discutió la posibilidad de incluir una norma que fijara el lugar de la residencia habitual de forma similar a la del artículo 52 del Convenio de Bruselas de 1968 en relación con la fijación del domicilio. Esta opción fue descartada, manteniéndose la actual indeterminación temporal en la que se debían tener en cuenta todos los elementos de hecho constitutivos de dicha residencia habitual. De este modo, la conexión de la residencia habitual debe ser analizada por el juez estatal.

21. En esta misma línea, ni el Reglamento 1259/2010, ni el REM ni el REPUR definen el concepto de residencia habitual¹⁹. Solo Reglamento 650/12 en materia de sucesiones²⁰ se aproxima a una concreción del concepto de residencia habitual del causante al enumerar algunas circunstancias fácticas que deben ser valoradas²¹.

22. Este último texto, en su considerando 23 dispone que, con el fin de garantizar que exista una conexión real entre la sucesión y el Estado de las autoridades que pretenden ejercer su competencia, estas últimas deben valorar las circunstancias de la vida del causante durante los años precedentes a su fallecimiento y en el momento del mismo, tomando en consideración todos los hechos pertinentes, en particular la duración y la regularidad de la presencia del causante en el Estado de que se trate, así como las condiciones y los motivos de dicha presencia. La residencia habitual así determinada debería revelar un vínculo estrecho y estable con el Estado de que se trate teniendo en cuenta los objetivos específicos del presente Reglamento. Asimismo, el texto europeo hace referencia a situaciones complejas en las que, aunque el supuesto presenta vínculos con distintos Estados es necesario concretar cuál es el Estado de

¹⁵ S. SÁNCHEZ LORENZO, “El principio de coherencia en el Derecho internacional privado europeo”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 70/2, julio-diciembre 2018, pp. 17-47

¹⁶ Cdos. 19 y 20. M. HERRANZ BALLESTEROS, “El Reglamento (UE) 2019/1111 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental y sobre sustracción internacional e menores (versión refundida): principales novedades”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 73/2, 2021, pp. 229-260, p. 234.

¹⁷ Ni el Reglamento 2201/03 ni el Reglamento 1347/00 definen el concepto de residencia habitual.

¹⁸ «Informe del Convenio celebrado con arreglo al artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial», Texto aprobado por el Consejo el 28 de mayo de 1998 (98/ C 221/04)]. Informe disponible en; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:51998XG0716&from=ES>

¹⁹ A. RODRÍGUEZ BENOT, “Los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas en la Unión Europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2019), Vol. 11, Nº 1, pp. 8-50, espec. nota 116, p. 36.

²⁰ Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo (*DOUE L*, núm. 201, de 27 de julio)

²¹ Respecto a los motivos de este silencio en el Reglamento de sucesiones, *vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ*, “El concepto de residencia habitual del causante (...)”, *cit.*, p. 19.

residencia habitual pues solo uno de ellos puede ser calificado como tal²². En definitiva, el RES no define la residencia habitual del causante, pero relaciona las circunstancias que deben ser apreciadas para valorar la concurrencia de la conexión en el ámbito del texto europeo.

23. Los textos convencionales, en línea con la mayoría de los textos elaborados por las instituciones europeas, tampoco recogen un concepto de residencia habitual. Como se pone de manifiesto en el Informe Lagarde²³, este aspecto fue objeto de discusión y debate en el seno de la Conferencia, rechazándose la idea de cuantificarla temporalmente, pero admitiéndose, en este contexto, que la ausencia temporal del niño del lugar de su residencia habitual por razón de vacaciones, de permanencia escolar o de ejercicio del derecho de visita, por ejemplo, no modificaba en principio la residencia habitual del niño. Aspecto, este último, como seguidamente veremos, referido a la exigencia de presencia física estable del menor en un Estado como elemento determinante de la concurrencia del criterio de la residencia habitual.

24. En el régimen de producción autónoma, el año 2015 supuso un punto de inflexión. A partir de las nuevas disposiciones europeas se introdujeron importantes modificaciones en el sistema estatal de DIPr español que afecta, principalmente, aunque no de forma exclusiva, al sector de la competencia judicial internacional. La LOPJ fue objeto de una modificación sustancial con el fin de adecuar nuestro sistema a la evolución del Derecho europeo en la materia²⁴. En línea con lo dispuesto en el artículo 40 CC, la LOPJ identifica la residencia habitual con el domicilio de la persona física al establecer, en el párrafo segundo del artículo 22 ter, que está domiciliada en España aquella persona física que tiene en nuestro país su residencia habitual.

25. También en el sector del Derecho aplicable, a través de la reforma operada en 2015 en el sistema de Derecho internacional privado en esta materia, como establece la Exposición de Motivos de la Ley 26/2015²⁵, se proyecta la incidencia del Derecho europeo, respondiendo la reforma a la incorporación de normas europeas y a la adaptación terminológica a las mismas. Con ella, además de introducir una conexión más realista y social como la residencia habitual²⁶, el *principio favor filii* resulta potenciado por la ordenación en cascada de los puntos de conexión²⁷, conteniendo una carga valorativa material tendente a garantizar, en aras a la protección del interés superior del menor, su derecho a la identidad y facilitar el establecimiento de la filiación.

²² Cdo. 24. En algunos casos, determinar la residencia habitual del causante puede revelarse complejo. Tal sería el caso, en particular, cuando por motivos profesionales o económicos el causante hubiese trasladado su domicilio a otro país para trabajar en él, a veces por un período prolongado, pero hubiera mantenido un vínculo estrecho y estable con su Estado de origen. En tal caso, dependiendo de las circunstancias, podría considerarse que el causante tenía su residencia habitual en su Estado de origen, en el que estaba situado el centro de interés de su familia y su vida social. También podrían suscitarse otras situaciones complejas cuando el causante haya residido en diversos Estados alternativamente o viajado de un Estado a otro sin residir permanentemente en ninguno de ellos. Si el causante fuera nacional de uno de dichos Estados o tuviera sus principales bienes en uno de ellos, la nacionalidad de aquel o la localización de dichos bienes podrían constituir un factor especial en la evaluación general de todas las circunstancias objetivas.

²³ Informe Explicativo del Convenio de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, Preparado por Paul Lagarde, pp. 20-23.

²⁴ F. GARCIMARTÍN, “La competencia judicial internacional en la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Diario La Ley*, 8614, 2015, pp. 1-12

²⁵ Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (*BOE* núm. 180, de 29/07/2015).

²⁶ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Ley aplicable a la filiación por naturaleza: de la Ley nacional a la Ley de la residencia habitual del hijo”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 68/2, julio-diciembre 2016, Madrid, pp. 157-182, <http://dx.doi.org/10.17103/redi.68.2.2016.1.05>

²⁷ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS/S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, novena edición, p. 505.

IV. Delimitación de un concepto autónomo de residencia habitual: la labor del tribunal de justicia

26. En ausencia de un concepto de residencia habitual en las disposiciones europeas aplicables, conforme a una reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para garantizar una aplicación uniforme del Derecho de la Unión y el principio de igualdad y no recogiendo aquellas una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros que determine su sentido y alcance, su interpretación debe ser autónoma y uniforme en toda la Unión. Para ello, la interpretación del concepto ha de realizarse teniendo en cuenta el contexto normativo²⁸, los objetivos y principios de la norma en la que la conexión se integra, la interpretación literal del término utilizado y su aplicación a las circunstancias fácticas del supuesto litigioso.

27. En este contexto, la labor desarrollada por el Tribunal de Justicia ha sido muy amplia en los últimos años, destacando la llevada a cabo en materia de responsabilidad parental. Abordaremos nuestra exposición señalando, de un lado, el contexto normativo y los objetivos de las distintas normas en las que se integra la residencia habitual como criterio de competencia judicial internacional y, de otra parte, expondremos los elementos utilizados por el Tribunal de Justicia para definir la residencia habitual como centro de vida familiar y social de la persona.

1. Contexto y objetivos de la norma

28. La carencia de un concepto de residencia habitual en los textos europeos obliga, en orden a la delimitación e interpretación del concepto de forma autónoma, a analizar el contexto de las normas en las que se integra la residencia habitual como criterio atributivo de competencia judicial internacional y los objetivos que las mismas persiguen. Ello implica que, en cada texto europeo, el concepto adquiere matices propios en función de la materia regulada pues, en función de la disposición aplicable y, por tanto, de la materia de que se trate, los principios y objetivos en el sector de la competencia judicial internacional difieren.

29. En materia de disolución de vínculo matrimonial, el artículo 3 del Reglamento 2019/1111, como hiciera su antecesor, determina la competencia de los tribunales del Estado miembro de la residencia habitual, actual o anterior, de los cónyuges o de uno de ellos, según el caso. Dichos criterios objetivos, alternativos y exclusivos responden a la necesidad de que exista una normativa adaptada a las necesidades específicas de los conflictos en materia de disolución del matrimonio²⁹. Conforme al considerando primero del Reglamento 2201/03, la movilidad de las personas y la seguridad jurídica constituyen los objetivos de la norma³⁰. Con ocasión del asunto *IB y FA*, el Tribunal de Justicia, reiterando su jurisprudencia anterior³¹, afirma que el artículo 3 del Reglamento 2201/03, también aplicable al nuevo Reglamento 2019/1111, tiene por objeto preservar los intereses de los cónyuges y responde a la finalidad perseguida por el texto europeo que ha establecido normas flexibles para tener en cuenta la movilidad de las personas y proteger igualmente los derechos del cónyuge que haya abandonado el Estado miembro de residencia habitual común, pero garantizando que exista un vínculo real entre el interesado y el Estado miembro que ejerce la competencia. En este contexto, para favorecer la movilidad de las personas el texto europeo facilita la posibilidad de obtener la disolución del matrimonio

²⁸ STJUE de 22 de diciembre de 2010, *Mercredi*, C497/10 PPU, (ECLI:EU:C:2010:829).

²⁹ STJU de 25 de noviembre de 2021, *IB y FA*, C289/20, (ECLI:EU:C:2021:955), apartado 32. Sobre esta decisión, vid. I. ANTÓN JUÁREZ, “La residencia habitual del cónyuge en un divorcio transfronterizo: ¿una residencia habitual múltiple podría preservar la seguridad jurídica? A propósito de la STJUE de 25 de noviembre de 2021, C-289/20, *IB c. FA*.” *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2022), Vol. 14, Nº 1, pp. 578-590, p. 586, DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6700>;

³⁰ I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, “Libre circulación de personas y Derecho Internacional Privado: un análisis a la luz de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2017, Vol. 9, Nº 2, pp. 106-126

³¹ STJU de 13 de octubre de 2016, *Mikołajczyk*, C294/15, (ECLI:EU:C:2016:772), apartados 49 y 50

estableciendo, en el precepto citado, una pluralidad de criterios alternativos, cuya aplicación no está sujeta a ninguna jerarquía³².

30. Este mismo objetivo de favorecer la movilidad de los ciudadanos y el fin de asegurar que exista una verdadera conexión entre los cónyuges y el Estado miembro cuyos tribunales son designados competentes, son los objetivos que persiguen el REM y el REPUR cuando utilizan la conexión de la residencia habitual en aquellos supuestos en los que los litigios sobre régimen económico matrimonial o de uniones registradas no están relacionados ni vinculados a procesos pendientes sobre la sucesión de uno de los cónyuges o miembro de la pareja o al divorcio del matrimonio o disolución de la pareja³³.

31. Sin embargo, los objetivos del citado texto normativo son diferentes cuando aborda la materia de responsabilidad parental. En este ámbito, conforme al artículo 8 del Reglamento 2201/03, la competencia judicial internacional corresponde a los tribunales del Estado miembro de la residencia habitual del menor. El objetivo perseguido por el texto europeo es responder al interés superior del menor y, para ello, privilegia el criterio de la proximidad. El legislador ha considerado que el órgano jurisdiccional geográficamente próximo a la residencia habitual del menor es el mejor situado para apreciar las medidas que han de adoptarse en interés de este. Son los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tiene su residencia habitual los que deben ser competentes en primer lugar, excepto en ciertos casos de cambio de residencia del menor o en caso de acuerdo entre los titulares de la responsabilidad parental³⁴. Así resulta de su considerando 12, según el cual las normas de competencia que establece dicho Reglamento están concebidas en función del interés superior del menor, y en particular en función del criterio de proximidad³⁵.

32. En esta misma línea, el Reglamento 2019/1111, establece, como objetivos generales contribuir a reforzar la seguridad jurídica, incrementar la flexibilidad y garantizar el acceso a los procesos judiciales y una mayor eficiencia de dichos procesos³⁶, en sus considerandos 19 y 20, señala como fundamento de sus normas de competencia judicial internacional, el interés superior del menor, interpretado a la luz del artículo 24 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y de la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas y el criterio de proximidad, para salvaguardar dicho interés. Proximidad que fundamenta la designación del tribunal de la residencia habitual del menor salvo que se produzca un cambio o que los titulares de la responsabilidad parental lo acuerden.

33. En materia de alimentos, el Reglamento 4/09 determina la competencia judicial internacional en su artículo 3 a favor de los tribunales del Estado miembro de la residencia habitual del acreedor de alimento. En su sentencia de 1 de agosto de 2022³⁷, el Tribunal de Justicia afirma que el texto europeo pretende salvaguardar la proximidad entre el acreedor de alimentos, que en general se considera que es la parte más débil, y el órgano jurisdiccional competente y favorecer una buena administración de justicia (considerando 15)³⁸. Objetivos que, como ha afirmado el Tribunal de Justicia, se han de alcanzar mediante la optimización de la organización judicial, así como desde la perspectiva del interés de las partes, demandante o del demandado, a través del acceso simplificado a la justicia y en la previsibilidad de las reglas de competencia³⁹.

³² STJU de 25 de noviembre de 2021, *IB y FA*, C289/20, (ECLI:EU:C:2021:955), Considerando 35

³³ Vid. cdos. 35 REM y REPUR.

³⁴ Así lo ha declarado, respecto al R. 2201/03, el TJU en su sentencia de 15 de febrero de 2017, *W y V*, C499/15, (ECLI:EU:C:2017:118), apartado 51

³⁵ STJU de 28 de junio de 2018, *HR*, C512/17, EU:C:2018:513, apartado 40

³⁶ Vid. considerando 2.

³⁷ STJU (Sala Tercera), de 1 de agosto de 2022, as 501/20, *MPA y LCDNMT* (ECLI:EU:C:2022:619)

³⁸ Sentencia de 18 de diciembre de 2014, *Sanders y Huber* (C400/13 y C408/13, (ECLI:EU:C:2014:2461)

³⁹ Sentencia de 4 de junio de 2020, *FX*, C41/19, (ECLI:EU:C:2020:425), apartado 40

34. Esta pluralidad de objetivos y fines perseguidos por las normas en las que se integra la residencia habitual como criterio atributivo de competencia judicial internacional condiciona la interpretación del concepto en función de la materia regulada.

2. La residencia habitual como centro de vida familiar y social de la persona

35. La residencia habitual de los cónyuges, del menor y del acreedor de alimentos es un concepto fáctico⁴⁰ que hace referencia, con carácter general, al lugar donde se encuentra el centro de vida familiar y social de la persona. Se distingue, así, tanto del domicilio como de la nacionalidad.

36. El domicilio y la nacionalidad han sido conexiones utilizadas tradicionalmente en el ámbito europeo⁴¹, de un lado, y en materia de familia⁴², de otro, respectivamente. No obstante, a diferencia de estas, la residencia habitual se refiere al lugar donde el interesado fija su centro de vida o de sus intereses⁴³. Frente al domicilio o la nacionalidad, la residencia introduce mayor flexibilidad y, al no estar determinada en función de los criterios estatales previamente establecidos. Derivada de elementos fácticos y dependiente de la voluntad de las partes implicadas, la residencia habitual facilita y garantiza la libre circulación de personas. Además, frente a la nacionalidad, que puede quedar reducida a un vínculo meramente formal y aparente, la residencia habitual constituye siempre una conexión sustancial de la persona con el país en cuya sociedad se halla integrado⁴⁴, favoreciendo una mayor proximidad y la tutela de determinados intereses que subyacen en los supuestos planteados.

37. A partir de estas consideraciones, y atendiendo a una interpretación literal de los textos normativos en los que la “residencia habitual” se incluye como criterio atributivo de competencia judicial internacional, para su concreción, el Tribunal de Justicia exige la concurrencia de dos elementos, uno de carácter objetivo, relativo a la presencia física estable de la persona en el territorio del Estado miembro, y otro, de carácter subjetivo, relacionado con la voluntad del individuo. No obstante, como hemos señalado, en función de la materia de que se trate y las normas que lo regulen, es necesario introducir algunas precisiones. A su análisis dedicamos los siguientes subapartados.

A) La presencia física estable del sujeto en un determinado Estado

38. El término utilizado en todos los textos europeos como criterio atributivo de competencia es, como decíamos, la residencia habitual. En una primera aproximación, llama la atención dos aspectos, su número, en singular, y, en segundo lugar, el adjetivo “habitual”.

39. En relación con el primer aspecto, relativo a la designación en singular de la residencia del individuo en las normas europeas reguladoras de la competencia judicial internacional, esta implica

⁴⁰ En este sentido, vid. STJU de 8 de junio de 2017, *OL*, C111/17 PPU, (ECLI:EU:C:2017:436), aptdo 54

⁴¹ El domicilio es la conexión utilizada en los textos europeos elaborados para regular la competencia judicial internacional en materia civil y mercantil. Vid. el Reglamento 1215/12, y los textos que le preceden.

⁴² La nacionalidad es el criterio tradicionalmente utilizado para la ordenación de las instituciones englobadas en el concepto de familia internacional. En la actualidad, algunos textos europeos, como el REM o el REPUR mantienen, junto a la residencia habitual fundamentada en motivos integradores, la conexión de la nacionalidad atendiendo a razones patrióticas, culturales, sentimentales o de orden similar, vid., A. RODRÍGUEZ BENOT, “Los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas (...)”, cit, p. 39.

⁴³ P. LAGARDE, “Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions”, *RCDIP*, junio, 2012, pp. 691-732., citado por J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El concepto de residencia habitual del causante en el Reglamento sucesorio europeo”, cit, p. 20.

⁴⁴ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Ley aplicable a la filiación por naturaleza: de la Ley nacional a la Ley de la residencia habitual del hijo”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 68/2, julio-diciembre 2016, Madrid, pp. 157-182, <http://dx.doi.org/10.17103/redi.68.2.2016.1.05>

la presencia física de la persona en un determinado Estado miembro. Tanto en el marco de supuestos relativos a crisis matrimoniales como en relación con litigios que tienen por objeto la responsabilidad parental de menores o los relacionados con obligaciones alimenticias, se requiere la presencia del cónyuge, menor o acreedor de alimento en el territorio de un determinado Estado miembro. No obstante, puede ocurrir que, en función del grado de internacionalización del supuesto, la vinculación del mismo se presente con varios Estados miembros, teniendo presencia el sujeto en distintos Estados miembros. En tales casos, la ausencia de un concepto de residencia habitual en el marco de los textos europeo suscita algunas dudas que el Tribunal de Justicia debe abordar. En este contexto, es relativamente reciente la decisión adoptada en el asunto *IB y FA*, en la que el Tribunal de Justicia afirma que, en todo caso, solo es posible tener una residencia habitual cuando concorra un elemento objetivo referido a la presencia física del sujeto en un determinado Estado. En el asunto se cuestiona una posible doble residencia habitual para fijar la competencia judicial internacional de un cónyuge en la aplicación de los criterios del artículo 3 del Reglamento 2201/03. Una residencia habitual familiar y otra profesional de uno de los cónyuges que motive que ambos Estados miembros sean competentes. La primera se encontraba desde 1999 en Irlanda, donde tenía el hogar familiar, su esposa y sus hijos, y la segunda, de ámbito profesional, en Francia, donde tenía la actividad laboral y un apartamento familiar en el que residía durante el periodo laboral semanal, estable desde 2017, y que se mantenía en septiembre de 2018 cuando ambos cónyuges deciden divorciarse⁴⁵

40. Ciertamente, en materia de crisis matrimoniales, como indicara el Abogado General en sus conclusiones, se produce, con frecuencia, el traslado y cambios con rapidez de la residencia habitual de los esposos que suelen regresar al Estado miembro de origen cuando se trata de matrimonios integrados por cónyuges de diferente nacionalidad⁴⁶. De hecho, como hemos expuesto con anterioridad, el texto europeo trata de favorecer la movilidad de personas y para facilitar la obtención de la disolución del vínculo establece una pluralidad de criterios alternativos que no está sujeta a jerarquía⁴⁷. No obstante, afirma el Tribunal, ello no supone admitir que un sujeto pueda residir habitualmente en varios Estados, dado que podría menoscabar la seguridad jurídica y dificultar la concreción de la competencia judicial internacional. De ahí que la asimilación de la residencia habitual de una persona al centro permanente o habitual en el que se sitúan sus intereses no aboga por aceptar que una pluralidad de residencias pueda tener simultáneamente tal carácter sino solo una⁴⁸. Aunque una persona pueda tener presencia en varios Estados y, por ende, varias residencias, solo una de ellas podrá ser calificada como residencia habitual y esta será aquella en la que su presencia revista un grado suficiente de estabilidad en el territorio del Estado miembro de que se trate.

41. En su decisión, el Tribunal ha seguido el criterio adoptado en materia de responsabilidad parental. Conforme a una reiterada jurisprudencia, la residencia habitual del menor en un Estado miembro en los términos del artículo 8 del Reglamento 2201/03 requiere la presencia física de este, una presencia regular y estable, con cierto grado de permanencia⁴⁹. Sin embargo, por las particularidades de esta materia, la mera presencia física del menor en un Estado miembro no es suficiente para atribuir la residencia habitual en los términos del precepto citado siendo configurada, en todo caso, como criterio atributivo de competencia con carácter subsidiario respecto de esta última en los términos del artículo 13 del mismo texto legal. A la presencia física deben añadirse otros datos fácticos, a los que más adelante nos referiremos, que acrediten y permitan dotar de estabilidad la presencia del menor en un determinado Estado miembro y garanticen su integración en un entorno social y familiar.

⁴⁵ Para un análisis de esta decisión, vid. L.A. PÉREZ MARTÍN, “Concreción de la residencia habitual de los cónyuges en las crisis matrimoniales europeas, Episodio 1: aún con vida entre varios estados, solo hay una residencia habitual”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2022), Vol. 14, Nº 1, pp. 422-443, DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6692>

⁴⁶ Conclusiones del Abogado General Campos Sánchez-Bordona presentadas en el asunto *IB y FA*, C289/20 (EU:C:2021:561).

⁴⁷ Sentencia de 13 de octubre de 2016, *Mikołajczyk*, C294/15, EU:C:2016:772, apartados 46 y 47

⁴⁸ STJU de 25 de noviembre de 2021, *IB y FA*, C289/20, (ECLI:EU:C:2021:955) apartados 43 a 45

⁴⁹ STJU 22 de diciembre de 2010, caso *Mercredi* Asunto C-497/10, (ECLI:EU:C:2010:829)

42. En materia de obligaciones alimenticias, la estrecha conexión entre el Reglamento 4/09 y el Protocolo de La Haya de 2007⁵⁰ justifican que la definición de la residencia habitual, pudiendo variar, en particular, en función de la edad y del entorno del interesado, se caracterice, entre otros elementos, por una presencia que revista un grado suficiente de estabilidad en el territorio del Estado miembro de que se trate⁵¹.

43. El carácter habitual, por tanto, no deviene de la existencia de una duración temporal determinada. Con carácter general, los textos europeos no contienen ninguna previsión acerca de la temporalidad de la estancia. La estabilidad de la presencia física de una persona en un Estado miembro, determinante de su residencia habitual, se entiende por contraposición a la temporalidad. En todas las materias, tanto en los litigios relativos a la disolución de vínculo como en los referidos a la responsabilidad parental o a las obligaciones alimenticias, para ser calificada como residencia habitual la presencia física en un determinado Estado miembro no puede ser ocasional debiendo revestir un grado de estabilidad suficiente⁵².

44. Este aspecto presenta mayor complejidad, derivada de la amplia casuística y de su vinculación con las circunstancias fácticas presentes en cada supuesto. Además, debemos tener en cuenta que, en función de la materia de que se trate, algunos preceptos realizan precisiones temporales que obligan a introducir algunos matices. Por ejemplo, los artículos 9 y 10 del Reglamento 2201/03 introducen modulaciones al criterio general previsto en el artículo 8⁵³. Junto a la presencia física del menor en un determinado Estado miembro, como decíamos, deben tenerse en cuenta otros factores adicionales que permitan indicar que dicha presencia no tiene carácter temporal u ocasional y garantizan la integración del menor en un entorno social y familiar.

B) Elemento subjetivo: la voluntad del sujeto

45. El segundo elemento delimitador del concepto de residencia habitual es de carácter subjetivo y está referido a la voluntad de la persona. Como hemos señalado, conforme a una reiterada jurisprudencia, la habitualidad no resulta de la duración de la estancia sino de la intención o voluntad del sujeto⁵⁴. El traslado por una persona de su residencia habitual a otro Estado miembro no está en función del tiempo que se prolongue o dure el cambio sino de la voluntad de dicha persona de fijar en el nuevo Estado su residencia, de efectuar el cambio con la intención de conferirle un carácter estable, el centro permanente o habitual de sus intereses⁵⁵.

46. La residencia habitual requiere de un elemento subjetivo referido a la voluntad del sujeto de fijar su residencia habitual en un lugar determinado. En concreto, el Tribunal se ha referido a este elemento en supuestos de crisis matrimoniales. La voluntad del cónyuge resulta determinante para definir el centro habitual de vida e interés del sujeto y concretar, así, su residencia habitual en los términos del artículo 3 del Reglamento 2201/03 y distinguirla de la mera residencia en un Estado miembro⁵⁶. También en materia de obligaciones alimenticias la voluntad del interesado de fijar el centro habitual de su vida en un lugar determinado constituye un elemento definidor de la residencia habitual como foro de competencia judicial internacional en los términos del artículo 3 del Reglamento 4/09⁵⁷. En definitiva, en los supuestos de cónyuges y adultos, el concepto de «residencia habitual» se caracteriza, en principio,

⁵⁰ STJU de 5 de septiembre de 2019, *R*, C468/18, (ECLI:EU:C:2019:666), apartado 46

⁵¹ STJU de 12 de mayo de 2022, *W. J.*, C644/20, (ECLI:EU:C:2022:371), apartado 63; STJU (Sala Tercera), de 1 de agosto de 2022, as 501/20, *MPA y LCDNMT* (ECLI:EU:C:2022:619)

⁵² STJU de 25 de noviembre de 2021, *IB y FA*, C289/20, (ECLI:EU:C:2021:955), apartado 57.

⁵³ M. CASADO ABAQUERO, “Criterios delimitadores del concepto de residencia habitual en las crisis matrimoniales intracomunitarias: A propósito del Auto de 12 de noviembre de 2020 de la Sección décima de la Audiencia Provincial de Valencia”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2021), Vol. 13, Nº 2, pp. 704-713, DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6285>

⁵⁴ STJU de 25 de noviembre de 2021, *IB y FA*, C289/20, (ECLI:EU:C:2021:955)

⁵⁵ STJU de 22 de diciembre de 2010, *Mercredi*, C497/10 PPU, (ECLI:EU:C:2010:829), apartados 44 y 51

⁵⁶ STJU de 25 de noviembre de 2021, *IB y FA*, C289/20, (ECLI:EU:C:2021:955), apartado 44

⁵⁷ STJU (Sala Tercera), de 1 de agosto de 2022, as 501/20, *MPA y LCDNMT* (ECLI:EU:C:2022:619), apartado 53

por dos elementos, por una parte, una presencia que reviste un grado suficiente de estabilidad en el territorio del Estado miembro de que se trate y, por otra, la voluntad del interesado de fijar el centro habitual de sus intereses en un lugar determinado.

47. Sin embargo, en materia de responsabilidad parental y cuando los litigios versan sobre menores, la concreción de la habitualidad, referida a la voluntad del sujeto, adquiere ciertos matices⁵⁸. Si la voluntad del sujeto es determinante en el supuesto de crisis matrimoniales no ocurre lo propio en los supuestos de responsabilidad parental. El concepto de residencia habitual en otros ámbitos materiales no puede extrapolarse al ámbito de la responsabilidad material. En este tipo de supuesto el entorno social y familiar de los progenitores del menor, en particular cuando este es de corta edad, se configura jurisprudencialmente como el criterio esencial para determinar el lugar de residencia habitual de ese menor⁵⁹.

48. En esta materia, además de la presencia física del menor en un Estado miembro⁶⁰, para determinar su carácter estable, el Tribunal de Justicia relaciona un conjunto de factores adicionales que ayudan a su concreción y cuya concurrencia permite determinar que la presencia del menor en el Estado de que se trate no tiene en absoluto carácter temporal u ocasional⁶¹ y que se traduce en una determinada integración en un entorno social y familiar, correspondiéndose, en la práctica, con su centro de vida⁶². Entre estos factores, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia hace referencia a la duración, la regularidad, las condiciones, las razones de la permanencia del menor en el territorio de un Estado miembro y su nacionalidad, variando los factores pertinentes en función de la edad del menor de que se trate⁶³. También se refiere al lugar y las condiciones de escolarización del menor; sus relaciones familiares y sociales en el Estado miembro de que se trate y la intención de los padres manifestada en la compra o el alquiler de una vivienda en el Estado miembro de que se trate⁶⁴.

49. En este contexto, el Tribunal de Justicia, en la sentencia dictada en el asunto *MPA y LCDN-MT*, a efectos de determinar la residencia habitual de los menores en España afirma que no puede tenerse en cuenta la nacionalidad española de los hijos menores de edad y el hecho de que nacieran en España o la nacionalidad española de alguno de sus progenitores. Estas circunstancias pueden constituir factores pertinentes, no obstante, no son determinantes a la hora de identificar la residencia habitual del menor especialmente cuando ningún elemento pone de manifiesto que los menores de que se trata hubieran estado físicamente presentes, de manera no ocasional en España y dispusieran en este país, habida cuenta de su edad, de cierta integración, particularmente, en un entorno escolar, social y familiar⁶⁵.

3. Concreción a partir de elementos fácticos

50. Siendo la residencia habitual, como hemos señalado, un concepto fundamentalmente fáctico, su concurrencia requiere acreditar tanto la presencia física estable como la voluntad del sujeto. Ello exige que, en cada caso concreto, la parte interesada acredite aquellos datos fácticos que sirvan a sus

⁵⁸ B. CAMPUZANO DÍAZ, “Una nueva sentencia del TJUE sobre el concepto de residencia habitual en el macro del Reglamento 2201/03: sentencia de 17 de octubre de 2018, UB y XB, AS. 393/18 PPU”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2019, Vol. 11, nº 2, pp. 462-471.; I REIG FABADO, “La construcción del concepto autónomo de residencia habitual del menor en los supuestos de sustracción internacional de menores”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2019, Vol. 11, nº1, pp. 877-888.

⁵⁹ STJU de 28 de junio de 2018, *HR*, C512/17, (ECLI:EU:C:2018:513), apartados 45 y 46.

⁶⁰ STJU (Sala Primera), de 17 de octubre de 2018, as. 393-18, *UD y XB* (ECLI:EU:C:2018:835).

⁶¹ sentencias de 2 de abril de 2009, *A*, C523/07, (ECLI:EU:C:2009:225), apartado 38; de 22 de diciembre de 2010, *Mercredi*, C497/10 PPU, (ECLI:EU:C:2010:829), apartado 49; de 9 de octubre de 2014, *C*, C376/14 PPU, (ECLI:EU:C:2014:2268), apartado 51; de 15 de febrero de 2017, *W y V*, C499/15, (ECLI:EU:C:2017:118), apartado 60; de 8 de junio de 2017, *OL*, C111/17 PPU, (ECLI:EU:C:2017:436), apartado 43, y de 28 de junio de 2018, *HR*, C512/17, (ECLI:EU:C:2018:513), apartado 41.

⁶² STJU de 28 de junio de 2018, *HR*, C512/17, (ECLI:EU:C:2018:513), apartados 41 y ss.

⁶³ STJU de 8 de junio de 2017, *OL*, C111/17 PPU, (ECLI:EU:C:2017:436), apartado 44.

⁶⁴ STJU de 28 de junio de 2018, *HR*, C512/17, (ECLI:EU:C:2018:513), apartados 43 a 46.

⁶⁵ STJU (Sala Tercera) de 1 de agosto de 2022, as C-501/20, *MPA y LCDNMT* (ECLI:EU:C:2022:619).

intereses. En este apartado, a partir de los criterios establecidos por el Tribunal de Justicia, tendremos ocasión de verificar, de un lado, cómo han sido aplicados por los tribunales españoles para resolver las cuestiones relativas a la determinación de la residencia habitual de los sujetos implicados en cada uno de ellos a partir de los datos fácticos acreditados. Asimismo, esta exposición nos permitirá verificar, cómo, el objeto litigioso condiciona el concepto de residencia habitual.

51. En materia de disolución de vínculo, en relación a las circunstancias fácticas determinantes para establecer el elemento objetivo constituido por la presencia física estable adquiere especial relevancia el entorno del cónyuge compuesto por el conjunto de actividades e intereses profesionales, culturales, económicos y de índole familiar. No obstante, no se requiere que todos estos intereses se concentren en un único Estado, pudiendo existir varias residencias simples si bien, como hemos expuestos, en un momento dado solo una de ellas puede ser considerada como residencia habitual a los efectos del artículo 3 del Reglamento 2201/03. En este marco, también pueden considerarse circunstancias relativas al empleo, como la duración de la comisión de servicio o la posibilidad de prolongarla, y en particular que la actividad profesional desarrollada por esa persona en un lugar determinado se inscriba en el marco de una relación laboral de duración indefinida. En cambio, no pueden considerarse circunstancias determinantes las estancias que la persona en cuestión haya efectuado durante sus vacaciones o períodos festivos en el territorio del Estado miembro del que es originaria⁶⁶.

52. El Tribunal Supremo, en su sentencia de 21 de noviembre de 2017, afirma la residencia habitual en España del demandante, nacional español, en el momento de presentación de la demanda y la concurrencia del foro previsto en el artículo 3 del Reglamento 2201/03 atendiendo a las circunstancias fácticas concurrentes. En su opinión, la residencia habitual en España en el sentido requerido por el Reglamento Bruselas II bis como centro social de vida y lugar en el que el interesado ha fijado voluntariamente su centro de intereses no queda desmentida ni por su permiso de residencia ni por su inscripción en el Registro de Matrícula de la Oficina Consular de Dubái, pues ese dato no hace de Dubái la residencia habitual en sentido realista sino solo en sentido formal y administrativo. A estos efectos no hay diferencia sustancial entre estar empadronado en un municipio y estar inscrito como residente habitual en el Registro de Matrícula de una Oficina Consular en el Extranjero. Ambas inscripciones son obligatorias cuando se reside habitualmente en un municipio o en una demarcación consular, pero ninguna de las dos sirve para desvirtuar la residencia real en otro lugar, porque lo decisivo es el hecho de dicha residencia habitual, con un criterio realista, adaptado a la movilidad de los cónyuges. Tampoco puede servir para desvirtuar el valor de los datos que identifican España como el lugar de residencia habitual del sr. Benjamín durante al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda de divorcio el deber de convivencia y la presunción de los artículos 68 y 69 CC. Sin entrar a valorar si el domicilio conyugal en Dubái se encuentra en un Estado distinto a aquel donde se encuentra su centro de intereses a efectos de identificar la residencia habitual, circunstancias que no es extraña en situaciones de crisis matrimoniales internacionales y que viene a confirmar el amplio abanico de foros contemplado en el propio artículo 3 del Reglamento 2201/03.

53. En materia de responsabilidad parental, de los litigios a los que hacíamos referencia, en el asunto *MPA y LCDNMT*, que resuelve la cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona, el Tribunal de Justicia tiene en cuenta que los cónyuges y sus hijos están en Togo desde febrero de 2015 y, por tanto, que su residencia en ese Estado es duradera, continua y permanente. En efecto, su presencia física permanente en Togo, salvo en sus días de descanso o durante los períodos vacacionales, es un hecho reconocido por el tribunal remitente. En este punto es importante precisar que del auto de remisión se desprende que, tras su separación, ninguno de los cónyuges se ha trasladado a su Estado miembro.

⁶⁶ Vid., STJU de 28 de junio de 2018, *HR*, C512/17, (ECLIUE:C:2018:513) y el citado Informe Lagarde.

54. El elemento subjetivo se refiere a todas aquellas circunstancias de las que se pueda inferir que existe otro criterio de vinculación que permita considerar que la residencia habitual de los cónyuges, o de alguno de ellos, está situada en un determinado Estado. Esto es, circunstancias relacionadas con la voluntad del o de los cónyuges de permanencia en un determinado Estado para que este se configure como lugar de su residencia habitual. Una voluntad que debe fundamentarse en hechos y circunstancias externas. A la luz de las manifestaciones realizadas por la demandante en el litigio planteado ante la AP de Barcelona, en sus conclusiones, el abogado general se cuestiona qué elemento debe prevalecer cuando se plantea un conflicto entre el elemento objetivo, en cuya virtud se determina la presencia física del sujeto en un determinado Estado, y el elemento subjetivo que nos lleva a concluir la voluntad del individuo de regresar a otro Estado, su Estado miembro de origen. En el caso, la presencia física de los cónyuges se encuentra en Togo. En casos excepcionales, cabría considerar, teniendo en cuenta elementos tangibles o signos externos⁶⁷, que la intención de uno o de ambos cónyuges de establecerse en otro Estado miembro o de regresar al Estado miembro de origen, adquiriendo una nueva «residencia habitual» y abandonando la anterior, podría completar o sustituir determinados elementos, como la duración, la regularidad o la constancia de una presencia física, que adjetivan, normalmente, al concepto de «residencia habitual»⁶⁸. Sin embargo, la mera intención de regresar al Estado de origen al término de una estancia profesional en otro Estado miembro o en un tercer Estado no modifica en modo alguno el lugar en que se sitúa en el momento concreto la residencia habitual de la persona de que se trate. Es lo que ocurre en el asunto resuelto por el Tribunal de Justicia que, tras la exposición y análisis de las circunstancias fácticas que rodean el supuesto se constata que en ninguna de ellas parece indicar que los interesados hubieran trasladado su residencia habitual a España.

55. En este mismo asunto, en relación con la solicitud del establecimiento de una prestación en concepto de alimentos, la residencia habitual se identifica con el lugar en el que, atendiendo a las circunstancias fácticas del supuesto examinado, resulte acreditada la existencia de una residencia estable y regular, así como la integración de la persona de que se trate en un entorno social y familiar y la intención de esa persona de fijar su residencia habitual en ese lugar. En este marco, el Informe explicativo sobre el Protocolo de La Haya⁶⁹, afirma, en su apartado 37, que el fundamento de la conexión con la ley del Estado de residencia habitual del acreedor «es que permite determinar la existencia y el importe de la obligación alimenticia teniendo en cuenta las condiciones jurídicas y el ámbito social del país donde el acreedor vive y ejerce esencialmente sus actividades». Asimismo, afirma que la residencia habitual implica una cierta estabilidad mientras que «una simple residencia de carácter temporal no es suficiente para determinar la ley aplicable a la obligación alimenticia»⁷⁰.

56. En su sentencia, el Tribunal de Justicia afirma que ha quedado acreditado que, salvo las vacaciones o del momento del nacimiento de los hijos, que corresponden, por lo general, a interrupciones ocasionales y temporales del desarrollo normal de su vida, los cónyuges han estado físicamente ausentes, de manera permanente, del territorio español desde al menos agosto de 2010. Tras la separación, la esposa no se trasladó a España y no existe ningún elemento que permita constatar que estuviera residiendo en el Estado del que es nacional en los seis meses inmediatamente anteriores a su demanda de disolución. En consecuencia, no concurre la presencia suficientemente estable en el territorio del Estado miembro al que pertenece el órgano jurisdiccional remitente y tampoco existe ningún elemento que permita inferir que los cónyuges o uno de ellos, en este caso la esposa, hubieran decidido, pese a su alejamiento físico constante del territorio español desde hace varios años, de fijar el centro permanente o habitual de sus intereses en dicho Estado miembro.

⁶⁷ STJU de 28 de junio de 2018, *HR*, C512/17, (ECLIEU:C:2018:513), apartado 46

⁶⁸ Conclusiones del Abogado General Campos Sánchez-Bordona presentadas en el asunto *IB y FA*, C289/20 (EU:C:2021:561), punto 66.

⁶⁹ Informe explicativo sobre el Protocolo de La Haya redactado por Andrea Bonomi (en adelante, «Informe Bonomi»). Aprobado por la XXI Sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

⁷⁰ Apartado 42 Informe Bonomi.

57. Además de las particularidades señaladas en orden a la concreción de la residencia habitual en el marco de los litigios relativos a la responsabilidad parental, los cambios que en muchos casos se producen en el centro de vida de los menores también introduce algunas precisiones que los textos europeos y la jurisprudencia abordan.

58. En primer lugar, la determinación de la residencia habitual presenta importantes particularidades en los supuestos de traslados ilícitos de menores⁷¹. La conformación de estos casos se realiza a partir de un cambio en el lugar de residencia del menor que impide el ejercicio de los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad. Es importante determinar cuándo y dónde se encuentra la residencia habitual del menor para definir si se ha producido o no un traslado ilícito y, en función de ello, proceder o no al retorno del menor. En este tipo de supuestos es importante determinar la provisionalidad de la estancia en el Estado al que ha sido trasladado el menor, no computándose aquel que pueda beneficiar al sustractor ni considerarla como cambio de residencia habitual. Asimismo, en su concreción, además de la intención de los progenitores, son elementos relevantes que deben ser tenidos en cuentas para determinar el grado de integración del menor en su entorno social y familiar, sus orígenes, la edad del menor y sus relaciones familiares⁷².

59. En el caso resuelto por la Audiencia Provincial de Madrid en su sentencia de fecha 13 de diciembre de 2022, a la que hacíamos referencia al inicio de este trabajo, a la vista de la decisión adoptada por la Sala, el menor había desarrollado su vida cotidiana en España, con su madre, y en Bélgica, con su padre. No obstante, hubo un hecho determinante para decidir que fuera España, en el momento de interposición de la demanda, el Estado de la residencia habitual del menor, la existencia de una decisión adoptada por las autoridades belgas de fecha 26 de febrero de 2019 en la que se ordena el retorno del menor a España.

60. Esta decisión es sumamente relevante no solo porque sirve para fundamentar la residencia habitual del menor en España sino porque evita que el traslado a España pueda ser calificado como un supuesto de secuestro internacional de menores en el sentido de los artículos 11 del Reglamento 2201/03⁷³ y 2 del Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores⁷⁴. Efectivamente, con fecha 6 de septiembre de 2018, las autoridades belgas habían atribuido provisionalmente la custodia del menor al padre y, consecuentemente, a este correspondía decidir sobre la residencia habitual del menor. En esa fecha, la residencia del menor se encontraba, por tanto, en Bélgica. Ahora bien, una decisión posterior adoptada por las autoridades belgas que ordena el retorno del menor a España permite confirmar la existencia de un cambio de residencia habitual y la concurrencia, en territorio nacional, del criterio atributivo de competencia previsto en el artículo 8 del Reglamento 2201/03 cuando, con fecha 9 de abril de 2019, fueron adoptadas las medidas provisionales.

61. A partir de estas circunstancias, la Sala confirma la competencia judicial internacional de las autoridades españolas para decidir acerca de la responsabilidad parental del menor considerando que la residencia habitual del menor se encuentra en España por ser este país donde se localiza su centro de vida e intereses con carácter estable, sin perjuicio de que la familia efectuara desplazamientos temporales, por motivos vacacionales, a Bélgica.

⁷¹ I REIG FABADO, “La construcción del concepto autónomo de residencia habitual del menor (...)”, cit., p. 882.

⁷² En este ámbito, la integración del menor en su nuevo entorno tras el traslado parece limitada temporalmente en el Convenio de La Haya de 1980 cuando establece en su artículo 12 que, transcurrido el plazo de un año desde que se produce la sustracción, el menor se encuentra integrado en su nuevo país. Ello implica, a los efectos del Convenio, que el Estado al que ha sido trasladado el menor se configura como el Estado de su residencia habitual con el transcurso de un año.

⁷³ Hoy, vid. el Capítulo III, que comprende los artículos 22 a 29 del Reglamento 2019/1111.

⁷⁴ Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980 (BOE, núm. 202, de 24 de agosto de 1987).

V ¿Necesidad de un concepto uniforme y único de residencia habitual?

62. La práctica judicial a la que hemos hecho referencia en los apartados precedentes evidencia la diversidad de supuestos y la realidad diaria de nuestros tribunales a la vez que pone de relieve la flexibilidad que introduce la residencia habitual como criterio atributivo de competencia judicial internacional. Facilita la designación de un tribunal que presenta una clara vinculación con el supuesto permitiendo adoptar soluciones acordes con los intereses presentes en las situaciones privadas internacionales. Sin embargo, junto a estas indudables ventajas, la configuración de la residencia habitual como foro de competencia judicial internacional en nuestro sistema de Derecho internacional privado en materia de familia internacional también pone de relieve las dificultades prácticas derivadas de la ausencia de un concepto uniforme y único de la residencia habitual. Unos inconvenientes que justifican las propuestas formuladas por quienes abogan por la construcción de un concepto unívoco del criterio⁷⁵.

63. La tutela judicial efectiva y el principio de seguridad jurídica constituyen los principales argumentos sobre los que se sustentan quienes proponen la configuración de un concepto unívoco y uniforme de la residencia habitual como criterio atributivo de competencia judicial internacional. Con ello no solo se evitarían las situaciones de litispendencia, sino fundamentalmente, se garantizaría un mayor acceso a la justicia, eliminándose retrasos innecesarios derivados de los problemas que conlleva la indeterminación del concepto. No se aboga por un concepto cerrado, cuantitativo, sino una definición *“indicativa de las circunstancias y características de hecho que debe tener la convivencia conyugal para establecer la residencia habitual común de los cónyuges, o por el contrario la residencia de cada uno de ellos por separado”*⁷⁶.

64. Delimitar materialmente el concepto de residencia habitual estableciendo las circunstancias que pueden servir de base para su concreción, en línea con el Reglamento 650/12 o definir las circunstancias fácticas que en cada materia definan el concepto supondrá un elemento negativo y limitativo del carácter flexibilizador que introduce la residencia habitual y que favorece, como acabamos de exponer, su aplicación a todos los supuestos que se plantean en un mundo globalizado⁷⁷. Las particularidades que introduce cada materia resultan salvaguardadas por cada norma que, en sus propios fines, objetivos y principios, determina el contexto definitorio del concepto de residencia habitual aplicable sin requerir, por ello, la delimitación previa de un significado más preciso que limite su adecuación al caso concreto.

65. La residencia habitual es un concepto fáctico referido al centro de vida familiar y social de la persona. Para su concreción se requiere, de un lado, la concurrencia de un elemento objetivo relativa a la presencia física del sujeto en el territorio de un determinado Estado miembro. Una presencia que, con independencia de su duración temporal, debe tratarse de una presencia de carácter estable, por contraposición a una presencia ocasional o circunstancial. En íntima conexión con esta nota se encuentra el segundo elemento, de carácter subjetivo, relativo a la voluntad del sujeto, a la intención de permanecer en el territorio del Estado miembro de que se trate.

66. Sin embargo, en cada materia, por los propios principios, fines y objetivos que subyacen y sus particularidades, la concreción de la residencia habitual y su acreditación adquiere matices. Especialmente, en el ámbito de la responsabilidad parental, en la que junto a las peculiaridades derivadas de los supuestos de traslados ilícitos de menores, la edad de los sujetos afectados condiciona la presencia del elemento volitivo de ahí que, además de la presencia física estable, para determinar la residencia habitual deban tenerse en cuenta otros elementos fácticos adicionales que la corroboren que el Tribunal

⁷⁵ L. A. Pérez Martín, “Propuesta de un concepto europeo de residencia habitual en el derecho de familia internacional”, *AEDIPR*, XVIII, 2018, pp. 469-498.

⁷⁶ L.A. PÉREZ MARTÍN, “Concreción de la residencia habitual de los cónyuges en las crisis matrimoniales europeas, (...)”, cit., p. 440.

⁷⁷ En esta misma línea se ha manifestado, I. ANTÓN JUÁREZ, “La residencia habitual del cónyuge en un divorcio transfronterizo: (...)”, cit., p. 586; J. Carrascosa González, “El concepto de residencia habitual del causante (...)”, cit., p. 34.

de Justicia ha ido relacionando a través de sus decisiones. Sin mermar la seguridad jurídica y el acceso a la justicia, el concepto garantiza la proximidad, incrementa la flexibilidad y permite, en cada materia, adecuarse a los objetivos perseguidos.

VI. A modo de conclusión

67. La realidad de la práctica judicial española pone de relieve las dificultades que plantean las situaciones privadas internacionales en orden a la determinación de la competencia judicial internacional de nuestros tribunales para conocer de litigios internacionales en los que junto a la disolución de vínculos matrimoniales se plantea la adopción de medidas de responsabilidad parental, la disolución del régimen económico matrimonial e incluso el establecimiento de una pensión alimenticia.

68. El sistema de competencia judicial internacional instaurado se articula entorno a la residencia habitual como atributivo de competencia. Siendo una conexión fáctica, que permite designar un tribunal realmente conectado con el supuesto, la ausencia de un concepto delimitado legalmente suscita algunas dificultades, siendo imprescindible la labor desarrollada por el Tribunal de Justicia. Esta última, a partir de una interpretación sistemática y teleológica, permite configurar los elementos delimitadores del concepto de residencia habitual en el ámbito de las crisis matrimoniales y medidas vinculadas facilitando su aplicación y garantizando la plena efectividad de las normas que consagran este criterio.

69. Dado su carácter fáctico, las partes interesadas deben acreditar, a partir de las circunstancias fácticas de cada supuesto y en función de la materia afectada, su vinculación física y estable con el territorio de un Estado para poder determinar que en el mismo concurre su residencia habitual sin que sea aconsejable delimitar legalmente el concepto pues ello eliminaría la flexibilidad que introduce y su adecuación a la realidad práctica de los supuestos planteados en el mundo actual así como a la diversidad de normas que integran la ordenación de la materia y cuya interrelación constituye un elemento básico en la regulación de las situaciones privadas internacionales.

70. Tal concepto, sin mermar la seguridad jurídica y el acceso a la justicia, garantiza la proximidad, incrementa la flexibilidad y permite, en cada materia, adecuarse a los objetivos perseguidos.

El sempiterno problema de la determinación de la residencia habitual del menor a los efectos de una sustracción internacional de menores: Una visión desde la SAP de Salamanca nº 844/2022, de 2 de noviembre

The everlasting problem of determining the habitual residence of the child for the purposes of an international child abduction: A view from Salamanca SAP nº 844/2022, of November 2

MARÍA JESÚS SÁNCHEZ CANO

*Profesora de derecho internacional privado (Universidad San Jorge)
Magistrado suplente*

Recibido: 12.06.2023 / Aceptado: 12.07.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.8110

Resumen: En la Unión Europea el elemento internacional está cada vez más presente en las relaciones familiares, planteando frecuentes problemas en los supuestos de traslado o retención ilícitos de menores entre Estados miembros de la Unión Europea, en los cuales la solución se articula a través del RBII ter y del CH 1980. Ambos instrumentos operan en torno al concepto de residencia habitual del menor, cuya definición no se contempla ni el RBII ter ni el CH 1980. Las vicisitudes señaladas no son ajenas a los asuntos que deben resolver tribunales españoles, como es el caso de la Audiencia Provincial de Salamanca, cuya Sentencia nº 844/2022, de 2 de noviembre, se analizará a lo largo del presente trabajo.

Palabras clave: Sustracción internacional de menores, residencia habitual del menor, Convenio de la Haya de 1980, Reglamento Bruselas II ter.

Abstract: In the European Union the international element is increasingly present in family relations, posing frequent problems in cases of wrongful removal or retention of children between Member States of the European Union, in which the solution is articulated through the Brussels IIb Regulation and the Convention of 1980. Both instruments operate around the concept of the habitual residence of the child, the definition of which is not provided for in either the Brussels IIb Regulation or the Convention of 1980. The aforementioned vicissitudes are not alien to the cases to be resolved by Spanish courts, as is the case of the Provincial Court of Salamanca, whose Judgment no. 844/2022, of 2 November, will be analysed throughout this paper.

Keywords: International child abduction, habitual residence of the child, Convention of Hague Conference 1980, Brussels IIb Regulation.

* El presente trabajo ha sido elaborado en el marco del Grupo Consolidado de Investigación del Gobierno de Aragón "Ius Familiae", IP Carlos Martínez de Aguirre Aldaz.

Sumario: I. Planteamiento inicial. II. Consideraciones acerca de la determinación de la residencia habitual del menor. 1. El concepto de residencia habitual del menor en la jurisprudencia del TJUE: Líneas generales. 2. Residencia habitual del menor, sustracción internacional de menores y bebé in útero. III. Comentario de la SAP Salamanca nº 844/2022, de 2 de noviembre. 1. Antecedentes de hecho y fundamentos jurídicos. 2. Análisis del fallo. IV. Breve recapitulación final.

I. Planteamiento inicial

1. En la Unión Europea y en consecuencia, también en España, el elemento internacional o transfronterizo está cada vez más presente en las relaciones familiares, debido a la diferente nacionalidad o residencia habitual de sus miembros. Este fenómeno plantea frecuentes problemas, particularmente, cuando surgen crisis de pareja, en especial, cuando alguno de sus miembros posee una nacionalidad diferente de la del Estado miembro en el cual venían residiendo habitualmente. Los inconvenientes son todavía mayores si la pareja en cuestión tiene hijos, pues, en ocasiones, se deja de lado una cuestión tan relevante como que, ante una separación, resulta necesario establecer medidas respecto de la guarda y custodia de los hijos menores. Y lo que es más importante, habrá que determinar el Estado miembro en el cual se fijará la residencia habitual del menor, en el caso de que uno de los progenitores desee trasladarse con el niño a otro Estado miembro y establecer allí su nueva residencia. Así, si se olvidan tales presupuestos, puede darse el caso de que el desplazamiento o la permanencia del menor en otro país se lleve a cabo sin el consentimiento del otro progenitor, dando lugar a un traslado o retención ilícitos¹.

2. Las dificultades no terminan ahí, habida cuenta que, ante un supuesto de un traslado o retención ilícitos intra Unión Europea, la solución se articula a través de dos instrumentos: El Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (en adelante, RBII ter)², en vigor desde el 1 de Agosto de 2022³ y el Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 octubre 1980 (en adelante, CH 1980)⁴, que operan ambos en torno al concepto de residencia habitual del menor⁵. Ténganse en cuenta que, ante un supuesto de sustracción internacional de menores, el éxito de la solicitud de restitución dependerá de que se acredite que el niño tenía efectivamente la residencia habitual en Estado anterior al de su desplazamiento o retención ilícitos; de ahí que, en primer término, resulte preciso establecer el país en el cual se encuentra dicho lugar. Esto, en bastantes ocasiones, no constituye una tarea sencilla, toda vez que ni el RBII ter ni el CH 1980 ofrecen una definición de qué debe entenderse por residencia habitual del menor. Luego, se trata de un concepto jurídico indeterminado⁶, cuya

¹ Acerca de los factores que han influido en el incremento de los supuestos de sustracción internacional de menores, Vid. A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Mediación y secuestro internacional de menores: Ventajas e inconvenientes”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2014), Vol. 6, Nº 2, pp. 130-146. En esta obra, la citada autora pone de relieve como “El «secuestro internacional de menores» se ha convertido en un fenómeno social globalizado”.

² Sobre la regulación de la sustracción de menores en el RBII ter, consúltese: M. GONZÁLEZ MARIMÓN, “La regulación de la sustracción internacional de menores en el reglamento Bruselas II Ter y sus principales novedades: hacia una mejor protección del interés superior del menor”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2022), Vol. 14, Nº 1, pp. 286-312.

³ Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores, “DOUE” núm. 178, de 2 de julio de 2019.

⁴ Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980, “BOE” núm. 202, de 24/08/1987.

⁵ Sobre la relevancia de este criterio, no puede desconocerse que es la residencia habitual del menor la que determina el órgano jurisdiccional sobre el que recae la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental, así como el carácter lícito o ilícito del traslado o la retención del menor, en orden a ordenar o no el retorno inmediato del niño. En referencia a este tema, Vid. A-L. CALVO CARAVACA, “El Derecho internacional privado de la Unión Europea. Valores y principios regulativos”, *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS*, Vol. XV, núm. 1, 2020, pp. 22-23 y D. CARRIZO AGUADO, “Particularidades acerca de la autoridad judicial competente en supuestos de sustracción ilícita de menores en aras del Reglamento (CE) 2201/2003”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2020), Vol. 12, Nº 2, pp. 267-282.

⁶ En cuanto a las dificultades que plantea la concreción de la residencia habitual del menor en tanto que concepto jurídico indeterminado, Vid.: B. CAMPUZANO DÍAZ, “El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111: análisis de las mejoras en las relaciones con

concreción precisará de una interpretación autónoma⁷, atendiendo a la finalidad de las normas y a las circunstancias del caso concreto. En este sentido, cabe señalar que, como más adelante se desarrollará, este vacío legal está siendo integrado a través de la jurisprudencia del TJUE, que ha ido dejando sentados los criterios que pueden servir como fundamento para fijar la residencia habitual del menor a la hora de aplicar el RBII bis⁸, que igualmente resultarán de aplicación en lo relativo al vigente RBII ter. De la misma manera y por lo que respecta al CH 1980, como guía a esta labor de interpretación, puede resultar ilustrativo el Informe explicativo del Convenio⁹

3. Las vicisitudes señaladas no son ajenas a los asuntos que deben resolver los juzgados y tribunales españoles¹⁰, como es el caso de la Audiencia Provincial de Salamanca, cuya Sentencia nº 844/2022, de 2 de noviembre¹¹, en la que, justamente, se suscita la cuestión de la determinación de la residencia habitual del menor en el marco de un procedimiento de sustracción internacional de menores, cuyo análisis se abordará a lo largo del presente trabajo.

4. Seguidamente, se extraerán las notas principales del concepto de residencia habitual del menor, tal como se desprende de la jurisprudencia del TJUE, las cuales se pondrán en relación con el fallo de la SAP Salamanca, con objeto de dilucidar si el planteamiento del Tribunal resulta acorde con el espíritu de los instrumentos legalmente aplicables.

el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 sobre responsabilidad parental” *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2020), Vol. 12, Nº 1, p.110 ; S. GOYENCHE ECHEVERRÍA, “Residencia habitual del menor en un supuesto de responsabilidad parental: la compleja concreción de un concepto jurídico indeterminado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Septiembre 2022), Vol. 14, Nº 2, pp. 1100-1107; y N. MAGALLÓN ELÓSEGUI, “La difícil determinación de la residencia habitual del menor en los supuestos de responsabilidad parental”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2021), Vol. 13, Nº 2, pp. 819-828.

⁷ Sobre la necesidad de crear un concepto autónomo sobre la residencia habitual del niño, véase: L.A. PÉREZ MARÍN, “Propuesta de un concepto europeo de residencia habitual en derecho de familia internacional”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVIII, 2018, pp. 469-494; L. A. PÉREZ MARTÍN, “El interés superior de los niños y las niñas. De nuevo sobre la necesidad de la creación del concepto autónomo de su residencia habitual. Auto de 24 de octubre de 2019 Sección Decimosegunda de la Audiencia Provincial de Barcelona”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2020), Vol. 12, Nº 2, pp. 1119-1127; y M. GONZÁLEZ MARIMÓN, “Un paso más en el proceso de armonización del Derecho privado europeo: La concreción por el TJUE del concepto de residencia habitual del menor recogido en el Reglamento Bruselas II bis”, *Rev. Bolív. de Derecho* Nº 30, julio 2020, pp. 470-495.

⁸ Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000, “DOUE” núm. 338, de 23 de diciembre de 2003).

⁹ E. PÉREZ-VERA, *Informe explicativo del Convenio HCCH sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, 1982.

¹⁰ La preocupación por el notable incremento de los asuntos de sustracción internacional de menores propició que por parte de la Fiscalía General del Estado se dictase la Circular 6/2015, de 17 de noviembre, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=FIS-C-2015-00006>), cuyo apartado 4.4.3 se dedica a precisar el concepto de residencia habitual. El citado apartado dispone que: “En cuanto a la determinación de la residencia habitual, se trata de una cuestión que habrá de decidir en cada caso el órgano jurisdiccional ante el que se plantee la solicitud de retorno”. En concreto, la Fiscalía General del Estado se remite a la Resolución del Comité de Ministros del Consejo de Europa para la unificación de los conceptos de domicilio y de residencia de 18 de enero de 1972, que “establece que la residencia se determina en base a criterios de hecho y no en función de una autorización de residencia y que para determinar su habitualidad habrá de tenerse en cuenta su duración, su continuidad y cualquier otro hecho que revele lazos estables entre una persona y un lugar”. De la misma manera, alude a los criterios para la determinación de la residencia habitual en el ámbito de la Unión Europea. En este sentido, el epígrafe 5.3 de la citada Circular recoge las directrices sentadas por el TJUE en relación con el Reglamento 2201/2003, observando que “el Tribunal de Justicia ha dado en diversas ocasiones una definición de residencia habitual, en el sentido de que es “el lugar en que la persona ha fijado, con carácter estable, el centro permanente o habitual de sus intereses que, a los fines de determinar dicha residencia, han de tenerse en cuenta todos los elementos de hecho constitutivos”. Indica igualmente la Fiscalía que el TJUE considera la residencia habitual del niño como el “lugar donde el menor tiene una cierta integración en un entorno social y familiar”. A este respecto, se cita la STJUE 22 diciembre 2010, asunto C-497/10 PPU, B. Mercredi y. R. Chaffé, en la cual se establece que “importa ante todo la voluntad del interesado de fijar en ese Estado el centro permanente o habitual de sus intereses con la intención de conferirle un carácter estable”. En el caso de menores de corta edad viene “determinado por la persona o las personas de referencia con las que vive el menor, que lo guardan efectivamente y cuidan de él”.

¹¹ SAP Salamanca nº 844/2022, de 2 de noviembre (ECLI:ES:APSA:2022:844).

II. Consideraciones acerca de la determinación de la residencia habitual del menor

1. El concepto de residencia habitual del menor en la jurisprudencia del TJUE: Líneas generales¹²

5. Como se ha puesto de manifiesto al principio de este trabajo, el papel desempeñado por el TJUE ha resultado esencial a la hora de colmar la laguna legal que presentaba el RBII bis, al no definir la noción de residencia habitual del menor, un vacío que no se ha corregido en el vigente RBII ter, que tampoco ha incorporado ninguna definición al respecto¹³. No se olvide aquí que la interpretación del Derecho de la Unión Europea, vía cuestión prejudicial, garantiza la aplicación uniforme del Derecho de la Unión en todos los Estados miembros, evitando las diferencias interpretativas entre los distintos órganos jurisdiccionales de los Estados miembros¹⁴. Así, son numerosos los pronunciamientos del TJUE en relación con el funcionamiento del RBII bis, en los cuales ofrece las pautas para determinar la noción de residencia habitual del menor en supuestos de responsabilidad parental transfronterizos, cuestión que no resulta pacífica y respecto de la cual surgen frecuentes controversias¹⁵.

6. En este sentido, en el Asunto C-523/07 A [2009]¹⁶ el Tribunal, a los efectos de la aplicación del RBII bis y siguiendo la idea proveniente de los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, identifica la residencia habitual del menor como el lugar donde se sitúa el centro de los intereses del menor, exigiendo que exista una cierta integración del niño en su entorno social y familiar. Ello, habida cuenta que del término “habitual” se desprende “cierta regularidad o estabilidad en la residencia”. Ahora bien, aunque se tiene en cuenta la presencia física del menor en un Estado miembro, se exige que no se trate de una presencia ocasional o temporal. A tal fin, habrá que tomar en consideración

¹² Este tema fue abordado ya por esta misma autora en M. J. SÁNCHEZ CANO, “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Reglamento Bruselas II-bis: litigios sobre menores”, *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Derecho Internacional Privado* / coord. por A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2021, pp. 249-263.

¹³ No se olvide aquí que para conocer de los litigios relativos a la responsabilidad parental que presenten un elemento internacional, el art.7 RBII ter y el art.8 RBII bis, como regla general, atribuyen competencia judicial internacional a los Tribunales del Estado miembro de la residencia habitual del menor en el momento de presentación del asunto ante dichas autoridades. Ello, con las salvedades de los arts 8-9 RBII ter y de los arts. 9 y 10 RBII bis, en los cuales los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual anterior conservan su competencia. Por lo que respecta a los supuestos de sustracción de menores entre Estados miembros de la Unión Europea, hay que recalcar que los tribunales del Estado miembro de la residencia habitual del niño anterior al traslado ilícito conservan su competencia con las condiciones del art.9 RBII ter/10 RBII bis (STJUE 10 abril 2018, C-85/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:220).

La realidad es que este vacío legal está siendo integrado por la jurisprudencia de distintos órganos jurisdiccionales, particularmente, cuando han de resolver supuestos de sustracción internacional de menores. Así lo indica, I. LORENTE MARTÍNEZ, “Competencia judicial internacional de los tribunales españoles en los casos de sustracción de menores. El trato desigual en situaciones similares”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2019), Vol. 11, No 1, p.829. A este respecto, considera CARRASCOSA GONZÁLEZ que, además de una laguna, es posible concluir que el legislador europeo podría haber incurrido en un error, en tanto que no ha sabido precisar el concepto legal de residencia habitual. El citado autor valora asimismo la posibilidad de que el legislador conscientemente no haya definido este concepto, dejando este extremo a un posterior desarrollo jurisprudencial. O lo que es lo mismo, con la intención de que sean los tribunales los que lo desarrollen, atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto. Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Litigación internacional, responsabilidad parental y foro de la residencia habitual del menor en un Estado miembro. Un estudio jurisprudencial”, en M.A. CEBRIÁN E I. LORENTE MARTÍNEZ (Dir.), *Protección de Menores y Derecho Internacional Privado*, Granada, Comares, 2019, p.315.

¹⁴ Pese a las numerosas resoluciones que ha emitido el TJUE, estableciendo los factores que se han de tomar en consideración para precisar la residencia habitual del menor, algunos autores indican que “dichos factores se prestan a ser aplicados de forma diferentes por los Estados miembros”. Vid. B. CAMPUZANO DÍAZ, “El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111: análisis de las mejoras...cit”, p.110.

¹⁵ Para mayor información sobre el tema, consúltese J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Litigación internacional, responsabilidad parental y foro de la residencia habitual del menor en un Estado miembro. Un estudio jurisprudencial”, en M.A. CEBRIÁN E I. LORENTE MARTÍNEZ (Dir.), *Protección de Menores y Derecho Internacional Privado*, Granada, Comares, 2019, pp.306-323, B. CAMPUZANO DÍAZ, “Una nueva sentencia del TJUE sobre el concepto de residencia habitual en el marco del Reglamento 2201/2003: Sentencia de 17 de octubre de 2018, UD y XB, AS. 393/18 PPU”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2019), Vol. 11, Nº 2, pp. 462-471 y L.A. PÉREZ MARÍN, “El interés superior de los niños y las niñas, de nuevo sobre la necesidad de la creación del concepto autónomo de su residencia habitual. Auto de 24 de octubre de 2019 Sección Decimosegunda de la Audiencia Provincial de Barcelona”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2020), Vol. 12, Nº 2, pp. 1119-1127.

¹⁶ STJUE (Sala Tercera) 2 abril 2009 (C-523/07, ECLI:EU:C:2009:225).

“las condiciones y razones de la permanencia del menor en el territorio de un Estado miembro, así como su nacionalidad”, además de otras circunstancias, tales como la duración y regularidad de la residencia en un Estado miembro, las relaciones familiares y sociales del menor, el lugar de asistencia a la escuela, etc.

7. El TJUE se pronunció en idéntico sentido en el Asunto C-497/10 PPU¹⁷. En este caso, además de los criterios mencionados en la primera de las resoluciones examinada, añade el Tribunal que habrá que atender igualmente a la edad del menor, los orígenes geográficos y familiares de la madre, así como las relaciones familiares y sociales que mantienen ésta y el menor en el mismo Estado miembro. Concluye el TJUE aquí que es al órgano jurisdiccional nacional al que corresponde determinar la residencia habitual del menor teniendo en cuenta la totalidad de las circunstancias de hecho específicas de cada caso y que de concluir que no puede identificarse la residencia habitual del menor, la determinación del órgano jurisdiccional competente debería realizarse conforme al criterio de la “presencia del menor” en virtud del artículo 13 del Reglamento.

8. No obstante, en el Asunto C-499/15¹⁸, el TJUE dispone que “la determinación de la residencia habitual de un menor en un Estado miembro requiere, como mínimo, que el menor haya estado físicamente presente en ese Estado miembro”, sin que a tal fin resulte suficiente que una de las nacionalidades del menor sea la de dicho Estado. Como tampoco son relevantes las circunstancias culturales del menor (Asunto 512/2017)¹⁹. La presencia física del menor en un Estado miembro también es tomada en consideración a la hora de interpretar el art.8 RBII bis por el Tribunal de Justicia Europeo, en el Asunto C-393/18 PPU²⁰.

9. Por otra parte, el TJUE ha dejado bien sentado que la intención de los padres no resulta ser criterio determinante para fijar la residencia habitual del menor en el momento de precisar donde se sitúa la residencia habitual del niño al tiempo de presentación de la demanda. Más aún, cuando la titularidad de la guarda y custodia del menor la ostentan ambos progenitores, supuesto en el cual debe valorarse la intención de éstos por separado. Así se desprende de los Asuntos C-111/17 PPU²¹ y C-512-17²².

10. En definitiva, conforme a la interpretación que lleva a cabo del art.8 RBII bis el TJUE, la determinación del lugar en que se sitúa la residencia habitual del menor, en el sentido del citado Reglamento, básicamente encuentra su fundamento en circunstancias objetivas, tales como las que se han examinado en la presente exposición. De este modo, para atender a otros elementos subjetivos que pudieran concurrir en el caso concreto, como la intención de los padres de establecerse con el menor en un Estado miembro, los mismos deberán estar siempre corroborados por datos externos, tales, como la compra o el alquiler de una vivienda en el Estado miembro de destino (Asunto C-523/07)²³.

2. Residencia habitual del menor, sustracción internacional de menores y bebé *in útero*

11. Después de haber expuesto las líneas generales de la jurisprudencia del TJUE en relación con el concepto de residencia habitual en materia de responsabilidad parental, parece oportuno detenerse en el Asunto C-512-17²⁴, en tanto que resulta relevante a los efectos del presente trabajo, por presentar algunas similitudes con la SAP Salamanca, que será objeto de análisis con posterioridad.

¹⁷ STJUE (Sala Primera) 22 diciembre 2010 (C- 497/10 PPU, ECLI:EU:C:2010:829).

¹⁸ STJUE (Sala Primera) 15 de febrero 2017 (C-499/15, ECLI:EU:C:2017:118).

¹⁹ STJUE (Sala Quinta) 28 de junio 2018 (C 512/17, ECLI:EU:C:2018:513).

²⁰ STJUE (Sala Primera) 17 octubre 2018 (C-393/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:835).

²¹ La citada resolución dispone que la “residencia habitual” es un concepto “ficticio” o “de hecho. Vid. STJUE (Sala Quinta) 8 junio 2017 (C-111/17 PPU, ECLI:EU:C:2017:436).

²² STJUE (Sala Quinta) 28 de junio 2018 (C 512/17, ECLI:EU:C:2018:513).

²³ STJUE (Sala Tercera) 2 abril 2009 (C-523/07, ECLI:EU:C:2009:225).

²⁴ STJUE (Sala Quinta) 8 junio 2017 (C-111/17 PPU, ECLI:EU:C:2017:436). Esta sentencia ha sido comentada por J. CARRASCOSA, GONZÁLEZ, “Residencia habitual del menor y madre que viaja embarazada para dar a luz en otro país ¿Grecia o Italia? El TJUE «With both feet on the ground»”, <http://accursio.com/blog/?p=749>

12. Se trataba de un supuesto en el cual la menor había nacido por voluntad de sus padres (un varón italiano y una mujer griega) en un Estado miembro distinto de aquel en el que éstos tenían su residencia habitual (la niña nació en Grecia y sus padres tenían su residencia habitual en Italia). La intención de los progenitores era que la madre y la niña regresasen a Italia con posterioridad. La niña permaneció de forma continuada en Grecia, el Estado donde había nacido, durante los primeros meses de vida, tomando la madre la decisión de no regresar a Italia, Estado miembro en el que, como ya se ha indicado, se encontraba la residencia habitual de la pareja.

13. En este contexto el TJUE ha de dilucidar cómo debe interpretarse el concepto de “residencia habitual”, en el sentido del artículo 11, apartado 1, del RBI bis, con el fin de determinar si se halla ante un supuesto de retención ilícita. Ello para dar respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el órgano jurisdiccional remitente, que pregunta “si, en tal situación, la intención inicial de los padres en cuanto al regreso de la madre con el menor a ese último Estado miembro es un factor preponderante para considerar que dicho menor tiene en él su «residencia habitual», en el sentido del citado Reglamento, independientemente de que no haya estado nunca físicamente presente en dicho Estado miembro”.

14. A este respecto, el TJUE se remite al concepto de traslado o retención ilícitos de un menor que se desprende del art.11.2 RBII bis, de manera similar al art.3 CH 1980²⁵. Este precepto resulta aplicable en aquellos supuestos en los cuales el titular de la custodia solicite a las autoridades competentes de un Estado miembro que se dicte una resolución con arreglo al CH 1980, con objeto de conseguir la restitución de un menor que haya sido trasladado o retenido de forma ilícita en “un Estado miembro distinto del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos”. A este respecto, el Tribunal europeo deja claro que el concepto de residencia habitual es el eje principal que permitirá estimar la demanda de restitución, en tanto que se acredite que, inmediatamente antes del traslado o de la retención alegados, el menor tenía su residencia habitual en el Estado miembro al que se pide su restitución.

15. Dicho esto, además de reiterar su doctrina en relación con la noción de residencia habitual del menor a los efectos del RBII bis, en los términos explicados en el epígrafe anterior, el TJUE valora que en el caso de menores lactantes que se encuentran efectivamente bajo la guardia de su madre en un Estado miembro distinto de aquel en el que reside habitualmente el padre, habrá que atender a circunstancias tales como la especial duración, la regularidad, las condiciones y las razones de la estancia de la madre en el territorio del primer Estado miembro, los orígenes geográficos y familiares de la madre, así como las relaciones familiares y sociales que mantienen ésta y el menor en ese mismo Estado miembro.

16. Por otra parte, en cuanto a la intención de los progenitores de que la madre regresase acompañada de la niña al Estado miembro de la residencia habitual de aquéllos anterior al nacimiento de la menor, el TJUE deja bien sentado que considerar, como “regla general y abstracta”, que la residencia habitual de un lactante es necesariamente la de sus padres, sobrepasaría los límites del concepto de residencia habitual del RBII bis y resultaría contrario a “la lógica interna, a la eficacia y a la finalidad del procedimiento de restitución”.

17. A juicio del TJUE, conforme al CH 1980 y al art.11.1 RBII bis, tampoco es decisivo para determinar la residencia habitual de la menor el hecho de que los padres ejerzan conjuntamente el derecho de custodia y que, en consecuencia, la madre no pudiera decidir sola el lugar de residencia de la niña. Como tampoco resulta determinante el consentimiento del padre o la ausencia del mismo, para que la menor resida en ese lugar. Ello porque, siguiendo al Tribunal de Justicia, de acuerdo con el art.3 CH 1980 y el art.11.2 RBII bis, “la licitud o ilicitud de un traslado o una retención se aprecia en función del derecho de custodia atribuido con arreglo al Derecho del Estado miembro en el que el menor tenía

²⁵ El citado precepto se refiere “al traslado o a la retención de un menor que se haya producido con infracción de un derecho de custodia adquirido por resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos de conformidad con la legislación del Estado miembro en donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención”.

su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención”. Por consiguiente, entiende el Tribunal que, a los efectos de una solicitud de restitución, “la determinación del lugar de la residencia habitual del menor precede a la identificación del derecho de custodia eventualmente vulnerado”.

18. Asimismo, el TJUE recuerda que uno de los objetivos del CH 1980 y del art.11 RBII bis es restablecer la situación que existía antes del traslado o retención ilícitos del menor, de manera que el niño sea devuelto al “entorno que le es más familiar”, restaurando “la continuidad de sus condiciones de vida y desarrollo”. Teniendo cuenta dicho objetivo, el Tribunal de Justicia concluye que, en el caso examinado, “el supuesto comportamiento ilícito de uno de los padres no puede justificar por sí solo que se acceda a la demanda de restitución del menor y que éste sea trasladado del Estado miembro en el que ha nacido y en el que ha permanecido regularmente de forma continua a un Estado miembro que no le es familiar”.

19. En atención a todo lo expuesto, el TJUE concluye que, en el presente caso, el artículo 11.1 RBII bis “no puede interpretarse en el sentido de que, inmediatamente antes de la retención alegada por el padre, el menor tenía su residencia habitual, en el sentido de dicha disposición, en el Estado miembro de la residencia habitual de sus progenitores antes de su nacimiento. Por consiguiente, la negativa de la madre a regresar a ese Estado con el menor no constituye “traslado o retención ilícitos” del menor, en el sentido de esa disposición”.

II. Comentario de la SAP Salamanca nº 844/2022, de 2 de noviembre

1. Antecedentes de hecho y fundamentos jurídicos

20. La SAP Salamanca resuelve el recurso de apelación formulado por la madre de un menor de edad frente a la resolución dictada, el día 12 de agosto de 2022, por el Juzgado de Primera Instancia Nº 8 de Salamanca, que en un procedimiento de sustracción intra Unión Europea, iniciado a solicitud del otro progenitor, declaró que el traslado del menor a nuestro país era un traslado ilícito, y en consecuencia, acordó el retorno del niño a su lugar de residencia habitual en Italia, otorgando a la madre un plazo de 10 días para hacer efectivo dicho pronunciamiento, a contar desde la firmeza de la sentencia.

21. Como se ha indicado, la madre interpuso recurso de apelación frente a la sentencia dictada en primera instancia, interesando que se dictase nueva sentencia, revocando la anterior, y por la que se acordase que no se había producido el traslado ilícito del menor a España y que se decretase el no retorno del niño a Italia. La recurrente fundamenta su recurso en la existencia de error en la valoración de la prueba por el juez de instancia, sobre la base de que, a su entender y contrariamente a lo que entiende el Juez “a quo”, no ha quedado acreditado que la residencia habitual del menor se encontrase en Italia, ni que se hubiera producido una sustracción o traslado ilícito del menor. A este respecto, la apelante aduce que el niño se encuentra en España y que reside en nuestro país con el consentimiento tácito del progenitor, que viven en la casa de la abuela materna y que el menor desde su nacimiento ha residido con pleno consentimiento del otro progenitor en España.

22. Por tanto, la progenitora recurrente insiste en que no ha habido traslado ilícito, habida cuenta de que el niño ha vivido siempre en Salamanca, siendo en esta ciudad donde reside habitualmente, con independencia de los desplazamientos que se hayan podido realizar a Lanzarote o a Italia, con objeto de visitar a la tía del menor, en el primer caso, y al padre y abuelos del niño, en el segundo supuesto. Y sin que la permanencia del menor en España tenga ninguna relación con la COVID. Indica, asimismo, la recurrente que los padres y abuelos del menor también viajaron a España para visitar al niño.

23. En referencia a la guarda y custodia sobre el menor, la progenitora indica que es ella quien ha permanecido interrumpidamente con el niño, haciéndose cargo de su cuidado y protección, así como ejerciendo la guarda y custodia efectiva del mismo. Mientras que el padre ha sido “un menor visitador”.

24. Tanto el Ministerio Fiscal como la representación procesal del padre del menor, se opusieron al recurso de apelación planteado de contrario, solicitando la confirmación de la resolución de instancia.

25. El mencionado recurso de apelación fue desestimado por la Audiencia Provincial de Salamanca, confirmando la sentencia dictada en primera instancia, estableciendo que el régimen jurídico aplicable al asunto enjuiciado se sitúa en los arts.3 y 5 CH 1980. De otro lado, para determinar si el traslado del niño podía calificarse como ilícito, el Tribunal “ad quem” valora las siguientes circunstancias:

- 1ª) Los progenitores mantuvieron una relación sentimental de pareja de hecho, fruto de la cual nació el hijo objeto del proceso. El nacimiento del menor tuvo lugar en 2020, en Salamanca, donde la madre se había trasladado poco antes de dar a luz.
- 2ª) En los autos obra suficiente prueba documental (carta de identidad italiana tarjetas sanitarias de dicho país, renovación del permiso de residencia en Italia, vida laboral emitida por las autoridades italianas, documento emitido por la oficina de empleo italiana, copia del contrato de trabajo suscrito por la apelante con una empresa italiana, certificado de embarazo emitido por médico de Italia y solicitudes ulteriores, documentos emitidos desde el año 2013 hasta enero de 2020), que, a juicio de la Audiencia, acredita la larga permanencia en Italia de la apelante, donde se dice que incluso llegó a contraer matrimonio en 2013 con otro ciudadano italiano. Dicha prueba documental desvirtúa, a juicio de la Sala, las alegaciones de la recurrente, relativas a que su residencia habitual siempre se ha encontrado en España, con temporadas en Lanzarote e Italia.
- 3ª) Según entiende el Tribunal “ad quem”, ha quedado probado, a través de la vida laboral, que la residencia habitual del padre se ha venido situando en Italia, país en el que continúa residiendo y en el cual posee una vivienda en la que residía con la apelante y el menor hasta el traslado ilícito de éste a España.

26. Por lo que respecta a la titularidad de la responsabilidad parental del menor, la Audiencia Provincial de Salamanca alcanza la conclusión de que no ha quedado acreditado que la misma correspondiese de forma exclusiva a la madre, sino más bien que el ejercicio de la responsabilidad parental en relación con el hijo corresponde de forma conjunta a ambos progenitores. La Sala razona su respuesta sobre la base de la ley italiana correspondiente a la nacionalidad del padre, y de la ley española, advirtiendo, en este caso, que la nacionalidad de la madre es colombiana, pero, que el nacimiento del hijo se inscribió en el Registro Civil de Salamanca.

27. Por último, la Audiencia se pronuncia acerca de si el traslado a España fue consentido de forma tácita por el padre. Sobre este particular, el Tribunal “ad quem” establece las premisas que a continuación se exponen:

- 1ª) El padre no manifestó inconveniente alguno a que la madre se trasladará a España para el nacimiento de su hijo, ni tampoco para que viajase a nuestro país de manera temporal. Ahora bien, de este dato, a juicio de la Sala, no cabe deducir que el padre emitiera su consentimiento previo para que el hijo se trasladase a España definitivamente.
- 2ª) De la prueba practicada (conversaciones de whatsapp, mantenidas durante marzo y abril de 2022, en las que la pareja parecía darse otra oportunidad), se demuestra que la tardanza del padre en interponer la demanda instando la restitución del menor no se debió a su tolerancia al traslado del niño. En este punto, advierte la Sala que el progenitor formuló la demanda de restitución inmediatamente después de que la apelante promoviese demanda sobre guarda y custodia y pensión de alimentos respecto del hijo, ante los Juzgados de primera instancia de Salamanca, momento en que fue evidente su intención de quedarse en España con el niño. En dicho procedimiento, el ahora apelado planteó declinatoria, siendo esta estimada por el Juez de primera instancia, por auto de 29 de julio de 2022, que declaró que la residencia del menor se encontraba en Italia y que, por tanto, la competencia para conocer de la demanda

interpuesta por la progenitora recaía en los tribunales italianos. Sin que conste que dicha resolución fuese recurrida.

28. En atención a lo expuesto, la Audiencia Provincial de Salamanca resuelve que el caso examinado constituye un supuesto de traslado ilícito del art. 3 del CH 1980 y en consecuencia, desestima el recurso de apelación de la madre, confirmando la sentencia de instancia.

2. Análisis del fallo

29. Primeramente, hay que advertir que para realizar el presente comentario jurisprudencial se parten de los datos que figuran en la SAP Salamanca, que, en determinados aspectos resultan insuficientes. Tampoco ha sido posible conocer los razonamientos de la sentencia de instancia ni de la resolución por la cual se estimó la declinatoria planteada por el padre. Asimismo, se carece del material probatorio del que dispusieron tanto el Juzgado de Primera Instancia nº8 de Salamanca como la Audiencia Provincial, que son los que se encuentran en mejor situación para emitir una resolución. Por este motivo, los elementos de juicio con que se cuentan para llevar a cabo el análisis del fallo de dicha resolución resultan insuficientes para determinar con exactitud donde se situaba la residencia habitual del menor en el momento de interponer la demanda de restitución, a fin de establecer si el traslado o retención del niño podía considerarse ilícito. No obstante, sí que es posible valorar la adecuación de la fundamentación jurídica de la Sentencia conforme a lo dispuesto en el RBII bis (al parecer, aplicable en el momento de interposición de la demanda, habida cuenta las fechas en que se dictan las resoluciones de instancia) y del CH 1980, a la luz de la jurisprudencia del TJUE estudiada en apartados anteriores.²⁶

30. Dicho esto, lo primero que sorprende al leer la fundamentación jurídica de la sentencia es que el régimen jurídico que declara aplicable la Audiencia Provincial al supuesto enjuiciado se centra únicamente en los arts.3 y 5 CH 1980, analizando la finalidad del Convenio a la luz de la Exposición de Motivos y del Informe Explicativo, lo cual se pone en relación con la doctrina sobre el procedimiento de restitución y la integración del menor, de acuerdo con el art.12 CH 1980, sentada por nuestro Tribunal Constitucional. En este punto, hay que observar que, a lo largo de la sentencia, la Sala obvia por completo los preceptos de la normativa de la Unión Europea donde se regulan la sustracción de menores y la restitución (en particular, el art.11 RBII bis o en su caso, los arts.22 y ss. RBII ter), y que resultarían de aplicación, dado que el caso de autos constituye un hipotético traslado o retención ilícitos que tiene lugar entre Estados miembros de la Unión Europea.

31. En segundo término, la Audiencia Provincial se pronuncia acerca de la licitud del traslado del menor, para lo cual el Tribunal “ad quem” realiza una valoración de la prueba obrante en el procedimiento con el objetivo de determinar el lugar de residencia habitual del niño. Sobre este particular, al igual que en el Asunto C-512-17, antes estudiado, no existe discusión alguna acerca de que la madre se trasladó a España con la finalidad de dar a luz en nuestro país, donde finalmente nació el niño y ello, con la aquiescencia del padre. No obstante, a diferencia del mencionado Asunto C-512-17, de los datos que se recogen en la sentencia, se desprende que el menor no permaneció de forma continuada en España; si bien las versiones del padre y de la madre resultan contradictorias, por lo que existe controversia acerca de si la residencia habitual del niño se sitúa en España con el consentimiento del padre, con desplazamientos a Italia para visitar al progenitor y a la familia paterna, o si, por el contrario, el menor reside habitualmente en Italia y se desplaza ocasionalmente a nuestro país, no habiendo otorgado el padre el consentimiento para su traslado permanente a España y negándose la madre en un momento dado a regresar con el niño a Italia.

²⁶ Aquí, hay que advertir la SAP Salamanca no indica la fecha en que tuvo lugar la interposición de la demanda de restitución del menor, si bien, de los datos que figuran en la sentencia se deduce que bien pudo ser anterior al 1 de agosto de 2022, en que entró en vigor el RBII ter.

32. A este respecto, hay que señalar que, como ya se ha explicado más arriba, la SAP valora prueba documental consistente en documentos emitidos por las autoridades italianas en fechas anteriores al desplazamiento de la recurrente a nuestro país y al nacimiento del niño en España, de las cuales considera que se acredita que la madre siempre ha tenido su residencia habitual en Italia, afirmando que no se han aportado pruebas de la residencia en España de la apelante ni antes ni después del nacimiento del menor. En cuanto al padre, la Audiencia entiende que la prueba documental hace prueba de su residencia habitual en Italia, donde se demuestra que tiene un piso de su propiedad en el cual residían también la madre y el niño, razonando que en su mayor parte se trata de documentos oficiales. Con todo, no puede desconocerse que, como ya se ha indicado, la residencia habitual es un concepto de hecho y por consiguiente, no puede supeditarse a la existencia de datos jurídicos, como pudieran ser la inscripción del menor en Registros o padrones municipales u otros mecanismos de control administrativo, así como tampoco al domicilio legal o fiscal, o a la nacionalidad o a la autorización de residencia o trabajo en un país²⁷.

33. Vistos los argumentos de la Audiencia Provincial, da la sensación de que el Tribunal “ad quem” ha pretendido acreditar que la residencia habitual del niño se encuentra en Italia a través de la prueba de que la residencia de sus padres siempre ha estado en dicho país, sin entrar a examinar las circunstancias propias del menor. No se olvide aquí que se trata de un niño de muy corta edad (escasamente dos años), nacido en España y respecto del cual la madre sostiene que reside en nuestro país, motivo por el cual, suponer que su residencia habitual es obligatoriamente la que tenían sus progenitores, de darse los presupuestos establecidos por la jurisprudencia del TJUE, podría exceder de los términos de la noción de residencia habitual del menor del RBII bis y del RBII ter y resultaría contrario a la eficacia y a la finalidad del procedimiento de restitución del CH 1980²⁸.

34. Lo cierto es que la Sentencia no incluye referencia alguna a la abundante doctrina del TJUE en relación con la determinación del concepto de residencia habitual del menor a los efectos del RBII bis, que, en cualquier caso, operaría también respecto del RBII ter. En consecuencia, con carácter general, tampoco tiene en cuenta los criterios interpretativos que ha dejado sentados el Tribunal de Justicia a tal fin. En este sentido, aunque la demandante alega que vive con su madre, la Audiencia toma en consideración para acreditar la no residencia del menor en España que la apelante no aporta contrato de alquiler de una vivienda en nuestro país, mientras que para fijar la residencia en Italia atiende a que el progenitor tiene una vivienda en propiedad en Italia, términos que se contemplan en el Asunto C-523/07 como factores periféricos que pueden ser de utilidad para corroborar la intención de los padres de que la madre regresase a Italia con el menor tras su nacimiento en España.

35. No obstante, se echa en falta el análisis de otros elementos fácticos sobre los cuales, según el TJUE, se debe reflexionar para establecer donde se encuentra la residencia habitual del menor. Así, la Sala no valora variables tales como el lugar donde se sitúa el centro de los intereses del menor, la especial duración e integración del niño en su entorno social y familiar, así como las relaciones familiares y sociales que mantienen la madre y el menor en España, la regularidad, la posible estabilidad en el lugar de residencia o si asiste al colegio o a la guardería en España. Tampoco es posible conocer si dichos extremos fueron apreciados en primera instancia o por el Juzgado que conoció la declinatoria planteada por el padre, cuyo auto ha servido como argumento a la Audiencia Provincial para ratificarse en que es Italia el país de la residencia habitual del menor anterior al traslado a nuestro país.

²⁷ En tal sentido, Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Posible reconciliación de los padres y determinación de la residencia habitual del menor a efectos del Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. De nuevo habla la casación italiana”, <http://accursio.com/blog/?p=1625>. Observa este autor que “la mera situación de «alta» en un padrón municipal de habitantes en España puede haber sido decidida unilateralmente por otra persona, de modo que dicha situación, en sí misma, no supone que el menor tenga en dicho Estado su residencia habitual. Lo contrario sería alterar el concepto de residencia habitual que maneja el Convenio de La Haya”.

²⁸ En supuestos como el examinado, en el cual la madre en un principio se trasladó embarazada a España, país donde nació el niño, se dice que “el país donde reside una mujer embarazada es irrelevante para precisar la residencia habitual del menor al que va a dar a luz”. Vid. J. CARRASCOSA, GONZÁLEZ, “Residencia habitual del menor y madre que viaja embarazada para dar a luz en otro país ¿Grecia o Italia? El TJUE «With both feet on the ground»”, <http://accursio.com/blog/?p=749>

36. A mayor abundamiento, el Tribunal “ad quem” ni tan siquiera se pronuncia acerca del tiempo transcurrido desde que supuestamente el menor fue desplazado a España de manera ilícita y hasta el momento en que se presentó por el padre la solicitud de restitución. Ello, junto a la posible integración del menor en nuestro país, podría haber resultado relevante en orden a la posible aplicación del art.12 CH, que permite a la autoridad judicial denegar la restitución del menor si el procedimiento se hubiera iniciado después de la expiración del plazo de un año desde el traslado o retención ilícitos, de demostrarse que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio.

37. Por otra parte, debe observarse el planteamiento equivocado del que parte la Audiencia Provincial de Salamanca para concluir que el ejercicio de la responsabilidad parental corresponde de forma conjunta a ambos progenitores, en tanto que el art.3 CH 1980 no dispone que la ilicitud del traslado o la retención de un menor dependa de la ley de la nacionalidad del padre (italiana, en el supuesto examinado) ni de la ley del país en cuyo Registro Civil se haya inscrito el nacimiento del niño (la española, en este caso), como pretende la Audiencia. Por el contrario, el citado precepto, tal como recuerda el TJUE, establece que el traslado o retención del menor se considerarán ilícitos cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención. De ahí, que haya que determinar la residencia habitual del niño con carácter previo a dilucidar si se ha producido la vulneración del derecho de custodia en orden a apreciar la posible ilicitud del traslado o retención del menor en un Estado miembro. Y, por tanto, dado que la Sala había alcanzado la conclusión de que el niño antes del traslado ilícito residía con su madre y el otro progenitor en Italia, debió explicar que la licitud o no del desplazamiento dependería de lo que estableciese la ley italiana, en virtud del art.3 CH 1980, con independencia de que el padre sea nacional de dicho país.

38. Otro punto que pasa por alto la Audiencia Provincial es si el progenitor apelado ejercía de modo efectivo o material la custodia, como exige el art. 3 CH 1980, ni tampoco se pronuncia acerca de si el padre se encargaba del cuidado del menor (art.5 CH 1980)²⁹, incluso en esos periodos en los que no existía convivencia. En su lugar, la Sala se limita a reproducir que ha quedado probado que antes del traslado a España el menor y su madre residían en Italia con su progenitor. Ténganse en cuenta aquí que el Informe explicativo del Convenio, al que se refiere el propio Tribunal “ad quem”, dispone que la convivencia previa al traslado o retención del menor no es un dato significativo en orden a determinar si existe o no custodia efectiva, poniendo en mayor medida el acento en otra circunstancia, cual es que el titular de la custodia se encargue del cuidado del menor³⁰. No obstante, no hay que desconocer, que se trata de criterios interpretativos y en último término, el Informe deja a la discrecionalidad del Juez la decisión de si en un supuesto determinado la custodia se ejerce o no de manera efectiva³¹.

39. Tampoco resuelve la Audiencia si, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado, el derecho de custodia comprende la facultad de decidir sobre el lugar de residencia del niño (art.5.a) CH 1980).

²⁹ El Convenio no define la noción de “ejercicio efectivo” de los derechos de custodia, aunque el art.5 alude al cuidado de la persona del menor. Comparando el art.13 a) con el art.5, ambos del CH 1980, es posible concluir, siguiendo en este punto el Informe explicativo del Convenio, que “existe custodia efectiva cuando su titular se encarga del cuidado de la persona del menor, incluso si no conviven, por razones plausibles en cada caso concreto (enfermedad, estancia de estudios, etc.). Vid. E. PÉREZ VERA, Informe explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, p 33.

³⁰ El Informe explicativo aclara que “el Convenio ha hecho hincapié en la protección del derecho de los menores al respeto de su equilibrio vital, es decir del derecho de los menores a no ver alteradas las condiciones afectivas, sociales, etc. que rodean su vida, a menos que existan argumentos jurídicos que garanticen la estabilidad de la nueva situación.” Vid. E. PÉREZ VERA, Informe explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, p.21.

³¹ El estudio del art.3b) CH 1980 conforme al Informe explicativo del Convenio se aborda asimismo en M.J. SÁNCHEZ CANO, “La incidencia de la doctrina de los actos propios en la aplicación del CH 1980 a supuestos de sustracción internacional de menores. Comentario a la SAP Oviedo de 7 de abril de 2022”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2023), Vol. 15, Nº 1, pp. 1039-1051.

40. En todo caso, lo determinante para calificar el desplazamiento del menor como ilícito, no es tanto que el derecho de custodia se haya atribuido de manera conjunta o en exclusiva a su titular, sino que dicho traslado se haya llevado a cabo por uno de los titulares de la custodia conjunta sin el consentimiento del otro titular y por tanto, con infracción de los derechos de custodia de su titular, en tanto que habría hecho caso omiso a los derechos reconocidos legalmente al otro progenitor (art.3 en relación con el art.13, ambos del CH 1993)..

41. Esto enlaza con el último de los pronunciamientos de la Audiencia, cual es si el progenitor manifestó su consentimiento, aún de modo tácito, al traslado del menor a nuestro país y su residencia en España de manera permanente. La cuestión no es baladí, pues de acreditarse el consentimiento del padre reclamante, tampoco se habría producido infracción de los derechos de custodia de dicho progenitor, y por consiguiente, resultaría irrelevante que, con posterioridad, hubiera manifestado su desacuerdo al traslado de su hijo a España, iniciando el procedimiento de retorno previsto en el CH 1980.

42. Respecto al posible consentimiento del padre al desplazamiento y permanencia del menor en España, la Audiencia Provincial, concluye que no puede deducirse que haya existido dicha conformidad, ni tan siquiera tácita. Y ello, sobre la base de las declaraciones del progenitor apelado, que reitera que el padre accedió a que el nacimiento del menor tuviera lugar en España, si bien insiste en que no dio su consentimiento a un traslado permanente a nuestro país.

43. En este punto, cabe realizar dos puntualizaciones que no han sido tomadas en consideración por la Sala y que traen casusa de la jurisprudencia del TJUE:

- 1ª) Que la intención de los padres no es criterio determinante para fijar la residencia habitual del menor al tiempo de presentación de la demanda.
- 2ª) Que, ciertamente, hay casos en que ese consentimiento ha sido otorgado por el titular de la custodia por un tiempo determinado, lo que supondría que, si la situación persistiese fuera del límite temporal para el cual se consintió, el traslado o retención devendrían ilícitos³². No obstante, no hay que olvidar que el TJUE ha matizado esta afirmación, al disponer que cuando la titularidad de la guarda y custodia del menor la ostentan ambos progenitores debe valorarse la intención de éstos por separado, lo que no ha acontecido en el supuesto de autos, en el cual la Audiencia no realiza apreciación alguna acerca de los motivos por los cuales no considera acreditado el testimonio de la madre, fuera del dato de que no consta que recurriese el auto que estimaba la declinatoria formulada por el otro progenitor, sobre la base de que la residencia habitual del menor se situaba en Italia.

44. Por lo demás, respecto a la tardanza en ejercitar la acción de restitución por parte del padre, el Tribunal la justifica en elementos tales como las conversaciones de WhatsApp, que los progenitores mantuvieron durante el año 2022, en orden a una posible reconciliación. Como ya se ha indicado, la Audiencia bien pudo valorar el tiempo transcurrido entre el desplazamiento del menor y el ejercicio de la acción de restitución, a fin de verificar si concurrían los presupuestos del art.12 CH 1980, de los cuales dependería la procedencia o no de la orden de restitución. También hubiera resultado oportuno que la Audiencia se pronunciase acerca de si el hecho de que el padre entablase la demanda de restitución justo después de que la madre interpusiese demanda en reclamación de la guarda y custodia y alimentos respecto del hijo común, más que una señal de la ausencia de consentimiento a la permanencia del niño en nuestro país, pudiera constituir una respuesta contraria a la buena fe.

45. En definitiva, sin perjuicio de que, como ya se ha puesto de manifiesto, para realizar el presente comentario no se ha dispuesto de toda la información obrante en las actuaciones, en atención a lo

³² Vid. M. HERRANZ BALLESTEROS, “Análisis del consentimiento del progenitor al desplazamiento o la retención del menor en un Estado distinto al de su residencia habitual. su interpretación en el Auto de la Audiencia Provincial Barcelona

expuesto y habida cuenta los extremos que no han sido examinados por el Tribunal “ad quem”, parece razonable concluir que los argumentos de la SAP Salamanca no resultan suficientes para estimar la solicitud de restitución efectuada por el padre. Más aún, si se tiene en cuenta que el TJUE ha decretado que para ordenar la restitución de un menor no basta con que el comportamiento de uno de los progenitores resulte ilícito. Ello, puesto que, atendiendo a los objetivos del CH 1980 y también de los Reglamentos de la Unión Europea que regulan la sustracción de menores, lo primordial no es devolver al menor a un Estado miembro que no le resulta familiar, sino en restablecer la situación que existía antes del traslado o retención ilícitos del menor, al ordenar la restitución del niño únicamente al país en cuyo entorno social y familiar se encuentra integrado, garantizando de este modo “la continuidad de sus condiciones de vida y desarrollo”.

IV. Breve recapitulación final

46. Tal como se ha venido observando a lo largo del presente trabajo, la falta de concreción por el legislador europeo del concepto de residencia habitual del menor en el RBII bis y en el RBII ter, junto con la ausencia de definición de dicha noción en el CH 1980, provoca que sean los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros quienes deban identificar en cada caso concreto el lugar donde se encuentra la residencia habitual de un menor. Ello supone, en palabras del Profesor Javier Carrascosa, que los jueces y tribunales hayan de llevar a cabo un “day-to-day test” para verificar el país donde reside habitualmente un niño³³, lo que es particularmente relevante en los supuestos de sustracción internacional de menores, puesto que si la residencia del menor se sitúa en el Estado miembro requerido, la decisión de no restituir al menor por parte de la madre no puede considerarse ilícita y en consecuencia, la acción de restitución no podrá prosperar.

47. No obstante, no cabe duda de que la tarea de concretar el lugar de la residencia habitual del menor se simplifica en buena medida aplicando en cada caso concreto los criterios delimitadores sentados por el TJUE, que se han explicado en epígrafes anteriores. A este respecto, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros deberán atender a datos fácticos que les permitan localizar el lugar donde el menor tiene su centro social de vida, así como acreditar la integración del menor en dicho país.

48. La fundamentación de la SAP Salamanca analizada se centra en datos jurídicos, prescindiendo de la mayor parte de los elementos de hecho presentes en la situación, en tanto que no entra a valorar la totalidad de las circunstancias fácticas que concurren en el caso concreto, de acuerdo con las pautas establecidas por el TJUE para determinar la residencia habitual del menor. De ahí que sus razonamientos no se ajusten del todo al espíritu del CH 1980, dado que ante una sustracción de menores lo determinante es establecer donde se encuentra la residencia habitual del niño, habida cuenta que el mecanismo para lograr el retorno inmediato del menor únicamente opera en los supuestos en que el niño ha sido trasladado de modo ilícito a un país que no se corresponde con el de su residencia habitual.

³³ Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Posible reconciliación de los padres y determinación de la residencia habitual del menor a efectos del Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. De nuevo habla la casación italiana”, <http://accursio.com/blog/?p=1625>.

C-291/21, *Starkinvest*. Can a European Account Preservation Order be employed to secure a penalty payment?

C-291/21, *Starkinvest*. ¿Puede emplearse una orden europea de retención de cuentas para garantizar una multa coercitiva?

CARLOS SANTALÓ GORIS

*Lecturer at the European Institute of Public Administration (Luxembourg)
Institución*

Recibido: 19.07.2023 / Aceptado: 13.09.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.8111

Resumen: In case C-291/21, *Starkinvest*, the CJEU examined whether a judgment establishing a penalty order was a valid enforceable title to apply for an EAPO intended to secure an amount due to because of a penalty payment. When applying for an EAPO, creditors have to prove the likelihood to success on the substance of their claim or *fumus boni iuris*, unless they have an enforceable title. The CJEU found that the judgment establishing the penalty order was not a valid title that would prevent the creditor from satisfying the *fumus boni iuris*. Nonetheless, at the same time, the CJEU confirmed that the EAPO could be used to secure claims arising from a penalty payment, even if there is not a specific provision addressing it as in the Brussels I bis Regulation.

Palabras clave: European Account Preservation Order; Brussels I bis Regulation; penalty payment; claim; judgment; *fumus boni iuris*

Abstract: En el asunto C-291/21, *Starkinvest*, el TJUE examinó si una sentencia que establecía una multa coercitiva era un título ejecutivo válido para solicitar una OERC destinada a garantizar el crédito resultante de dicha multa coercitiva. Al solicitar una OERC, los acreedores tienen probar que su pretensión frente al deudor tiene probabilidades de prosperar en cuanto al fondo o *fumus boni iuris*, a menos que dispongan de un título ejecutivo. El TJUE consideró que la sentencia que fijaba la multa coercitiva no era un título válido que impidiera al acreedor satisfacer el *fumus boni iuris*. No obstante, al mismo tiempo, el TJUE confirmó que la OERC podía utilizarse para garantizar los créditos derivados de la multa coercitiva, aunque no exista una disposición específica que lo contemple como en el Reglamento Bruselas I bis.

Keywords: Orden europea de retención de cuentas; Reglamento de Bruselas I bis; multa coercitiva; crédito; decisión judicial; *fumus boni iuris*

Sumario: I. Introduction. II. One EAPO, two regimes. III. Background of case. IV. The CJEU's analysis. 1. A literal and systematic interpretation of the EAPO Regulation. 2. Balancing creditors and debtors' interests in the EAPO proceeding. 3. The EAPO Regulation in the light of the Brussels I bis Regulation. V. Overall assessment of the judgment.

I. Introduction

1. Regulation 655/2014 establishing the European Account Preservation Order introduced the first cross-border civil interim measure at EU level allowing the provisional attachment of the debtors' bank accounts.¹ On 20 April 2023, the Court of Justice ("CJ") rendered its second judgment concerning the EAPO Regulation.² C-291/21, *Starkinvest* presented the CJEU with the opportunity to explore whether a penalty payment can be secured by an EAPO. Penalty payments are a type of coercive sanction that intends to force defendants to comply with the obligations arising from judgment.³ Put simply, penalty payments are pecuniary fines that defendants might have to pay if they fail to comply with the obligation imposed by a judgment on the merits of the claim. Whether or not a penalty payment can be secured by an EAPO is something that the EAPO Regulation does not clarify.⁴

2. This article aims at offering an analysis of the judgment, focusing on the reasoning followed by the CJEU to answer the questions referred as well as the impact of the judgment on the interpretation of the EAPO Regulation.

II. One EAPO, two regimes

3. Before addressing the background and content of the judgment, it is useful to bear in mind one fundamental aspect of the EAPO proceeding, which is relevant for understanding the issue at stake in the case: the different regimes for creditors with an enforceable title and those without one.⁵ Article 5 of the EAPO Regulation states that creditors can apply for an EAPO either before having obtained an enforceable judgment, court settlement or authentic instrument⁶ or after having obtained one.⁷ That provision does not indicate what the differences are between applying for an EAPO at one stage or the other. Similar divergences are widespread and can be found in other provisions across the EAPO Regulation.⁸

4. The most significant divergences can be observed in the prerequisites creditors have to satisfy to obtain an EAPO. All creditors who apply for an EAPO have to submit "sufficient evidence to satisfy

¹ Regulation (EU) No 655/2014 of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 establishing a European Account Preservation Order procedure to facilitate cross-border debt recovery in civil and commercial matters, OJ L 189, 27.6.2014, p. 59–92 ("EAPO Regulation").

² CJEU, 20 April 2023, C-291/21, *Starkinvest*, ECLI:EU:C:2023:299.

³ E. VALLINES GARCÍA, "Article 55" in M. REQUEJO ISIDRO, *Brussels I Bis. A Commentary on Regulation (EU) No 1215/2012* (Edward Elgar), para. 55.05.

⁴ In this regard, *Van Calster* criticizes the fact that the EAPO Regulation does not expressly address the situation of penalty payments: G. VAN CALSTER, "Starkinvest. Szpunar AG on cross-border enforcement of orders for periodic penalty payments and the European account preservation order", *GAVC Law*, 2022, available at: <<https://gavclaw.com/2022/10/26/starkinvest-szpunar-ag-on-cross-border-enforcement-of-orders-for-periodic-penalty-payments-and-the-european-account-preservation-order/>> accessed on 15 July 2023.

⁵ I. ANTÓN JUÁREZ, "El concepto de resolución judicial a la luz del Reglamento UE n.o 655/2014 por el que se establece la orden europea de retención de cuentas: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de abril de 2022, C.291/21", *La Ley Unión Europea*, 2023, p. 6.

⁶ Art. 5(a) EAPO Regulation. The EAPO Regulation does not expressly indicate that the title has to be enforceable. This is something that the CJEU determined in the first judgment it rendered concerning the EAPO Regulation. It argued that only creditors with an enforceable title could access the EAPO through the most lenient access regime: C-555/18, 7 November 2019, *K.H.K. (Account Preservation)*, ECLI:EU:C:2019:937, para. 44.

⁷ Art. 5(b) EAPO Regulation.

⁸ Conversely, the EAPO Commission Proposal traced a clear separation between the regime for creditors with an enforceable title and the regime for creditors without an enforceable title, devoting a specific for each of section to each of them: Section 1 and Section 2, Chapter 2 COM/2011/0445 final. However, the Council considered it was more appropriate to have a single EAPO procedure, withdrawing such separation: Presidency of the Council, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council creating a European Account Preservation Order to facilitate cross-border debt recovery in civil and commercial matters - Revised text proposal on Chapter 2*, 11713/13 JUSTCIV 156 CODEC 1632, p. 1.

the court that there is an urgent need for a protective measure in the form of a Preservation Order because there is a real risk that, without such a measure, the subsequent enforcement of the creditor's claim against the debtor will be impeded or made substantially more difficult".⁹ This first prerequisite corresponds to one of most typical prerequisites to obtain interim measures: the *periculum in mora*.¹⁰ However, creditors without an enforceable title "shall also submit sufficient evidence to satisfy the court" that they are "likely to succeed on the substance of his claim against the debtor". This second prerequisite corresponds to the *fumus boni iuris*.¹¹ Furthermore, for creditors without an enforceable title the provision of a security is mandatory.¹² Exceptionally, they can be exempted from providing a security if the court "considers that the provision of security referred to in that subparagraph is inappropriate in the circumstances of the case".¹³ For instance, if they show the court that they have "particularly strong case but does not have sufficient means to provide security".¹⁴ While creditors with an enforceable title are in principle exempted, the court can also ask that they provide a security if it considers "this necessary and appropriate in the circumstances of the case".¹⁵

5. Access to the information mechanism to search for a debtors' bank accounts also depends on whether the creditor has a title. Only creditors with a title can apply for information about a debtor's bank accounts.¹⁶ Furthermore, the EAPO Regulation also traces a difference between creditors with a non-enforceable title and those with an enforceable title.¹⁷ Creditors with a non-enforceable title can only request access to a debtors' bank accounts if "the amount to be preserved is substantial taking into account the relevant circumstances" and they submit "sufficient evidence to satisfy the court that there is an urgent need for account information because there is a risk that, without such information, the subsequent enforcement of the creditor's claim against the debtor is likely to be jeopardised and that this could consequently lead to a substantial deterioration of the creditor's financial situation".¹⁸

6. Divergences between the regime for creditors with and without an enforceable title can be also appreciated at the jurisdictional level. The jurisdiction to grant an EAPO when there is no enforceable title is established according to Member States' domestic courts that have jurisdiction to decide on merits of the claim which the EAPO intends to secure.¹⁹ Conversely, when creditors do have title,

⁹ Art. 7(1) EAPO Regulation. Although under the EAPO Commission Proposal, this prerequisite was limited to creditors without an enforceable title: Art. 7(1)(b) COM/2011/0445 final.

¹⁰ C. SENÉS MOTILLA, *La orden europea de retención de cuentas: aplicación en derecho español del Reglamento (UE), núm. 655/2014, de 15 de mayo de 2014*, Thomson Reuters-Civitas, 2015, p. 72.

¹¹ E. SILVESTRI, "Article 7" in E. D'ALESSANDRO/F. GASCÓN INCHAUSTI (eds), *The European Account Preservation Order. A Commentary on Regulation (EU) No 655/2014*, Edward Elgar, 2022, para. 1.

¹² Art. 12(1) EAPO Regulation.

¹³ Art. 12(1) EAPO Regulation.

¹⁴ Recital 18 EAPO Regulation.

¹⁵ Art. 12(2) EAPO Regulation.

¹⁶ Art. 14(1) EAPO Regulation. The EAPO Commission Proposal gave access to all creditors to the information mechanism whether or not they had a title: Art. 17 COM/2011/0445 final. It was decided to limit access to the information mechanism following criticism received from some Member States, in particular, France: Comments on Chapters I, II and III from the French delegation, 13260/11 JUSTCIV 205 CODEC 1280, 13140/12 ADD 13, pp. 14 - 15. Some authors have criticized this restriction: M. Á. ARTOLA FERNÁNDEZ, "La orden europea de retención de cuentas y la implicación del cobro transfronterizo del crédito empresarial en la UE, así como de otras deudas civiles, laborales y de responsabilidad derivada del delito" in Carmen Otero García-Castrillón (ed.), *Ejecución de decisiones relativas a deudas monetarias en la Unión Europea. Experiencia española y adopción de decisiones informadas*, Dykinson, 2020, 135.

¹⁷ Art. 14(1) EAPO Regulation.

¹⁸ Art. 14(1) EAPO Regulation. This special "risk" that creditors with a non-enforceable title have to satisfy to access the information mechanism should be mistaken with the general *periculum in mora* that creditors have to satisfy to access the EAPO under Article 7(1): G. CUNIBERTI/S. MIGLIORINI, *The European Account Preservation Order Regulation: A Commentary*, Cambridge, 2018, p. 178.

¹⁹ Art. 6(1)(2) EAPO Regulation.

the jurisdiction to grant an EAPO lies with the courts of the Member State where the judgment was rendered,²⁰ the court settlement approved,²¹ and the authentic instrument drawn up.²²

7. Deadlines for courts to decide on an EAPO application also varies depending on whether the EAPO application had been submitted with or without an enforceable title.²³ For those EAPO applications relying on an enforceable title, courts only have 5 working days to render the decision.²⁴ Conversely, where there is no enforceable title, the deadline is 10 working days.²⁵ The deadline is longer because the court has to examine the *fumus boni iuris*.²⁶

8. In *Starkinvest*, the question at stake is whether the creditor has a valid title, and thus it would be exempted from proving the *fumus boni iuris*.²⁷

III. Background of case

9. The preliminary reference of the case *Starkinvest* has its roots in the litigation between *Starkinvest* and *Soft Paris* before the Commercial Court of Liège (*Tribunal de commerce de Liège*) in Belgium.²⁸ In 2015, this court rendered a judgment in favour of *Starkinvest*, ordering that *Soft Paris* cease the sale of its products in the Benelux countries.²⁹ This order was accompanied by a penalty order establishing that for each day the order was breached, *Soft Paris* would have to penalty payment of 2.500 euros.³⁰

10. Six years later, in 2021, *Starkinvest* issued an order for payment against *Soft Paris* for the breach of the order to cease the sale of products.³¹ At the same time, *Starkinvest* applied for an EAPO to freeze the bank accounts that *Soft Paris* held in France before the First Instance Court of Liège.³² *Starkinvest* used the judgment that established the penalty order as a title to apply for the EAPO.³³

11. The First Instance Court of Liège wondered whether such judgment could serve as a title. If the creditor considered it a valid title, they would not have to prove the *fumus boni iuris*, which, as explained in the previous section, only applies to creditors without an enforceable title.³⁴ There were two main reasons behind the doubts of the First Instance Court of Liège. The definition of the *fumus boni iuris* under the EAPO states that creditors have to prove it unless the creditor has a judgment “requiring

²⁰ Art. 6(3) EAPO Regulation. The EAPO Commission Proposal also permitted requesting the EAPO directly in the Member State where the bank accounts to be attached were located: COM/2011/0445 final. Case law in Luxembourg and Slovakia show that, although this option is not available, some creditors have tried it. In Luxembourg a creditor with an enforceable judgment obtained in Spain, applied for an EAPO before the District Court of Luxembourg (*Tribunal d'arrondissement de Luxembourg*): Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 15.03.2022, Ordonnance (unpublished). Similarly, two Slovakian courts received requests for EAPOs on the basis of enforceable payment orders which had been obtained in Germany: Okresný súd Bratislava I, 31.05.2021, 25Cbud/7/2020, ECLI:SK:OSBA1:2020:1120216618.1; Okresný súd Banská Bystrica, 20.06.2022, 9C/49/2022, ECLI:SK:OSBB:2022:1321206534.1.

²¹ Art. 6(3) EAPO Regulation.

²² Art. 6(4) EAPO Regulation.

²³ I. ANTÓN JUÁREZ, “El concepto de resolución...”, p. 6.

²⁴ Art. 18(2) EAPO Regulation.

²⁵ Art. 18(1) EAPO Regulation.

²⁶ G. CUNIBERTI/S. MIGLIORINI, *L'ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires, Commentaire du règlement UE no 655/2014, Belgique, France, Luxembourg*, Legitech, 2021, p. 231.

²⁷ CJEU, 20 April 2023, C-291/21, *Starkinvest*, ECLI:EU:C:2023:299, para. 25.

²⁸ CJEU, 20 April 2023, C-291/21, *Starkinvest*, ECLI:EU:C:2023:299, para. 18.

²⁹ CJEU, 20 April 2023, C-291/21, *Starkinvest*, ECLI:EU:C:2023:299, para. 18.

³⁰ CJEU, 20 April 2023, C-291/21, *Starkinvest*, ECLI:EU:C:2023:299, para. 18.

³¹ CJEU, 20 April 2023, C-291/21, *Starkinvest*, ECLI:EU:C:2023:299, para. 19.

³² CJEU, 20 April 2023, C-291/21, *Starkinvest*, ECLI:EU:C:2023:299, para. 20.

³³ CJEU, 20 April 2023, C-291/21, *Starkinvest*, ECLI:EU:C:2023:299, para. 22.

³⁴ CJEU, 20 April 2023, C-291/21, *Starkinvest*, ECLI:EU:C:2023:299, para. 23.

the debtor to pay the creditor's claim".³⁵ The EAPO Regulation states that a claim means "a claim for payment of a specific amount of money that has fallen due or a claim for payment of a determinable amount of money arising from a transaction or an event that has already occurred, provided that such a claim can be brought before a court".³⁶ The judgment establishing the penalty order only sets out the basis to calculate the penalty payment, it does not specify the final amount of money to be paid if the order to cease the sale of products were infringed.³⁷

12. The First Instance Court of Liège also remarks that the Brussels I bis Regulation permits the recognition and enforcement of penalty payment judgments only "if the amount of the payment has been finally determined by the court of origin".³⁸ This contrast with Belgian law which does not require "the amount of the penalty payments to be determined prior to the preservation, provided that the decision ordering penalty payments is enforceable and has been served".³⁹ The First Instance Court of Liège wondered whether the determination of the amount of the payment required by the Brussels I bis Regulation also applies to the EAPO.

13. Unable to decide whether the judgment establishing the penalty order was a valid title or not, referred the following questions the CJEU:⁴⁰

- "(1) Does a judgment which has been served, ordering a party to make a penalty payment in the event of breach of a prohibitory order, constitute a [judgment] requiring the debtor to pay the creditor's claim within the meaning of Article 7(2) of [Regulation No 655/2014]?"
- (2) Does a judgment ordering a party to make a penalty payment, although enforceable in the country of origin, fall within the meaning of "judgment" in Article 4 of [Regulation No 655/2014] where there has been no final determination of the amount in accordance with Article 55 of [Regulation No 1215/2012]?"

IV. The CJEU's analysis

14. The CJEU relied on different hermeneutic tools to provide an answer to the preliminary reference. Firstly, it conveyed a literal and systematic interpretation of the EAPO. Secondly, it assessed which solution would ensure an adequate balance between the interests of the creditors and debtors. Thirdly, it explores to what extent the recognition and enforcement regime under Article 55 of the Brussels I bis Regulation can be exported to the EAPO Regulation.

1. A literal and systematic interpretation of the EAPO Regulation

15. The CJEU started its analysis of the referred questions by scrutinizing the autonomous notion of claim contained in Article 4(8). The judgment which established the penalty payment does not reflect a claim as defined in Article 4(8). It is not a "claim amount that has fallen due" nor "a claim for payment of a determinable amount of money arising from a transaction or an event that has already occurred".⁴¹ In the present case, by the time the judgment which established the penalty order was rendered, the defendant had not yet infringed the obligation to cease the sale of Starkinvest's products that

³⁵ CJEU, 20 April 2023, C-291/21, *Starkinvest*, ECLI:EU:C:2023:299, para. 24.

³⁶ Art. 4(5) EAPO Regulation.

³⁷ CJEU, 20 April 2023, C-291/21, *Starkinvest*, ECLI:EU:C:2023:299, para. 23.

³⁸ Art. 55 Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast), OJ L 351, 20.12.2012, p. 1–32.

³⁹ CJEU, 20 April 2023, C-291/21, *Starkinvest*, ECLI:EU:C:2023:299, para. 23.

⁴⁰ CJEU, 20 April 2023, C-291/21, *Starkinvest*, ECLI:EU:C:2023:299, para. 28.

⁴¹ CJEU, 20 April 2023, C-291/21, *Starkinvest*, ECLI:EU:C:2023:299, paras. 38 – 39.

would eventually trigger the penalty payment. In this regard, the CJEU stated that the judgment cannot not precede the claim.⁴²

16. Concerning the notion of judgment, the CJEU explored whether or not the amount of the claim had to be quantified in the judgment. Neither Article 4(5), which contains the definition of judgment, nor Article 7(2), the provision on the *fumus boni iuris*, states anything about the quantification of the claim in the judgment.⁴³ Nonetheless, other provisions do so. Article 6 refers to the “amount specified in the judgment”, while Article 8(2)(g) states that creditors can apply for an EAPO in “the amount of the principal claim as specified in the judgment”.⁴⁴ Therefore, a systematic interpretation of the EAPO Regulation suggests that the judgment would have to contain the precise amount of claim.

17. While the judgment establishing the penalty payment might not serve to circumvent the *fumus boni iuris*, interestingly, Advocate General Szpunar remarks that it is not “meaningless for the creditor”.⁴⁵ In his words, creditors can use it along “with documents provided by a court official in which the court official declares the breaches of the prohibitory order”, to justify the *fumus boni iuris*.

2 Balancing creditors and debtors’ interests in the EAPO proceeding

18. Subsequently, the CJEU proceeded to examine to what extent acknowledging the judgment establishing the penalty payment as a valid title could hinder an adequate balance between creditors’ and debtors’ interests.⁴⁶ Recital 14 of the Preamble states that “the conditions for issuing the Preservation Order should strike an appropriate balance between the interest of the creditor in obtaining an Order and the interest of the debtor in preventing abuse of the Order”. In this regard, the CJEU found that if the judgment establishing the penalty order were a valid judgment, it would undermine the debtors’ protection.⁴⁷ It would deprive the court from assessing the likelihood of success on the merits of the claim, which would mean easier access to the EAPO for the creditor.⁴⁸ At this point it should be noted that the *fumus boni iuris*, along with the *periculum in mora*, are not the only prerequisites for creditors to access the EAPO but also a means to protect debtors against creditors abusing the EAPO proceeding.⁴⁹

⁴² CJEU, 20 April 2023, C-291/21, *Starkinvest*, ECLI:EU:C:2023:299, paras. 38 – 39.

⁴³ CJEU, 20 April 2023, C-291/21, *Starkinvest*, ECLI:EU:C:2023:299, paras. 42 – 43.

⁴⁴ Opinion AG Szpunar in C-291/21, *Starkinvest*, ECLI:EU:C:2022:819, para. 82.

⁴⁵ Opinion AG Szpunar in C-291/21, *Starkinvest*, ECLI:EU:C:2022:819, para. 83.

⁴⁶ Seeking a balance between creditors and debtors’ interests is a recurrent hermeneutic tool for the CJEU when assessing preliminary references concerning European Payment Order (Regulation no. 1896/2006): Joined cases C-119/13 and C-120/13, 4 September 2014, *eco cosmetics and Raiffeisenbank St. Georgen*, ECLI:EU:C:2014:2144, para. 37 (“the balance between the objectives pursued by Regulation No 1896/2006 of speed and efficiency, on one hand, and respect of the rights of defence, on the other hand, would be undermined”); C-245/14, 22 October 2015, *Thomas Cook Belgium*, ECLI:EU:C:2015:715, para. 41 (“Since the purpose of the procedure established by Regulation No 1896/2006 is to reconcile the swiftness and efficiency of court proceedings, whilst observing the rights of the defence”); C-18/21, 15 September 2022, *Uniqa Versicherungen*, ECLI:EU:C:2022:682, para. 38 (“national procedural rules must be regarded as complying with that principle where they do not undermine the balance which Regulation No 1896/2006 has created between the respective rights of the claimant and the defendant in a European order for payment procedure”); Opinion Advocate General Bot in Joined cases C 119/13 to C-121/13, 9 April 2014, *eco cosmetics and Raiffeisenbank St. Georgen*, ECLI:EU:C:2014:248 (para. 41: “is of prime importance in maintaining a balance between the different objectives pursued by that regulation”); Opinion Advocate General Wathelet in C-21/17, *Catlin Europe SE v O. K. Trans Praha spol. s r. o.*, ECLI:EU:C:2018:341, para. 44 (“the purpose of Regulations No 1896/2006 and No 1393/2007 is to ensure a fair balance between the applicant’s interests and those of the defendant, by reconciling the aims of efficient and rapid transmission of procedural documents with the need to ensure appropriate protection for the rights of defence of the addressee of those documents”). In the earlier case the CJEU received about the EAPO, Advocate General Szpunar also referred to the need to attain an adequate balance between the debtor’s and creditor’s interests when interpreting this instrument: Opinion Advocate General Szpunar in C-555/18, 29 July 2019, *K.H.K.*, ECLI:EU:C:2019:652, para. 68.

⁴⁷ CJEU, 20 April 2023, C-291/21, *Starkinvest*, ECLI:EU:C:2023:299, para. 52.

⁴⁸ Opinion AG Szpunar in C-291/21, *Starkinvest*, ECLI:EU:C:2022:819, para. 76.

⁴⁹ CJEU, 20 April 2023, C-291/21, *Starkinvest*, ECLI:EU:C:2023:299, para. 51.

19. In his Opinion, Advocate General Szpunar went a step further stating that acknowledging the judgment establishing the penalty order as a valid title would also limit the debtor's possibilities to contest the EAPO.⁵⁰ Article 33 of the EAPO Regulation provides debtors with an autonomous mechanism to request the revocation of an EAPO under an exhaustive number of grounds.⁵¹ One of the grounds to request the revocation is that "the conditions or requirements set out in this Regulation were not met",⁵² including the *fumus boni iuris*.⁵³ The debtor would not have an opportunity "to assert that the amount in question is not due".⁵⁴

3. The EAPO Regulation in the light of the Brussels I bis Regulation

20. Finally, the CJEU examined whether the regime of the Brussels I bis Regulation on the recognition and enforcement of penalty payments could serve to clarify the regime of penalty payments under the EAPO Regulation.⁵⁵ Article 55 of the Brussels I bis Regulation states that "a judgment given in a Member State which orders a payment by way of a penalty shall be enforceable in the Member State addressed only if the amount of the payment has been finally determined by the court of origin".⁵⁶ Whereas the EAPO Regulation does not have a similar provision addressing penalty payments, the CJEU found that this does not mean that claims resulting from a penalty payment cannot be secured with an EAPO. Furthermore, it added that the determination of the amount of the penalty payment beforehand required by Article 55 of the Brussels I bis Regulation should also apply to the EAPO Regulation.⁵⁷ The CJEU considered that such solution "not only falls within the scope of the objective of effectiveness pursued by Regulation No 655/2014, but is also consistent with the balancing of interests pursued by that regulation".⁵⁸

V. Overall assessment of the judgment

21. The main contribution of the judgment in *Starkinvest* is that came to confirm that the EAPO can be used to recover claims arising from a penalty payment.⁵⁹ This might not have been clear for all national courts. In Germany, the Regional Court of Aachen (*Landesgericht Aachen*) rejected an EAPO application arguing that amount be paid resulting from a penalty payment was not a claim in the sense of autonomous definition of the EAPO Regulation.⁶⁰ That was an enforcement measure under German law, and the EAPO Regulation was not used to secure enforcement measures. The creditor appealed the decision before the High Regional Court of Cologne (*Oberlandesgericht Köln*), which followed the

⁵⁰ Opinion AG Szpunar in C-291/21, *Starkinvest*, ECLI:EU:C:2022:819, paras. 77 – 80.

⁵¹ M. L. VILLAMARÍN LÓPEZ, "Article 33" in E. D'Alessandro and F. Gascón Inchausti (eds), *The European Account Preservation Order. A Commentary on Regulation (EU) No 655/2014*, Edward Elgar, 2022, para. 33.06.

⁵² Art. 33(1)(a) EAPO Regulation.

⁵³ Point 6.1.1. Annex VII of the Commission Implementing Regulation (EU) 2016/1823 of 10 October 2016 establishing the forms referred to in Regulation (EU) No 655/2014 of the European Parliament and of the Council establishing a European Account Preservation Order procedure to facilitate cross-border debt recovery in civil and commercial matters, C/2016/6339, OJ L 283, 19.10.2016, p. 1–48 (EAPO Commission Implementing Regulation). In several Dutch cases about the EAPO, debtors argued that the *fumus boni iuris* was not properly satisfied when asking for the revocation of the EAPO: *Gerechtshof 's-Hertogenbosch*, 29.08.2017, 200.215.789_01, ECLI:NL:GHSHE:2017:3764; *Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden*, 12.10.2021, 200.283.655, ECLI:NL:GHARL:2021:9639.

⁵⁴ Opinion AG Szpunar in C-291/21, *Starkinvest*, ECLI:EU:C:2022:819, para. 79.

⁵⁵ C-291/21, 20 April 2023, *Starkinvest*, ECLI:EU:C:2023:299, para. 54 – 55.

⁵⁶ For a comprehensive analysis on Article 55 of the Brussels I bis Regulation, see: VALLINES GARCÍA (n 3), pp. 744 – 755.

⁵⁷ CJEU, 20 April 2023, C-291/21, *Starkinvest*, ECLI:EU:C:2023:299, para. 55.

⁵⁸ CJEU, 20 April 2023, C-291/21, *Starkinvest*, ECLI:EU:C:2023:299, para. 55.

⁵⁹ Before this judgment was rendered, *Wiedemann* had remarked that this was an unsettled issue: D. WIEDEMANN, "Artikel 4 EU-KpfVO" in T. RAUSCHER (ed.), *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht*, Otto Schmidt, 2022, margin no. 11.

⁶⁰ *Landesgericht Aachen*, Beschluss v. 02.10.2020, 41 O 15/17, (unpublished).

same interpretation of the Regional Court of Aachen.⁶¹ This reasoning by the Regional Court of Aachen is more restrictive than that adopted by the CJEU in *Starkinvest*. Had the CJEU decided on *Starkinvest* before the German courts faced the dilemma of whether or not an EAPO could be used to secure a penalty payment,⁶² they might well have reached a different interpretation.

22. By opening the door to the possibility of using EAPOs to secure amounts due because of penalty payments, the CJEU also achieves coherency between the EAPO and Brussels I bis Regulation. Both instruments could be combined to recover the same penalty payment claim. While the EAPO would serve as an interim measure to secure the amount due because of the penalty payment, the Brussels I bis Regulation would serve to facilitate the enforcement of judgment which orders the payment of the penalty.

23. The *Starkinvest* decision also serves to shed light on the autonomous notion of judgment in the EAPO Regulation.⁶³ In the first CJEU judgment on the EAPO Regulation, it was clarified that judgments had to be enforceable in the Member State of origin to be considered as judgments.⁶⁴ In *Starkinvest*, the CJEU added that the amount of the claim has to be specified in the judgment. It also clarified that the judgment which establishes the penalty order could not serve as a valid title for creditors to apply for an EAPO intended to secure a penalty payment.⁶⁵ Both CJEU judgments on the EAPO Regulation reflect a restrictive approach to the notion of judgment intended to limit creditors' access to the EAPO through the more lenient regime. In seeking equilibrium between creditors and debtors' interests, the CJ seems to strike a balance in favour of debtors.

⁶¹ Oberlandesgericht Köln, Beschluss v. 20.12.2020, 13 W 40/20 (unpublished).

⁶² The creditor requested the High Regional Court of Cologne to make a preliminary reference to the CJEU asking precisely whether the EAPO could be used to secure an amount due to a penalty payment. The High Regional Court of Cologne refused to make the preliminary reference. It argued that, based on what the CJEU stated in C-107/76, *Hoffmann-La Roche*, courts are not required to submit a preliminary reference in interim measure proceedings, even when there is no judicial remedy against the decision resulting from those proceedings: Oberlandesgericht Köln, Beschluss v. 20.12.2020, 13 W 40/20 (unpublished).

⁶³ I. ANTÓN JUÁREZ, "El concepto de resolución...", p. 9; T. LUTZI, "What is a Judgment (in the context of Reg 655/2014)? – CJEU Case C-291/21 *Starkinvest*", Conflict of laws.net, 2023, available at: <<https://conflictoflaws.net/2023/what-is-a-judgment-in-the-context-of-reg-655-2014-cjeu-case-c-291-21-starkinvest/>> accessed on 15 July 2023.

⁶⁴ CJEU, 7 November 2019, C-555/18, *K.H.K. (Account Preservation)*, ECLI:EU:C:2019:937, para. 44.

⁶⁵ CJEU, 20 April 2023, C-291/21, *Starkinvest*, ECLI:EU:C:2023:299, para. 56.

CONGRESOS

Negar y establecer la paternidad *de lege lata* según el DIP rumano vs. *de lege ferenda* según el Reglamento del Consejo en materia de filiación y sobre la creación de un certificado de filiación europeo

Denying and establishing paternity *de lege lata* according to the Romanian private international law vs. *de lege ferenda* according to the Council Regulation in matters of parenthood and on the creation of a European Certificate of Parenthood

NADIA - CERASELA ANIȚEI

*Professor Faculty of Law
Dunărea de Jos University
Galați, Romania
Lawyer, Iasi Barr Association*

RALUCA LAURA DORNEAN PĂUNESCU

*Lecturer Faculty of Law
European "Drăgan" University
Lugoj, Romania
Lawyer, Timiș Barr Association*

Recibido: 18.04.2023 / Aceptado: 30.05.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.8112

Resumen: El estudio presenta un análisis del procedimiento para negar la paternidad y establecer la paternidad, tal como se llevan a cabo actualmente en Rumania según el derecho internacional privado rumano, respectivamente en antítesis, los procedimientos para establecer la filiación de *lege ferenda* según la Propuesta de un Reglamento del Consejo sobre jurisdicción, ley aplicable, reconocimiento de resoluciones judiciales y aceptación de documentos auténticos en materia de filiación y sobre la creación de un certificado europeo de filiación.

Ab initio, se presentan aclaraciones preliminares sobre las disposiciones del derecho internacional privado rumano con referencia a la filiación, la filiación del hijo del matrimonio en el derecho internacional privado rumano, la ley aplicable al hijo nacido dentro del matrimonio, la forma de interpretar las disposiciones del Código Civil rumano sobre la determinación de la ley aplicable a la filiación del niño nacido dentro del matrimonio, el alcance de la ley de filiación, la ley aplicable a la legitimación de un niño nacido antes del matrimonio, respectivamente propuestas de *lege ferenda*.

A continuación, el artículo aborda las referencias relativas a la filiación del niño fuera del matrimonio en el derecho internacional privado rumano, respectivamente sede legal de las disposiciones

*ncerasela@yahoo.com

**ralucalaura_paunescu@yahoo.com

relativas a la filiación del niño fuera del matrimonio en el derecho internacional privado rumano, la ley aplicable a la filiación del hijo fuera del matrimonio, el campo de la ley aplicable a la filiación del hijo fuera del matrimonio, así como la ley aplicable a la filiación como resultado de la reproducción humana con un tercer donante, respectivamente la ley aplicable a la filiación como resultado de la reproducción humana con un tercer donante en el caso de un hijo nacido dentro del matrimonio, así como la ley aplicable a la filiación como resultado de la reproducción humana con un tercer donante en el caso de un hijo extramatrimonial.

A continuación, los autores presentan las debidas aclaraciones sobre la dicotomía de las disposiciones del derecho internacional privado rumano y la correspondencia con el reglamento propuesto por el Consejo sobre la filiación, señalando la jurisdicción, la ley aplicable y el reconocimiento.

En el corolario, se destaca un estudio de caso, un elemento de jurisprudencia, que denota la jurisprudencia en Rumanía, respectivamente, la hipótesis de solución de *lege ferenda* de la situación, en virtud de la propuesta de Reglamento en materia de filiación.

Palabras clave: Filiación en el derecho internacional privado rumano, negación de la paternidad, establecimiento de la paternidad, propuesta de Reglamento en materia de filiación, dicotomía

Abstract: The study presents an analysis of the procedure for denying paternity and establishing paternity, as they are currently carried out in Romania according to Romanian private international law, respectively in antithesis, the procedures for establishing filiation de *lege ferenda* according to the Proposal for a regulation of the council on jurisdiction, the applicable law, the recognition of court decisions and the acceptance of authentic documents in matters of filiation and on the creation of a European certificate of filiation.

Ab initio, preliminary clarifications are presented regarding the provisions of Romanian private international law with reference to filiation, the filiation of the child of the marriage in Romanian private international law, the law applicable to the child born in wedlock, the way of interpreting the provisions of the Romanian Civil Code regarding the determination of the law applicable to the filiation of the child born in wedlock, the scope of the filiation law, the law applicable to the legitimization of a child born before marriage, respectively proposals de *lege ferenda*.

Next, the paper addresses references regarding the filiation of the child out of wedlock in the Romanian private international law, respectively the legal seat of the provisions regarding the filiation of the child out of wedlock in the Romanian private international law, the law applicable to the filiation of the child out of wedlock, the field of the law applicable to the filiation to the child out of wedlock, as well as the law applicable to filiation as a result of human reproduction with a third donor, respectively the law applicable to filiation as a result of human reproduction with a third donor in the case of a child born in wedlock, as well as the law applicable to filiation as a result of human reproduction with a third donor in the case of a child out of wedlock.

The authors then present due clarifications regarding the dichotomy of the provisions of Romanian private international law and the correspondence with the Council's proposed regulation on filiation, noting the jurisdiction, the applicable law, and the recognition.

In the corollary, a case study is highlighted, a case-law element, which denotes the case-law in Romania, respectively the hypothesis of de *lege ferenda* solution of the situation, by virtue of the proposal for the Regulation in matters of parenthood.

Keywords: filiation in Romanian private international law, denial of paternity, establishment of paternity, proposal of the Regulation in matters of parenthood, dichotomy.

Sumario: I. Preliminary clarifications on the filiation of the child of the marriage in Romanian private international law. II. How do we interpret the provisions of Section 2603 of the Civil Code? Reference to the law applicable to the filiation of the child of the marriage. III. Scope of filiation law. IV. Law applicable to the legitimization of a child born before the marriage according to S. 2604 of the Romanian Civil Code. V. Parentage of a child out of wedlock in Romanian private international law. The legal ground of the provisions relating to the filiation of children out of

wedlock in Romanian private international law. VI. Law applicable to the filiation of the child out of wedlock. VII. Scope of the law applicable to the filiation of a child out of wedlock. VIII. Law applicable to the father's remarriage. XIX. Law applicable to parentage following human reproduction with a third-party donor. X. European and international conventions, treaties and regulations on the filiation of the child and on related matters. XI. Clarification needed on the dichotomy of the provisions of Romanian private international law and the correspondence with the proposal for a Council Regulation on parentage - jurisdiction, applicable law and recognition. XII. Jurisprudential element. Case Study. 13. Conclusions

I. Preliminary clarifications on the filiation of the child of the marriage in Romanian private international law¹

1. Section II "Parentage" (S. 2603-S. 2606 Civil Code) of Chapter II "Family" (S. 2585-S. 2612 Civil Code), Book VII entitled "Private international law provisions of the Civil Code (S. 2557-S. 2663 Civil Code) regulates in subsection I "Parentage of the child of the marriage" (S. 2603-S. 2604 Civil Code).

Article 2603 with the marginal title: "Applicable law" states: "The parentage of a child of the marriage is established according to the law which, at the time of the child's birth, governs the general effects of the marriage of his or her parents. (para. 1) If, prior to the child's birth, the marriage of the parents has ceased or been dissolved, the law which, at the time of the cessation or dissolution, governed its effects shall apply. (para. 2) This law shall also apply to the denial of paternity of the child born of the marriage and to the acquisition of the child's name." (para. 3)

Article 2604 with the marginal heading "Legitimation of the child" which states: "If the parents are entitled to legitimise by subsequent marriage the child born previously, the conditions required for this purpose are those laid down by the law applicable to the general effects of marriage. "

From the provisions of S. 2603-S.2604 Civil Code we note that in general terms it is "the law applicable to the general effects of marriage".

The marginal headings of the Sections making up Subsection II 'Effects of marriage' (Section 2589- Section 2596 Civil Code) are:

- Section 2589 Civil Code with the marginal heading "Law applicable to the general effects of marriage";
- Section 2590 Civil Code with marginal title "Law applicable to the matrimonial property regime";
- Section 2591 C. Civ. with marginal heading "Convention on the choice of law applicable to the matrimonial property regime".
- Section 2592 of the Civil Code with the marginal heading "Objective determination of the law applicable to the matrimonial property regime"; Section 2592 of the Civil Code with the marginal heading "Objective determination of the law applicable to the matrimonial property regime".
- Section 2593 of the Civil Code with the marginal heading "Scope of the law applicable to the matrimonial property regime".
- Section 2594 of the Civil Code with the marginal heading 'Law applicable to the formal requirements of the marriage contract;
- Section 2595 of the Civil Code with the marginal heading 'Protection of third parties';
- Section 2596 of the Civil Code with the marginal heading "Change of habitual residence or nationality".

¹ N-C., ANITEI. *Ce lege aplicăm filiației copilului din căsătorie conform dispozițiilor art. 2603 C. civ. român?/What law do we apply to the filiation of the child from the marriage according to the provisions of art. 2603 Romanian Civil Code?*, Revista Universul Juridic, nr 5/2020; N-C., ANITEI. *Legea aplicabilă legitimării copilului născut anterior căsătoriei conform art 2.604 Cod civil român/ The law applicable to the legitimation of the child born before the marriage according to art 2.604 Romanian Civil Code* Article presented at International Scientific Conference "Exploration, education and progress in the third millennium", Galați, Romania, May 7 th -8th, 2020.

2. Analysing from a literal and grammatical point of view the marginal names of the articles that make up Subsection II “Effects of marriage” (S.2589-S.2596 Civil Code) we observe that only S. 2589 Civil Code bears the marginal name of “Law applicable to the general effects of marriage” which leads us to think that the Romanian legislator in the provisions of S. 2603- S.2604 Civil Code in the last part, stipulating: “... of the law applicable to the general effects of marriage” without listing the articles or article to which it refers, refers to the only article which bears the marginal title of “Law applicable to the general effects of marriage”, namely Section 2589 of the Civil Code, which also applies by analogy to the provisions of Sections 2603 and 2604 of the Civil Code.

Studying the provisions of Section 2589 (1) to (3) of the Civil Code, we note that only paragraph (1) can be applied by analogy to the provisions of Sections 2603 to 2604 of the Civil Code.

II. How do we interpret the provisions of Section 2603 of the Civil Code? Reference to the law applicable to the filiation of the child of the marriage

3. The provisions on determining the law applicable to the filiation of a child of the marriage are contained in S. 2.603-2.604 of the Civil Code.²

According to the provisions of S. 2.603 (1) of the Civil Code - the filiation of a child of the marriage is determined according to the law which, at the time of his or her birth, governs the general effects of the marriage of his or her parents.

Studying the provisions of S. 2589 (1) Civil Code and applying them by analogy to S. 2603 (1) Civil Code, we observe that the filiation of the child of the marriage at the date of birth is governed by one of the following laws in the following order, with no possibility of derogation:

1. the law of the spouses’ common habitual residence, and in default,
2. the law of the common nationality of the spouses, and failing that,
3. the law of the State in whose territory the marriage was celebrated.

Studying the provisions of Section 2589 (1) of the Civil Code, it is clear that the law of the State of the marriage is the law of the State of the marriage. and applying them by analogy to Section 2603 (1) of the Civil Code, we note that the filiation of the child of the marriage at the date of birth is governed by one of the following laws, with due regard for the following order, without any possibility of derogation:

4. 1. The law of common habitual residence of the spouses applies in the following cases:
 - a. the spouses have common nationality (e.g. two spouses who are French citizens);
 - b. the spouses have different citizenships (e.g. a Romanian citizen spouse and a French citizen spouse);
 - c. the spouses are stateless.
2. The law of common nationality of spouses applies only if the spouses are not habitually resident (e.g. one of the spouses is resident in Romania and the other spouse is resident in Spain) but are necessarily of the same nationality (e.g. both Spanish spouses).
3. The law of the State in whose territory the marriage was celebrated applies in the following cases:
 - a. the spouses have different residences (one spouse resides in Italy and the other spouse resides in Italy);
 - b. the spouses have different citizenships (one spouse of Romanian nationality and the other spouse of Italian nationality);
 - c. the spouses are stateless.

² The Civil Code takes over, with minor amendments, the previous provisions contained in Law No 105/1992 (Articles 25-27).

By specifying that the law of general effect of the parents' marriage applies from the "date of birth (of the child)", the mobile conflict of laws is resolved, giving priority to the old law.

According to S. 2.603 (2) of the Civil Code, if before the birth of the child (i.e. for a conceived and unborn child n.n.) the parents' marriage was terminated (either by the death of the spouses or by the death of one of the spouses n.n.) or the filiation of the child (considered to be from the marriage n.n.) was dissolved (by divorce n.n.), the law that governed the effects of the parents' marriage at the date of termination or dissolution of the marriage shall apply.³

The provision in Section 2603 (2) of the Civil Code addresses a possible mobile conflict of laws in this area.

In conclusion, the provisions of S. 2603 (1) and (2) also resolve mobile conflicts of laws that may arise in relation to the law governing the filiation of the child of the marriage, in the sense that:

- in para. (1) - specifies that the law of general effect of the marriage is applicable "at the date of the birth of the child", thus giving priority to the old law, but in the subsequent case the law of general effect of the marriage may change;
- in para. (2) - specifies that if before the birth of the child (i.e. for a conceived and unborn child n.n.) the marriage of the parents has ended (either by the death of the spouses or by the death of one of the spouses n.n.) or has been dissolved (by divorce n.n.), the filiation of the child (considered to be from the marriage n.n.) is governed by the law which, at the date of termination or dissolution, applies the law governing the general effects of marriage at the date of termination or dissolution of the marriage.

Studying para. (3) of Art. 2603 of the Civil Code can be interpreted in two ways: it refers to "the law indicated" in para. (2) of Art. 2603 of the Civil Code; or to "the law indicated in para. (1) and para. (2) of Art. 2603 Civil Code, depending on the situation under consideration.⁴

I tend to believe that the "law indicated" has the following situations in mind:

1. the paternity of the child of the marriage is established according to the law which, at the time of his birth, governs the general effects of the marriage of his parents, i.e. according to the provisions of S. 2589 (1) of the Civil Code (we have explained the possibilities in the previous section);
2. the acquisition of the name by the child of the marriage shall be determined in accordance with the law which, at the date of birth, governs the general effects of the marriage of his parents, i.e. in accordance with the provisions of Section 2589 (1) of the Civil Code (see above for possibilities);
3. the termination of the paternity of the child of the marriage if the parents' marriage has been terminated or dissolved before the birth of the child is governed by the law which, at the time of termination or dissolution, governed the general effects of the parents' marriage, i.e. according to the provisions of Section 2589 (1) of the Civil Code; (we have described the possibilities in the previous section);
4. the acquisition of the name by the child of the marriage if the marriage of the parents has ceased or has been dissolved before the birth of the child is governed by the law which, at the time of the termination or dissolution, governed the general effects of the marriage of his parents, i.e. according to the provisions of Section 2589 (1) of the Civil Code; (we have described the possibilities in the previous point).

³ D.-A. SITARU, *Private international law. General part. Special part-Conflictual norms in different branches and institutions of private international law*, C.H. Beck Publishing House, Bucharest, 2013, p.224.

⁴ *Idem*; N., DIACONU, *Private International Law*, Publishing House "Romania Mare" Foundation, Bucharest, 2019, p.186.

III. Scope of filiation law⁵

5. The scope of the law applicable to the filiation of a child of the marriage results from the provisions of Section 2603 of the Civil Code.

According to Section 2603 of the Civil Code, the law applicable to the filiation of a child of the marriage regulates the following aspects:

1. establishment of filiation from the mother;
 2. the establishment of filiation with the father;
 3. the establishment of paternity;
 4. the effects of filiation.
1. The establishment of filiation with the mother takes into account the following aspects: the modalities and conditions for establishing filiation with the mother (including recognition), contesting maternity, etc..
 2. The establishment of parentage in relation to the father concerns the following aspects: the modalities and conditions for establishing paternity (including recognition), presumption of paternity, legal time of conception of the child, etc...

Where filiation involves the drawing up of a document (e.g. acknowledgement of paternity), the external form of the document is subject to the law applicable to the formal requirements of a legal act under Article 2639 of the Civil Code.

3. The paternity of a child of a marriage is governed by the law governing filiation (art. 2603 C civil. para. (3)).

In those cases in which the establishment or contestation of paternity involves the intervention of the court, the law of filiation also applies:

- determination of the scope of the persons who may bring the civil status action (legal standing);
- the statute of limitations of the right of action.⁶

Procedural matters (*ordinatoria litis*) are subject to the law of the forum.

With regard to evidence in paternity proceedings, the following clarifications are necessary:

- a. the admissibility of evidence (the possibility of using certain means of proof), the burden, object and probative value of evidence are subject to the law of parentage;
- b. the taking of evidence is governed by the law of the forum (*lex fori*), according to S. 1090 (5) Code of Civil Procedure.

The law of the place where the document (document) was drawn up, invoked under Article 1090 para. (4) Code of Civil Procedure is the one that regulates the proof of filiation (as an element of civil status) and the probative value of the civil status document (in the sense of an *instrumentum* document).

⁵ D.-A. SITARU, *Idem*, pp.224-225; N., DIACONU. *Idem*, pp.186-187; I., NISTOR. O., CĂPĂȚINĂ. Chronique de jurisprudence roumaine, in *Clunet* nr 2/1968, pp.417-419; O., CĂPĂȚINĂ. Conflicts of laws, in I.C.J., *Legal relationships between parents and children*, Editura Academiei, Bucharest, 1985, pp.202-205.

⁶ “See, for the traditional solution in Romanian law, in the sense that the statute of limitations in actions relating to the establishment or denial of filiation are governed by the law that applies to the substance of the legal relationship between parents and children, and not by the procedural law of the court seised. “O., CĂPĂȚINĂ. D., IANCULESCU. *Theoretical examination of judicial practice concerning relations with elements of foreignness between parents and children*, in S.C.J., no.4/1984, p345 apud D.-A. SITARU, *Idem*, pp.224-225, footnote 2.

4. The effects of filiation have in view:
- the acquisition of the name by the child is regulated in para. (3) of art. 2603 of the Civil Code, which states that the law governing filiation applies. We note that this paragraph enshrines the exception in S. 2576 Civil Code which governs the law applicable to the person's name;
 - The relationship (personal and property) between parents and child, including the parents' obligation to maintain the child, to educate him and to administer his property. It should be noted that the provisions of Section 2612 of the Civil Code apply to the maintenance obligation between parents and children of the marriage, which states that "the law applicable to the maintenance obligation shall be determined in accordance with EU law".

IV. Law applicable to the legitimation of a child born before the marriage according to S. 2604 of the Romanian Civil Code⁷

6. Studying the provisions of Section 2589 (1) of the Civil Code and applying them by analogy to Section 2604 of the Civil Code, we observe that for the legitimation by subsequent marriage of a child born before the marriage, the parents are entitled to proceed, subject to compliance with the conditions required for this purpose, to one of the following laws applicable to the legitimation of the child in the following order, without the possibility of derogation:

1. the law of the spouses' common habitual residence, and failing that,
2. the law of the common nationality of the spouses, and failing that,
3. the law of the State in whose territory the marriage was celebrated.

Studying the provisions of Section 2589 (1) of the Civil Code, it is clear that the law of the State of the marriage is the law of the State of the marriage. and applying them by analogy to Section 2604 of the Civil Code, we note that for the legitimation by subsequent marriage of a child born earlier, the parents are entitled to proceed to the fulfilment of the conditions required for this purpose by one of the following laws:

1. The law of common habitual residence of the spouses applies in the following cases:
 - a. the spouses have common citizenship (for example two spouses who are Spanish citizens);
 - b. the spouses have different citizenships (e.g. a Romanian citizen spouse and a Spanish citizen spouse);
 - c. the spouses are stateless.
2. The law of common nationality of spouses applies only if the spouses are not habitually resident (e.g. one spouse resides in Romania and the other spouse resides in Spain) but are necessarily of the same nationality (e.g. both spouses are Spanish).
3. The law of the State in whose territory the marriage was celebrated applies in the following cases:
 - a. the spouses have different residences (one spouse resides in Italy and the other spouse resides in Spain);

⁷ N-C ANITEI. *Legea aplicabilă legitimării copilului născut anterior căsătoriei conform art 2604 Cod civil roman/ The law applicable to the legitimation of the child born before the marriage according to art 2604 Romanian Civil Code* Article presented at International Scientific Conference "Exploration, education and progress in the third millennium", Galați, Romania, May 7th -8th, 2020.

- b. the spouses have different citizenships (one spouse of Romanian nationality and the other spouse of Italian nationality);
- c. the spouses are stateless.

Section 2.604 of the Civil Code contains provisions relating to the “legitimation of the child”.

7. We agree with the opinion of the specialist literature⁸ that the scope of the applicable law does not only refer to the conditions of legitimation, but implicitly includes the right of the parents themselves to proceed with the legitimation of the child, even if the latter aspect does not result explicitly from the wording of S. 2604 Civil Code.

The procedural aspects of parentage proceedings are governed by the law of the forum.⁹ Section 2604 of the Civil Code introduces into the field of the law of filiation the special institution of the legitimation of a child born before the subsequent marriage of their parents. According to the provisions of this article, where the parents are entitled to legitimise a child born before their marriage by subsequent marriage, the conditions required for this purpose are those laid down by the law applicable to the general effects of marriage.

We propose, *de lege ferenda*, to amend the provisions of S. 2603- S. 2604 Civil Code in order to stipulate that only the provisions of S. 2589 (1) Civil Code apply to these two articles as follows:

- S. 2603 with marginal designation: “Applicable law” provides: “The parentage of a child of a marriage shall be determined according to the law which, at the date of his birth, governs the general effects of the marriage of his parents according to S. 2589 (1) Civil Code. If, before the birth of the child, the marriage of the parents has ceased or has been dissolved, the law which, at the time of the cessation or dissolution, governed the general effects of the marriage shall apply. (2) The law referred to in paragraph (1) or paragraph (2) shall also apply, depending on the situation, to the denial of paternity of the child born of the marriage, as well as to the acquisition of the name by the child.” (paragraph 3);
- Section 2604 of the Civil Code with the marginal heading “Legitimation of the child”, as amended, could provide: “Where the parents are entitled or entitled to proceed to legitimation by subsequent marriage of a child born before the marriage, the conditions required for this purpose are those laid down in Section 2589 (1) of the Civil Code concerning the law applicable to the general effects of marriage.

V. Parentage of a child out of wedlock in Romanian private international law. The legal ground of the provisions relating to the filiation of children out of wedlock in Romanian private international law¹⁰

8. Section 2605 of the Civil Code with the marginal heading “Applicable law” provides: “The parentage of a child out of wedlock shall be determined according to the national law of the child from the date of birth. If the child has more than one nationality, other than Romanian, the law of the nationality which is most favourable to him/her shall apply (paragraph 1). (1) shall apply in particular to the recognition of parentage and its effects and to the contesting of the recognition of parentage.” (paragraph 2)

⁸ D.-A. SITARU, *Idem*, p.225.

⁹ N. DIACONU, *Private International Law*, Publishing House “Romania Mare” Foundation, Bucharest, 2019, p.186.

¹⁰ N.-C. ANITEI, *Biennial International Conference Family Institution. Tradition, Reform, standardization and perspectives conferința internațională biennială organizată de Institutul de Cercetări Economice și Sociale “Gheorghe Zane” al Academiei Române, Filiala Iași/ “Gheorghe Zane” Institute of Economic and Social Research - Romanian Academy, Iasi Branch · Asociația Internațională de Drept și Științe Conexe/ International Association of Law and Related Sciences, Michigan State University College of Law. Asociația “Vespasian V. Pella”, Iași/ “Vespasian V. Pella” Association, Iasi, Romania · Centrul de Cercetări în Științe Sociale și Umaniste, Lumen, Iași /Centre for Research in Social and Humanistic Sciences, Lumen, Iasi, Romania, 8 noiembrie 2019.*

9. Section 2606 of the Civil Code with the marginal heading “Liability of the father” provides: “The right of the mother to hold the father of the child born out of wedlock liable for the expenses incurred during pregnancy and for those arising from the birth of the child is subject to the national law of the mother.”

VI. Law applicable to the filiation of the child out of wedlock

10. From the provisions of S. 2.605 (1), sentence (I) of the Civil Code, we note that the filiation of a child out of wedlock is governed by the national law of the child at the time of birth. By applying the national law of the child at the date of birth (*lex patriae*), the Romanian legislator has resolved the conflict of laws in favour of the old law, thus seeking to eliminate fraud in this area.

11. From the provisions of S. 2.605 (1), sentence (II) of the Civil Code, we note that if the child has more than one foreign nationality, but not Romanian nationality, the law that is more favourable to him/her shall apply.

12. The literature¹¹ considers that sentence (II), para. (1) of S. 2605 Civil Code does not constitute an exception to sentence (I), para. (1) of S. 2605 Civil code, because in this area the national law of the child is still applicable, except that, among the laws of several foreign nationals that the child has, the one that is more favourable to him is preferred (*mitior lex*).

13. However, the solution of applying the more favourable law is an exception to the provision of Section 2.568 (2) of the Civil Code, according to which the national law of a foreigner who has more than one nationality is the law of the State whose nationality he has and with which he is most closely connected, in particular by his habitual residence.¹²

14. The doctrine¹³ states that “in the case of a child with multiple foreign nationality, the localisation of his or her filiation outside marriage within the sphere of the law of his or her habitual residence is waived and the application of that foreign national law which best satisfies the child’s interests is made”.

15. The character of “law more favourable to the child” is qualified by the court of the forum according to the general rule established by S. 2558 Civil Code.

VII. Scope of the law applicable to the filiation of a child out of wedlock

16. The scope of application of the law governing the filiation of a child out of wedlock is governed, in principle, by the provisions of Article 2.605 para. (2) of the Civil Code. It is clear from these provisions that the national law of the child at the time of birth applies in particular to the recognition of filiation and its effects, and to challenges to the recognition of filiation.

An analysis of this text shows that the scope of application is not limitative, since the use of the adverb “in particular” indicates that it applies specifically to the following situations:

- (a) recognition of parentage and its effects;
- (b) contesting the recognition of parentage, but other situations may also be considered.

Therefore, the following situations fall, in principle, within the scope of the law applicable to the filiation of a child out of wedlock:¹⁴

¹¹ D.-A. SITARU, *Idem*, p.226.

¹² *Ibidem*; N., DIACONU. *Idem*, p.187.

¹³ D.-A. SITARU, *Idem*, p.226.

¹⁴ D.-A. SITARU. *Idem*, pp.226-227.

1. Establishing parentage

- a. The establishment of filiation with the mother concerns the following aspects: the modalities and conditions for establishing filiation with the mother (including recognition), for contesting maternity, etc.;
- b. The establishment of parentage in relation to the father concerns the following aspects: the modalities and conditions for establishing paternity (including recognition), presumption of paternity, legal time of conception of the child, etc..

Recognition of parentage;

2. Contestation of recognition of parentage;

3. The effects of filiation have in view:

- Acquisition of the name by the child;
- the parents' obligation to support the child;
- parents' obligation to educate the child;
- the parents' obligation to administer the child's property;
- to the maintenance obligation between parents and children out of wedlock, the special law applies according to art. 2612 of the Civil Code which states that "the law applicable to the maintenance obligation is determined according to the regulations of EU law".

4. Establishing the paternity of a child out of wedlock;

5. Presumption of filiation towards the alleged father out of wedlock;

6. Limitation period for establishing filiation outside marriage.

VIII. Law applicable to the father's remarriage

17. From the provisions of Article 2.606 of the Civil Code we note that the mother's national law regulates the right of the mother to hold the father of the child out of wedlock liable for the expenses incurred during pregnancy and for those incurred during the birth of the child (Section 428 of the Civil Code n.n.).

18. We note that the legislator, in the best interests of the child, ensures maximum protection for the mother by requiring the father of the child out of wedlock to pay for the expenses incurred during pregnancy and those arising from the birth of the child according to his national law, which he is presumed to know best, and not according to the child's national law.

19. In conclusion, the liability of the father outside the marriage is governed by the mother's national law.

IX. Law applicable to parentage following human reproduction with a third-party donor¹⁵

20. We agree with the literature¹⁶ that the regime of filiation in the case of medically assisted human reproduction with a third-party donor¹⁷ is subject to the law of the State of origin:

¹⁵ Draft Law National In Vitro Fertilisation and Embryotransfer Programme <http://www.medicinareproductiva.ro/proiect-lege-fertilizare.php> consulted on 25 April 2021.

¹⁶ D.-A. SITARU, *Idem*, p. 227.

¹⁷ For substantive law aspects see S. 441-S.447 Civil Code.

Medically assisted human reproduction with a third-party donor.
Regime of filiation.

1. law applicable to the filiation of the child of the marriage;
2. the law of filiation of the child out of wedlock.

The law applicable to parentage as a result of human reproduction with a third party donor in the case of a child of the marriage is in the following order, without any possibility of derogation:

1. the law of the spouses' common habitual residence, and failing that,
2. the law of the common nationality of the spouses, and failing that,
3. the law of the State in whose territory the marriage was celebrated.

The following matters fall within its scope:

1. the regime and conditions of filiation;
2. the personal and property relations between the child and the parents;
3. the acquisition of a name by the child.

The law applicable to filiation as a result of human reproduction with a third party donor in the case of a child out of wedlock is:

Article 441 -

(1) Medically assisted human reproduction with a third-party donor does not determine any filiation link between the child and the donor.

(2) In this case, no action for liability may be brought against the donor.

(3) Parents within the meaning of this section can only be a man and a woman or a single woman.

Conditions

Article 442 -

(1) Parents who, in order to have a child, wish to have recourse to medically assisted reproduction with a third-party donor must give their consent in advance, under conditions ensuring complete confidentiality, before a notary public who will explain to them expressly the consequences of their act with regard to filiation.

(2) Consent shall not be effective in the event of death, divorce or de facto separation occurring prior to the moment of conception achieved through medically assisted human reproduction. It may be revoked at any time, in writing, including in front of the doctor called upon to provide assistance for the third-party donor reproduction.

Challenge to parentage

Article 443 -

(1) No one may contest the filiation of the child for reasons relating to medically assisted reproduction, nor may the child thus born, contest its filiation.

(2) However, the mother's husband may contest the paternity of the child, in accordance with the law, if he has not consented to medically assisted reproduction carried out with the help of a third-party donor.

(3) If the child has not been conceived in this way, the provisions on the denial of paternity shall remain applicable.

Liability of the father

Article 444 -

A person who, after having consented to medically assisted reproduction with a third-party donor, does not recognize the child thus born out of wedlock shall be liable to the mother and to the child. In this case, the paternity of the child shall be established by a court of law in accordance with Articles 411 and 423.

Confidentiality of information

Article 445 -

(1) Any information concerning medically assisted human reproduction shall be confidential.

(2) However, if, in the absence of such information, there is a risk of serious harm to the health of a person so conceived or of his offspring, the court may authorize its confidential transmission to the doctor or to the competent authorities.

(3) Any of the descendants of the person so conceived may also exercise this right if being deprived of the information requested is likely to be seriously prejudicial to his or her health or to that of a person close to him or her.

Relations between father and child

Article 446 -

The father has the same rights and obligations towards a child born by medically assisted reproduction with a third-party donor as towards a child born by natural conception.

Applicable rules

Article 447 -

The legal status of medically assisted human reproduction with a third-party donor, the confidentiality of information relating thereto and the manner of transmission of such information shall be established by special law.

1. the national law of the child at the date of birth;
2. the law which is more favourable to the child applies if the child has more than one foreign nationality, but not Romanian nationality;
3. the mother's national law (for the father's liability).

The following issues are covered:

1. regime and conditions of filiation;
2. personal and property relations between the child and the parents;
3. acquisition of the name by the child;
4. contestation of filiation;
5. the father's liability;
6. relations between father and child.

X. European and international conventions, treaties and regulations on the filiation of the child and on related matters¹⁸

21. Romania is party to various European, international and bilateral conventions and regulations which also contain rules of immediate application (uniform provisions) concerning various areas of family relations, including those relating to the filiation of the child. In the following, we have proposed to present such conventions.

A. European Convention on the legal status of children born out of wedlock

The European Convention on the Legal Status of Children born out of Wedlock was concluded in Strasbourg on October 15, 1975, to which Romania acceded by Law 101/1992.¹⁹

The purpose of the Convention is to:

- the adoption of common rules in the legal field in order to improve the legal status of children born out of wedlock by reducing the differences between the legal status of such children and the legal status of children born in wedlock;
- improving the legal, economic, social, educational, etc. conditions of children born out of wedlock;
- the establishment of certain common rules on the legal status of children born out of wedlock would facilitate the achievement of this objective and at the same time contribute to the harmonization of Member States' legislation in this area.

Article 2 of the European Convention on the Legal Status of Children born out of Wedlock stipulates that "Parentage of all children born out of wedlock shall be established by the sole fact of the child's birth".

As regards filiation with the father, we note that the Convention assigns three articles to it:

- From Article 3 we note that for all children born out of wedlock filiation with the father "may be established or determined by voluntary acknowledgement or by a court decision."

¹⁸ N. C. ANITEI, *Conventions, treaties and European and international regulations on the filiation of the child and on some related issues*, Universul Juridic Magazine, no. 12, Universul Juridic Publishing House, Bucharest, 2020 <http://revista.uni-versuljuridic.ro/conventii-si-tratate-europene-si-internationale-materia-filiatiei-copilului-si-cu-privire-la-unele-aspecte-conexe-la-care-romania-este-parte-ca-norme-de-aplicare-imediata/>

¹⁹ Official Gazette no. 243/30.09.1992.

- From Article 4 we note that voluntary acknowledgement of paternity may not be opposed or contested if these procedures are governed by the domestic law of the State concerned, unless the person who wishes to recognize or who has recognized the child is not biologically the father of that child.
- According to Section 5, scientific evidence capable of establishing or removing paternity shall be admissible in proceedings concerning parentage by the father.
- S. 6 (1) stipulates that both parents (father and mother) of a child born out of wedlock have the same maintenance obligation towards that child as the maintenance obligation that exists towards the child born out of wedlock.

Paragraph (2) of the same article specifies that where “the obligation of maintenance of a child born out of wedlock is incumbent on certain members of the father’s or mother’s family, the child born out of wedlock also benefits from this obligation”.

- S. 7 (1) of the Convention stipulates that where the parentage of a child born out of wedlock is established in relation to both parents, the exercise of parental rights cannot be attributed by operation of law to the father alone.

Paragraph (2) of Article 7 of the Convention states that the exercise of parental rights may be transferred, with the proviso that cases of transfer are subject to national law.

- From the provisions of Article 8 of the Convention, we see that if one of the parents (regardless of whether it is the father or the mother) does not have the exercise of parental rights or of custody of the child born out of wedlock, as an exception, he or she may obtain a right of access in the cases established by law.
- Article 9 of the Convention stipulates that the rights of a child born out of wedlock are the same as those of a child born out of wedlock when he or she comes into the succession of his or her father and mother and the members of their families.
- According to Article 10 of the Convention, if the father and mother marry, the child born out of wedlock will have the legal status of a child born of wedlock.

B. Other conventions, treaties and regulations relating to parentage tangentially

1. European Convention on Recognition and Enforcement of Decisions concerning Custody of Children and on Restoration of Custody of Children adopted in Luxembourg on May 20, 1980 and ratified by Romania by Law no. 216/2003.²⁰

Article 1 of the Convention defines the following terms:

- “a) child - a person, regardless of nationality, who has not yet attained the age of 16 years and who does not have the right to determine his or her own residence in accordance with the law of his or her habitual residence or nationality or with the domestic law of the requested State;
- b) authority - any judicial or administrative authority;

²⁰ “Although the official translation of the text in the Official Journal (year 2003) was made with the wording “custody of the child” the correct term is custody as translated on the official website of the European Commission. The term “child custody”, which is equivalent to sole custody, was the only legally acceptable form of custody in Romania prior to October 1, 2011 but is a subcategory of the broader term custody, which includes both sole and joint custody. While this translation of the term “custody of children” as “entrusting the child” was more or less valid in Romania at the time of publication of the text in the Official Gazette (2003), being the only form of custody legally accepted at that time, the translation is no longer valid after the entry into force of the new Civil Code which allows both sole custody and joint custody.” https://ro.wikipedia.org/wiki/Conven%C8%9Bia_european%C4%83_asupra_recunoa%C8%99terii_%C8%99i_execut%C4%83rii_hot%C4%83r%C3%A2rilor_privind_custodia_copiilor_%C8%99i_de_restabilire_a_custodiei_copiilor#Descriere consulted on 1 May 2020.

- c) custody decision - any decision of an authority insofar as it decides on the care of the person of the child, including the right to determine his or her residence, and on rights of access;
- d) wrongful removal - the removal of a child across an international frontier in violation of a judgment relating to custody given in a Contracting State and enforceable in that State; it shall also be considered wrongful removal:
 - (i) failure to return a child across an international frontier at the end of the period of exercise of rights of access in respect of that child or at the end of a temporary stay in a territory other than that in which custody is exercised;
 - (ii) a crossing subsequently declared to be wrongful within the meaning of Article 12.”

The member States of the Council of Europe state the following in the preamble to the Convention: “considering that the interests of the child are of decisive importance in matters of custody decisions, considering that the introduction of measures designed to facilitate the recognition and enforcement of custody decisions will have the effect of ensuring better protection of the interests of the child, considering it desirable, to this end, to emphasize that the right of access of parents is the normal corollary of the right of custody, Noting the increasing number of cases in which children have been wrongfully removed across an international frontier and the difficulties encountered in dealing adequately with the problems raised by such cases, desirous of introducing appropriate provisions enabling custody of children to be restored where such custody has been arbitrarily terminated, convinced of the desirability of taking, to that end, measures adapted to different needs and circumstances, desirous of establishing relations of judicial cooperation between their authorities” have decided to adopt this Convention.

XI. Clarification needed on the dichotomy of the provisions of Romanian private international law and the correspondence with the proposal for a Council Regulation on parentage - jurisdiction, applicable law and recognition.

Romanian Private International Law	Proposal for a Council Regulation on Parentage
<p>Jurisdiction Jurisdiction based on the domicile or seat of the respondent</p> <p>Art. 1.066 (1) Unless otherwise provided by law, the Romanian courts shall have jurisdiction if the respondent is domiciled or, in the absence of domicile, has his habitual residence or principal place of business or, in the absence of a principal place of business, has a secondary place of business or a goodwill in Romania at the time of filing the action. Forum of necessity</p> <p>Art. 1.070 (1) The Romanian court of the place with which the case has a sufficient connection becomes competent to decide the case, even if the law does not provide for the competence of Romanian courts, if it is proved that it is not possible to bring a claim abroad or that it cannot reasonably be expected to be brought abroad. (2) In the situations referred to in para. (1), if the application is made by a Romanian citizen or stateless person domiciled in Romania or by a legal person of Romanian nationality, the jurisdiction of the Romanian court shall be mandatory.</p>	<p>Jurisdiction</p> <p>Article 6 General jurisdiction The courts of the member state are competent to decide on issues related to filiation: (a) where the child has his habitual residence at the time of the referral to the court or (b) whose citizenship the child holds at the time of referral to the court or (c) in which the respondent has his habitual residence at the time of the referral to the court or (d) in which either parent has their habitual residence at the time of the referral to the court or (e) whose citizenship is held by either parent at the time of referral to the court or (f) in which the child was born.</p> <p>Article 7 Competence based on the presence of the child When jurisdiction cannot be established on the basis of Article 6, the courts of the Member State where the child is present have jurisdiction.</p>

Romanian Private International Law	Proposal for a Council Regulation on Parentage
	<p>Article 8 Residual jurisdiction Where no court in a Member State has jurisdiction under Article 6 or 7, jurisdiction shall be determined in each Member State by the law of that Member State.</p> <p>Article 9 <i>Forum necessitatis</i> If no court of a Member State has jurisdiction under other provisions of this Regulation, the courts of a Member State may, in exceptional cases, rule on matters of parentage where the proceedings cannot be reasonably initiated or cannot reasonably be carried out or would be impossible in a third country with which the case is closely connected. The case must have a sufficient connection with the Member State of the court seized.</p>
<p>Applicable law The law applicable to the filiation of the child from the marriage:</p> <p>Article 2603 of the Romanian Civil Code (1) The filiation of the child from the marriage is established according to the law which, on the date of his birth, governs the general effects of his parents' marriage. (2) If, before the birth of the child, the marriage of the parents ended or was dissolved, the law that governed its effects on the date of the termination or dissolution shall apply. (3) The mentioned law also applies to the denial of paternity of the child born out of wedlock, as well as to the acquisition of the name by the child.</p> <p>Article 2589 (1) The general effects of marriage are subject to the law of the common habitual residence of the spouses, and in their absence, the law of the common citizenship of the spouses. In the absence of common citizenship, the law of the state on whose territory the marriage was celebrated applies. The law applicable to the filiation of the child out of wedlock:</p> <p>Article 2605 (1) The filiation of the child out of wedlock is established according to the national law of the child from the date of birth. If the child has several citizenships, other than Romanian, the citizenship law that is most favourable to him is applied. (2) The law provided for in (1) applies especially to the recognition of filiation and its effects, as well as to contesting the recognition of filiation.</p>	<p>Applicable law</p> <p>Article 16 Universal application Any law designated as applicable by this Regulation applies whether or not it is the law of a Member State.</p> <p>Article 17 Applicable law 1. The law applicable to the establishment of parentage is the law of the state where the person who gives birth has his or her habitual residence at the time of birth or, if it cannot be established what is, at the time of birth, the habitual residence of the person who gives birth, the law of the state in when the child was born. 2. Without prejudice to paragraph (1), where the law applicable under paragraph (1) results in the establishment of parentage with respect to a single parent, the law of the State of nationality of that parent or of the second parent or the law the child's state of birth may apply to the establishment of parentage to the second parent.</p> <p>Article 18 Scope of Applicable Law The law designated by this regulation as the law applicable to establishing parentage regulates, in particular: (a) the procedures for establishing or contesting parentage; (b) the binding legal effect and/or probative force of authentic documents; (c) the procedural quality of the persons in the procedures involving the establishment or contestation of parentage; (d) any deadlines for establishing or contesting parentage.</p> <p>Article 19 Change in applicable law Where parentage has been established in a Member State pursuant to this Regulation, a subsequent change in the applicable law shall not affect parentage already established.</p>

Romanian Private International Law	Proposal for a Council Regulation on Parentage
<p>Acknowledgment Recognition of full right</p> <p>Article 1095 Foreign judgments are legally recognized in Romania, if they refer to the personal status of the citizens of the state where they were pronounced or if, being pronounced in a third country, they were first recognized in the state of citizenship of each party or, failing that of recognition, were pronounced based on the law determined as applicable according to Romanian private international law, they are not contrary to the public order of Romanian private international law and the right to defence was respected.</p> <p>Conditions of recognition</p> <p>Article 1096 (1) Decisions related to processes other than those provided for in art. 1,095 can be recognized in Romania, in order to benefit from the authority of <i>res judicata</i>, if the following conditions are cumulatively met:</p> <p>a) the decision is final according to the law of the state where it was pronounced; b) the court that pronounced it had, according to the law of the seat state, the competence to judge the case without being based exclusively on the presence of the respondent or some of his assets not directly related to the litigation in the seat state of the respective jurisdiction; c) there is reciprocity regarding the effects of foreign judgments between Romania and the state of the court that pronounced the judgment.</p> <p>(2) If the judgment was pronounced in the absence of the party that lost the case, it must also state that the party in question was served in due time both the summons for the term of the debates on the merits and the referral act of the court and that he was given the opportunity to defend himself and exercise the right of appeal against the decision. (3) The non-definitive nature of the foreign judgment, arising from the omission of the citation of the person who did not participate in the trial before the foreign court, can only be invoked by that person.</p>	<p>Acknowledgment</p> <p>Article 24 Recognition of a court decision</p> <p>1. Judgments in matters of filiation pronounced in one member state are recognized in all other member states without having to resort to any special procedure. 2. In particular, no special procedure is required for the updating of the civil status documents of a Member State on the basis of a judicial decision in the matter of filiation rendered in another Member State which can no longer be subject to any appeal under the law of that Member State member state. 3. If the recognition of a judgment is invoked incidentally before a court in a member state, it may issue a judgment to that effect.</p>

Analysing the dichotomy of the provisions of the Code of Civil Procedure regarding the law applicable to the filiation of a child from or outside of marriage, respectively the proposal of the Council Regulation on filiation, we note the fact that by law, in Romania, either the law of the COMMON habitual residence of the spouses is considered, in the absence of the residence common, the law of the COMMON citizenship of the spouses, and in the absence of the common citizenship of the spouses, the law of the state on whose territory the marriage was celebrated. These assumptions are taken into account to establish the parentage of the child from the marriage, but with regard to the child out of wedlock, the national child law applies from the date of birth.

From the economy of the whole regulation, we deduce that the Romanian legislator, regarding the child from marriage, gives priority effectiveness to the common elements of the spouses, either the

common residence, or the common citizenship, or the territory where the marriage was celebrated, and with regard to the child out of wedlock, the law receives the child's national identity on the date of birth.

22. *Per a contrario, de lege ferenda*, in the event of the application of the Council Regulation on filiation, priority will be the law of the state where the person who gives birth has his habitual residence at the time of birth, or the law of the state where the child was born, and in the situation where the application of this law would result in the establishment of filiation with respect to a single parent, may apply to the establishment of filiation with respect to the second parent and the law of the state of citizenship of the parent who gives birth or of the second parent or the law of the state of birth of the child.

In other words, as a general rule, the law applicable to establishing parentage should be the law of the state in which the person who gives birth to a child has his or her habitual residence and if, by applying that rule, parentage is established only in relation to one of parents, the alternative solutions ensure the possibility of establishing parentage in relation to both parents.

With regard to the recognition of foreign judgments in Romania, the judicial procedure of the executor is mandatory, so that the enforceable title that was pronounced abroad can be enforced on the territory of Romania, but by *ferenda* law, based on the Council Regulation on parentage of judgments in matters of filiation pronounced in one member state are recognized in all other member states without having to resort to any special procedure.

XII. Jurisprudential element. Case Study

23. Through the application for summons, the petitioner, a Romanian citizen with permanent residence in France, requested the court from her domicile in Romania that by the judgment that will be pronounced, she would grant:

1. to establish the fact that the 1st rank respondent, domiciled in Romania, is not the minor's father, pursuant to S. 429 of the Civil Code;
2. to establish the minor's paternity vis-à-vis the respondent of rank 2, residing in France and domiciled in Romania, pursuant to S. 408 (3) of the Civil Code;
3. to order the making of the necessary entries in the register of civil status of the City Hall at the parents' residence, in the sense of the removal from the parent column of the entries that refer to the respondent of rank 1 and the entry in the parent column of the entries that refer to the 2nd rank respondent;
4. to decide that the parental authority over the minor born in France should be exercised jointly, by both parents, respectively by the petitioner and the 2nd rank respondent according to S. 930 (2) of the new Code of Civil Procedure (exercise of parental authority)
5. to decide, regarding the name of the minor pursuant to S. 438 of the Civil Code, for the minor to bear the father's last name (establishment of the minor's name);
6. to establish that the minor's residence should be at the mother's residence in France (minor's residence), currently the minor's residence is at that address, where the 2nd rank respondent also lives;
7. to order the obligation of the 2nd rank respondent to make contributions for the upbringing and education of the minor, in kind (the contribution to the expenses for the upbringing and education of the minor);

De facto, from the cohabitation relationship of the petitioner with the 2nd-ranking respondent, the minor is born in France, this being recognized²¹ by the 2nd rank respondent at the Romanian City

²¹ Recognition hit by absolute nullity in relation to the fact that the parentage to the mother's husband was not removed. See S. 418 of the Civil Code, regarding the absolute Nullity of the recognition which disposes: Recognition is struck by absolute nullity if:

Hall, but as a result of the fact that the minor is born during the divorce process between the petitioner and the 1st rank respondent, respectively during the mother's marriage with the 1st rank respondent, the provisions of S. 414 of the Civil Code which provide:

S. 414.

- (1) The child born or conceived during the marriage is fathered by the mother's husband.
- (2) Paternity can be denied, if it is impossible for the mother's husband to be the father of the child.

In such a situation, the City Hall of the residence of the biological parents registers the mother's husband, respectively the 1st rank respondent, in the "father" column of the child.

Through the action, it is also requested that the honourable court observe the fact that the 1st rank respondent recognizes in the divorce action the fact that at the time of filing the divorce action, the petitioner was 6 months pregnant with the child of another man, with whom she was in a relationship extramarital relationship, showing that that child is the result of the relationship with the man with whom she had the extramarital relationship. In the same sense, the complainant stated that she was pregnant with another man's child, meaning that it is impossible for the 1st rank respondent to be the minor's father.

In accordance with the provisions of Section 408 of the Civil Code - Ways of establishing filiation -:

- (1) Filiation to the mother results from the fact of birth; it can also be established by recognition or by court decision.
- (2) Filiation to the father from the marriage is established through the effect of the presumption of paternity.
- (3) Filiation to the father outside of marriage is established by recognition or by court decision, as the case may be.

Moreover, S. 425 of the Civil Code (Action to establish paternity) establishes:

- (1) The action to establish paternity outside marriage belongs to the child and is initiated on his behalf by the mother, even if she is a minor, or by his legal representative.
- (2) It can be started or, as the case may be, continued by the child's heirs, in accordance with the law.
- (3) The action to establish paternity can also be initiated against the heirs of the alleged father.

Section 426 of the Civil Code (Presumption of filiation towards the alleged father) provides:

- (1) Paternity is presumed if it is proven that the alleged father lived with the child's mother during the legal time of conception.
- (2) The presumption is removed if the alleged father proves that it is impossible for him to have conceived the child.

An objection was submitted to the case file by the 2nd rank respondent, through which it is stated that he agrees with the action filed by the petitioner and states that he is the minor's father.

In the same sense, the 1st rank respondent also submitted an objection to the case file, through which he states that he agrees with the action filed by the petitioner, his ex-wife, and shows that he is not the minor's father.

a) a child was recognized whose parentage, established according to the law, was not removed. However, if the previous filiation was removed by a court decision, the recognition is valid;
 b) it was made after the child's death, and he left no natural descendants;
 c) was made in other forms than those provided by law

In the case, the court admitted and administered the documentary evidence, admitted the testimonial evidence with 2 witnesses domiciled in France, meaning that they were heard by rogatory commission, admitted the evidence with the psychosocial investigation, which was carried out in France at the address biological parents by the City Hall in France. The trial of a social investigation at the applicant's home was ordered by writ of mandate given that the parties live in France, where the minor's home is located. From the contents of the social investigation, it is noted that she has the conditions for the upbringing and education of the minor, currently the minor has two more brothers from the relationship of the petitioner with the 2nd rank respondent, the minor is educated, this was highlighted by her behaviour and diligence, which described her parents using positive words.

The French authorities listened to the witnesses, by rogatory commission, they highlighted the cohabitation relationship of the parties, respectively the petitioner and the 2nd rank respondent, the circumstance in which the minor was born, it being known to them that the minor's biological father is the 2nd rank respondent, which he had and was known to behave in this sense, behaving with love towards the minor.

The court notes that the 1st rank respondent is registered in the minor's birth certificate, respectively that the marriage of the spouses, respectively the marriage between the petitioner and the 1st rank respondent, was dissolved by civil sentence.

In relation to the moment of dissolution of the marriage, the minor was born in the marriage of the spouses, in the sense in which Section 429 of the Civil Code, marginally entitled Action in denial of paternity, is incident:

- (1) The action to deny paternity can be initiated by the mother's husband, the mother, the biological father, as well as the child. It can be started or, as the case may be, continued by their heirs, in accordance with the law.
- (2) The action is brought by the mother's husband against the child; when he is deceased, the action is started against his mother and, if applicable, his other heirs.
- (3) If the husband benefits from special guardianship, the action can be initiated by the guardian, and in his absence, by a curator appointed by the court.
- (4) The mother or the child can bring the action against the husband. If he is deceased, the action is started against his heirs.
- (5) The biological father can bring the action against the mother's husband and the child. If they are deceased, the action is started against the heirs.

According to Section 431 of the Civil Code, marginally entitled Denial of paternity by the mother:

- (1) The action to deny paternity can be initiated by the mother within 3 years from the date of the child's birth.

The court invoked the provisions of Section 432 of the Civil Code, marginally entitled Denial of paternity by the alleged biological father.²²

- (1) The action in the denial of paternity introduced by the one claiming to be the biological father can only be admitted if he proves his paternity towards the child.
- (2) The right to action does not expire during the life of the biological father. If he has died, the action can be filed by his heirs within a maximum of one year from the date of death.

Next, Section 434 of the Civil Code, Disputing filiation against the father by marriage, is invoked, according to which:

Any interested person can, at any time, ask the court to find that the conditions are not met for the presumption of paternity to apply to a child registered in civil status documents as being born out of wedlock.

²² Although the pending action represented an action in the denial of paternity by the mother.

The petitioner claims that the minor was born in the cohabitation relationship with the 2nd rank respondent, and according to S. 412 (1) Civil Code Legal time of conception

- (1) The time interval between the three hundredth and the one hundred and eightieth day before the birth of the child is the legal time of conception. It is calculated daily.
- (2) Through scientific means of proof, it is possible to prove the conception of the child in a certain period of the time interval provided for in section (1) or even outside this range.

It is also noted that it is impossible for the 1st rank respondent to be the minor's father, based on all the evidence administered in the case, due to the fact that the spouses, during the legal time of conception as defined by S. 412 of the civil code, they did not live together, a fact that leads to the admission of the action filed by the petitioner.

Through the Civil Judgment delivered in the pending case, the court partially admitted the civil action filed by the petitioner, action filed in her own name and as a representative of the minor. The court finds that the 1st rank respondent is not the father of the minor, respectively finds that the 2nd rank respondent is the father of the minor.

As regards the petitioner's petitions regarding the establishment of the minor's home, namely the obligation of the second-ranking respondent to a maintenance pension in kind, the court will reject these petitions, as devoid of interest, given that the evidence of the case does not show that between the parties, as parents of the minor, there is a misunderstanding regarding the minor's domicile, or the contribution to her support, to her growth and education.²³

Regarding the name of the minor, according to S. 450 of the Civil Code Name of the child out of wedlock:

- (1) The child out of wedlock takes the last name of the parent with whom filiation was first established.
- (2) In case the filiation was subsequently established with respect to the other parent, the child, with the consent of the parents, may take the surname of the parent with whom he subsequently established his filiation or their combined names. The new surname of the child is declared by the parents, together, at the local community public service for the registration of the persons whose birth was registered. In the absence of parental consent, the provisions of S. 449 para. (3), which provide: (3) In the absence of the consent of the parents, the guardianship court decides and immediately communicates the final decision to the local community public service for records of persons where the birth was registered, meaning that the court approved that the minor bear the name of the biological father, respectively the name of the 2nd rank respondent.

It is ordered that the Civil Status Office of the parties' place of residence, which issued the birth certificate, make the appropriate mentions regarding the dispositions given by the court.

²³ The petitions were initiated according to the provisions of art. 438 Civil Code found in chapter V. Common provisions regarding parentage actions, the child's situation according to which

(1) Through the decision to admit the action, the court also pronounces on the establishment of the child's name, the exercise of parental authority and the parents' obligation to maintain the child.

(2) If it admits an action in contesting parentage, the court can establish, if necessary, the way in which the child maintains personal ties with the one who raised him.

By virtue of these provisions, based on the principle of availability, the applicant requested the court to rule on the establishment of the minor's name, the exercise of joint parental authority and the parents' obligation to maintain the minor in kind, regardless of the fact that there is no misunderstanding between the parties regarding these requests. *Mutatis mutandis*, the court established the name of the minor, although there is no misunderstanding between the parties.

The petitioner did not start an appeal against the civil judgment, as a result of the procrastination of the settlement of the trial, within a term of approximately 2 years.

24. The pending case was resolved within a term that is not considered to be a reasonable term, since the summons was registered on 23.03.2021, the judgment pronounced on 17.11.2022, respectively drafted on 27.02.2023.

25. Comparatively, in the assumption of the application of the Council Regulation on jurisdiction, applicable law, recognition of court decisions and acceptance of authentic documents in matters of filiation and regarding the creation of a European certificate of filiation, pursuant to art. 3 Scope, which stipulates that this regulation applies to civil matters regarding filiation in cross-border situations, it is necessary to note that the courts of the Member State where the child has its habitual residence at the time of the referral to the court, in accordance with art. 6 lit. a) from the Regulation.

26. Or, in the pending case, the competent court would have been the guardianship court in France, considering that the minor had her habitual residence in France at the time of the referral to the court, and it is no longer necessary to administer the evidence through the rogatory commission, respectively the evidence with the hearing of witnesses and the evidence with carrying out the psychosocial investigation, a fact that would determine the resolution of the process in a truly reasonable term, based on the principle of the best interest of the minor.

Moreover, following the thorough analysis of the entire Article 6 of the Regulation, which regulates the General Competence, in the pending case several letters would be involved, respectively a), c), d) and f), since:

The courts of the member state are competent to decide on issues related to filiation:

- (a) in which the child has his habitual residence at the time of the referral to the court, in relation to the fact that the minor had his habitual residence in France at the time of the referral to the court,
- (b) whose citizenship the child holds at the time of referral to the court or
- (c) in which the respondent has his habitual residence at the time of the referral to the court, in relation to the fact that the biological father had his habitual residence in France at the time of the referral to the court,
- (d) in which either of the parents has their habitual residence at the time of the referral to the court, in relation to the fact that the mother had her habitual residence in France at the time of the referral to the court,
- (e) whose citizenship is held by either parent at the time of referral to the court or
- (f) where the child was born, based on the fact that the minor was born in France.

13. Conclusions

In corollary, for the speedy resolution of a summons request that would have as its object the denial of paternity, as well as the establishment of paternity, the proposal of the Council Regulation on jurisdiction, the applicable law, the recognition of court decisions and the acceptance of authentic documents in matters of filiation and regarding the creation a European parentage certificate, is considered to be beneficial.

From another perspective, non-governmental organizations in Romania are of the opinion that the Regulation disregards the fundamental principles of subsidiarity and proportionality, i.e. the fact that free movement cannot be used as a tool to circumvent the national competences of each member state in the field of marriage and family.²⁴

²⁴ <https://asociatiaprovita.ro/wp-content/uploads/2021/05/consultare-CE-recunoasterea-transfrontaliera-familiei-2021.pdf> The study mentions the fact that the imposition of the recognition of parenthood established abroad - in the hypothesis where the child is born following a surrogacy contract, through adoption or through medically assisted reproduction - in contradiction with the national laws of the host state would create a serious conflict between the rules, eo ipso there would be at least two definitions of

27. Regardless of the arguments for and against the Proposed Regulation regarding filiation, in relation to the fact that in order to promote the Union's object of creating, maintaining and developing an area of freedom and justice in which to ensure the free movement of people, access to justice and full respect for fundamental rights, Commission President Mrs. von der Leyen stated in her 2020 State of the Union address that “who is a parent in one country is a parent in all countries”,²⁵ we believe that the appropriate perspective would have been “who is a CHILD in one country, is a child in all countries” taking into account the supremacy of the child's best

family and of the notion of parent, both in force in the same Member State, which would lead to normative chaos and a continuous erosion of national competence in related matters.

In support of the view that mother and child would become a commodity, see:

S. HAWLEY, “*Damaged babies and broken hearts: Ukraine's commercial surrogacy industry leaves a trail of disasters*”, ABC News, <https://www.abc.net.au/news/2019-08-20/ukraines-commercial-surrogacyindustry-leaves-disaster/11417388>

L. DE FREITAS, “Couple left ‘devastated’ after surrogate baby is born with ‘Asian’ features”, News24, <https://www.news24.com/you/parenting/couple-left-devastated-aftersurrogate-baby-is-born-with-asian-features-20190822>

J. LAHL/ M. EPINETTE, *Breeders: A Subclass of Women? Center for Bioethics and Culture*, 2014); KISHWAR DESAI, “*India's surrogate mothers are risking their lives*”, The Guardian (5 June 2012), <https://www.theguardian.com/commentis-free/2012/jun/05/india-surrogates-impoverished-die>

²⁵ For details on maternity leave, paternity and raising and child care, see

R. L. DORNEAN PĂUNESCU, *Maternity/Paternity Leave, Parental Leave for Child Care – Legislation, Child Psychology, Harmonious Development*, Biennial International Conference “Family Institution. Tradition, Reform, Standardization and Perspective”, first edition, Iasi, November 8, 2019, Jurnalul de Studii Juridice Year XIV, No. 1-2, June, 2019, p.56-71. <https://lumenpublishing.com/journals/index.php/jls/article/view/2263/1858>

For details regarding the child's right to the state allowance, see R.L. DORNEAN PĂUNESCU, *State allowance for children - social security right/Children's allowance - social security right*, in Jurnalul de Studii Juridice vol. 16 no. 1-2, November 2021, pp. 24-38, <https://lumenpublishing.com/journals/index.php/jls/article/view/4509/3241>

“Third-State connections” in the proposal for an EU regulation on parenthood: more than a regime of circulation of the status between Member States?*

Conexiones con terceros Estados en la propuesta de reglamento europeo en materia de filiación: ¿más que un régimen de circulación del estatuto personal entre Estados miembros?

DILETTA DANIELI

*Senior researcher of European Union Law
University of Verona*

Recibido: 15.06.2023 / Aceptado: 24.07.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.8113

Abstract: Starting from the main features of the scope of application of the proposal for an EU regulation on parenthood, the paper follows a cross-cutting assessment with a view to determining whether, and how, the proposed instrument considers the elements of connection that a parent-child relationship may have, in a given case, with States that are not members of the EU. Some final considerations are then proposed on the possible policy grounds underlying the analysed provisions.

Keywords: parenthood; EU regulation proposal; non-EU States; fundamental rights.

Resumen: Partiendo de las principales características del ámbito de aplicación de la propuesta de reglamento europeo en materia de filiación, este trabajo sigue una evaluación transversal para determinar si, y cómo, el instrumento propuesto considera los elementos de conexión que una filiación puede tener, en un caso dado, con Estados que no son miembros de la UE. A continuación, se proponen algunas consideraciones finales sobre los posibles motivos políticos subyacentes a las disposiciones analizadas.

Palabras clave: filiación; propuesta de reglamento europeo; terceros Estados; derechos fundamentales.

Summary: I. Introduction: the context and objectives of the proposal for an EU regulation on parenthood. II. The scope of the analysis: the existence of “third-State connections” in the proposal and their implications (...). 1. (...) in the jurisdictional regime. 2. (...) in the conflict-of-laws regime. 3. (...) in the regime of recognition of decisions and authentic instruments. III. Concluding remarks.

*The paper elaborates on a *comunicación* presented at the *IX Congreso Internacional de Derecho Internacional Privado de la Universidad Carlos III de Madrid «Propuesta de reglamento europeo en materia de filiación»*, held on 4-5 May 2023.

I. Introduction: the context and objectives of the proposal for an EU regulation on parenthood

1. The continuity of the parenthood status within the European Union (EU) has become the subject matter of a recent proposal for a regulation, grounded on the legal basis of Article 81.3 TFEU, that was published by the European Commission on 7 December 2022¹ (hereinafter also «proposal»). This instrument builds on a highly sensitive and debated legal issue, which not only imposes to primarily protect the fundamental rights of the individuals concerned and to strike a balance with the constitutive values of national legal orders, but in the European framework further requires to consider the allocation of competences between the EU and the Member States. The scope of the proposal covers all aspects of private international law, namely providing uniform rules concerning jurisdiction and law applicable to cross-border parenthood, as well as on recognition of decisions and acceptance of authentic instruments in this field, and it additionally creates an optional standard form to facilitate the circulation of the status (i.e. the European Certificate of Parenthood – ECP)². The main goal is therefore to grant an effective protection to the fundamental rights and other rights of children, which may be negatively affected by the non-recognition of parenthood (or for limited purposes) between Member States, and furthermore, to ensure legal certainty and predictability to the relevant legal regime and to streamline the costs and legal requirements for claiming recognition of the status in another Member State.

2. The legislative initiative was announced already in 2020 in the State of the Union address delivered by the President of the European Commission von der Leyen³, then subsequently included among the political priorities of two policy instruments: first, the LGBTIQ Equality Strategy 2020-2025⁴ that aims at promoting the EU dimension of equality and non-discrimination in general, and second, the EU strategy on the rights of the child of 2021⁵, the objective of which is to mainstream the protection of minor children across all EU policies. Moreover, the proposal is also in line with earlier positions of the EU institutions, which all shared the view of supporting the adoption of measures to allow the recognition of the effects of civil status records between EU Member States, including those concerning birth, parenthood and adoption⁶.

3. Prior to the proposal, however, legal issues related to parenthood have been excluded from the respective scopes of application of EU instruments of judicial cooperation in cross-border family law enacted on the legal basis of Article 81.3 TFEU, which govern, *inter alia*, private international law

¹ Proposal for a Council regulation on jurisdiction, applicable law, recognition of decisions and acceptance of authentic instruments in matters of parenthood and on the creation of a European Certificate of Parenthood, COM(2022) 695 final. For an overview of its main contents, see A. TRYFONIDOU, “Cross-Border Legal Recognition of Parenthood in the EU”, Study PE 746.632, April 2023, available online; also L. CARPANETO, “Filiazione, circolazione degli status e diritto internazionale privato: la nuova proposta di regolamento UE e orizzonti di sviluppo”, *Aldricus blog*, 9 January 2023, available online.

² See Article 1 of the proposal on its subject matter.

³ The reference is to her well-known statement «[i]f you are parent in one country, you are parent in every country» (State of the Union address 2020, available online, p. 22).

⁴ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *Union of Equality: LGBTIQ Equality Strategy 2020-2025*, COM(2020) 698 final of 12 November 2020.

⁵ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *EU strategy on the rights of the child*, COM(2021) 142 final of 24 March 2021. It should be clarified at the outset that the proposal does not limit its scope to minor children, as it applies regardless of the age of the child concerned: see further *infra*, paragraph II of this paper.

⁶ See, already in 2010, European Council, *The Stockholm Programme – An open and secure Europe serving and protecting citizens*, OJ C 115 of 4 May 2010, p. 1, and the related action plan (communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *Delivering an area of freedom, security and justice for Europe’s citizens, Action Plan Implementing the Stockholm Programme*, COM(2010) 71 final of 20 April 2010), as well as the green paper *Less bureaucracy for citizens: promoting free movement of public documents and recognition of the effects of civil status records*, COM(2010) 747 final of 14 December 2010; in 2017, the European Parliament resolution with recommendations to the Commission on cross border aspects of adoptions (2015/2086(INL)).

aspects of related matters such as parental responsibility⁷, maintenance obligations⁸ and succession⁹. Indeed, parenthood has been considered as an aspect pertaining to civil status and, consequently, falling within the remit of the Member States, still conditional on compliance with the principles of the EU legal order¹⁰. Considering another perspective, Regulation (EU) 2016/1191¹¹ does include in its scope public documents (and certified copies thereof) relating to birth, parenthood and adoption¹²; being grounded on the different legal basis of Article 21.2 TFEU, however, it only introduces a simplification in the administrative formalities required for the circulation of those documents between Member States, without regulating the effects of the legal situations therein attested.

4. Against this background, the proposal can complement the existing EU legislation from a two-fold standpoint. On the one hand, the proposed regulation would operate alongside the current instruments of judicial cooperation in family matters with a view to resolving legal issues on the parenthood of a child as preliminary questions in respect of parental responsibility, maintenance obligations and succession¹³. On the other hand, the circulation of public documents on birth, parenthood and adoption under the proposed regulation would also encompass the recognition of their effects, without affecting Regulation 2016/1191 and its scope of application limited to the authenticity of those documents¹⁴.

5. The issue of the recognition of the parenthood status lawfully established in an EU Member State has already been addressed also by the Court of Justice in the well-known *V.M.A.* case¹⁵, but under the different perspective of the exercise of the rights deriving from Union citizenship, in particular the

⁷ Council Regulation (EU) 2019/1111, of 25 June 2019, on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction (recast), *OJL* 178 of 2 July 2019, p. 1, in particular Article 1.4.a thereof.

⁸ Council Regulation (EC) No 4/2009, of 18 December 2008, on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations, *OJL* 7 of 10 January 2009, p. 1. See in particular Article 22 thereof, which excludes that the recognition of a maintenance decision under said Regulation may have any effect on the recognition of the parentage underlying the maintenance obligation that gave rise to the decision.

⁹ Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council, of 4 July 2012, on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession, *OJL* 201 of 27 July 2012, p. 107, in particular Article 1.2.a thereof.

¹⁰ As stated by the Court of Justice in a well-established line of case law: e.g., CJEU 1 April 2008, *Tadao Maruko*, C-267/06, ECLI:EU:C:2008:179, *ECR* 2008 I-1757; 12 May 2011, *Vardyn*, C-391/09, ECLI:EU:C:2011:291, *ECR* 2011 I-3787; 8 June 2017, *Freitag*, C-541/15, ECLI:EU:C:2017:432.

¹¹ Regulation (EU) 2016/1191 of the European Parliament and of the Council, of 6 July 2016, on promoting the free movement of citizens by simplifying the requirements for presenting certain public documents in the European Union and amending Regulation (EU) No 1024/2012, *OJL* 200 of 26 July 2016, p. 1. For a comprehensive assessment of this Regulation, also in connection with EU free movement law and other EU instruments of civil judicial cooperation, see the papers published in the journal *Papers di diritto europeo*, 2023, *Special Issue*, available online, as a research output of the EU project «Identities on the move. Documents cross borders – DxB».

¹² In addition, the Regulation 2016/1191 applies to other facts constituting civil status and registration matters, which are listed in Article 2.1 thereof: a person being alive; death; name; marriage, including capacity to marry and marital status; divorce, legal separation or marriage annulment; registered partnership, including capacity to enter into a registered partnership and registered partnership status; dissolution of a registered partnership, legal separation or annulment of a registered partnership; domicile and/or residence; nationality; absence of a criminal record. Furthermore, said Regulation covers public documents concerning electoral rights with the specifications set out in its Article 2.2.

¹³ As clarified by Recital 29 of the proposal.

¹⁴ With regard to the relations with Regulation 2016/1191, see Article 2.2 and Recital 15 of the proposal.

¹⁵ CJEU 14 December 2021, *V.M.A. v Stolichna obshtina, rayon “Pancharevo”*, C-490/20, ECLI:EU:C:2021:1008. In the extensive literature on this case, see, e.g., M.C. BARUFFI, “Il riconoscimento della filiazione tra persone dello stesso sesso e la libera circolazione delle persone nell’Unione europea”, *Famiglia e Diritto*, 2022, pp. 1098-1103; L. BRACKEN, “Recognition of LGBTIQ+ parent families across European borders”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2022, pp. 399-406; M. GRASSI, “Riconoscimento del rapporto di filiazione omogenitoriale e libertà di circolazione all’interno dell’Unione europea”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2022, pp. 591-609; F. MAOLI, “La sentenza *Pancharevo* della Corte di giustizia UE sul riconoscimento del rapporto di filiazione e diritti connessi alla cittadinanza europea”, *Ordine internazionale e diritti umani. Osservatorio sul diritto internazionale privato e diritti umani*, 2022, available online, pp. 555-565; A. TRYFONIDOU, “The ECJ recognises the right of rainbow families to move freely between EU Member States: the *VMA* ruling”, *European Law Review*, 2022, pp. 534-549.

right to free movement and residence within the EU. In this context, the Court of Justice has largely referred to its previous case law concerning the consequences of Union citizenship on the circulation of personal and family status¹⁶, by means of which the rights conferred by Articles 20-21 TFEU and Directive 2004/38/EC¹⁷ were afforded a wider effectiveness. Unlike the earlier decisions, however, in *V.M.A.* the Court of Justice was called upon to rule, for the first time, in a case involving the parenthood status of a child born in Spain to a couple of women (a British national and a Bulgarian national) by means of heterologous in vitro fertilisation performed according to the relevant national legislation. The birth certificate of the child, drawn up by the Spanish authorities and attesting the parenthood of both women, was not recognised in Bulgaria for the purposes of recording the birth of a national of that Member State and obtaining an identity card or passport required to freely move and reside in the EU. The Court has nonetheless held that the Member State of which that child is a national, as well as any other Member State, is obliged to recognise the parent-child relationship as attested in the birth certificate issued in a Member State for the (sole) purposes of allowing the child to exercise, with each of the parents resulting in the document, the rights deriving from Union law on free movement. This was argued on the basis of principles already expressed in the previous *Coman* case, originating from the different background of a same-sex marriage lawfully concluded in a Member State that was equally subject to recognition in another Member State even though it did not provide for same-sex marriages in its legal order, in order to confer a derived right of residence to the third-country national spouse in the Member State of which the Union citizen was a national¹⁸. The obligation as stated in *V.M.A.*, and prior to that in *Coman*, is therefore characterised by an instrumental nature¹⁹, and consequently does not impose on the Member States the recognition of the personal and family status for purposes other than the exercise of free movement rights under EU primary and secondary law, nor it requires any changes of the substantive national legislations in matters of family law and civil status.

6. In relation to this line of case law briefly recalled, the proposed regulation on parenthood is not intended to have implications on the enjoyment of the rights to freely move and reside in other Member States that Union law guarantees to children and their parents, as clearly stated by Article 2.1 of the proposal. With a view to exercising those rights, proof of the parent-child relationship can be provided by any means and the presentation of the attestations accompanying judicial decisions and authentic instruments according to the relevant annexes of the proposal is not mandatory, nor the use of the European Certificate of Parenthood²⁰. Nevertheless, Recital 14 of the proposal underlines that the person

¹⁶ Recalling a few of these decisions: CJEU 2 October 2003, *Garcia Avello*, C-148/02, ECLI:EU:C:2003:539, ECR 2003 I-11613; 19 October 2004, *Chen*, C-200/02, ECLI:EU:C:2004:639, ECR 2004 I-9925; 14 October 2008, *Grunkin e Paul*, C-353/06, ECLI:EU:C:2008:559, ECR 2008 I-7639; 8 March 2011, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, ECLI:EU:C:2011:124, ECR 2011 I-1177; 16 July 2015, *Singh*, C-218/14, ECLI:EU:C:2015:476; 13 September 2016, *Rendón Marin*, C-165/14, ECLI:EU:C:2016:675; 10 May 2017, *Chavez-Vilchez*, C-133/15, ECLI:EU:C:2017:354; 8 May 2018, *K.A. and Others*, C-82/16, ECLI:EU:C:2018:308; 5 June 2018, *Coman*, C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385; 26 March 2019, *SM*, C-129/18, ECLI:EU:C:2019:248.

¹⁷ Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council, of 29 April 2004, on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States amending Regulation (EEC) No 1612/68 and repealing Directives 64/221/EEC, 68/360/EEC, 72/194/EEC, 73/148/EEC, 75/34/EEC, 75/35/EEC, 90/364/EEC, 90/365/EEC and 93/96/EEC, OJL 158 of 30 April 2004, p. 77.

¹⁸ For a more detailed discussion of the *Coman* case, see, e.g., U. BELAVUSAU, D. KOCHENOV, “Same-sex spouses: More free movement, but what about marriage? *Coman*”, *Common Market Law Review*, 2020, pp. 227-242; M. GRASSI, “Sul riconoscimento dei matrimoni contratti all’estero tra persone dello stesso sesso: il caso ‘Coman’”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2019, pp. 739-776; J.J. RIJMA, “You Gotta Let love Move”, *European Constitutional Law Review*, 2019, pp. 324-339; A. TRYFONIDOU, “The ECJ Recognises the Right of Same-Sex Spouses to Move Freely Between EU Member States: The *Coman* ruling”, *European Law Review*, 2019, pp. 663-679; G. ROSSILLO, “Corte di giustizia, matrimonio tra persone dello stesso sesso e diritti fondamentali: il caso *Coman*”, *SIDIBlog*, 8 July 2018, available online.

¹⁹ In this sense, see further O. FERACI, “Il riconoscimento ‘funzionalmente orientato’ dello ‘status’ di un minore nato da due madri nello spazio giudiziario europeo: una lettura internazionalprivatistica della sentenza ‘*Pancharevo*’”, *Rivista di diritto internazionale*, 2022, pp. 564-579, at p. 571; J. MEEUSEN, “Functional recognition of same-sex parenthood for the benefit of mobile Union citizens – Brief comments on the CJEU’s *Pancharevo* judgment”, *GEDIP/EGPIL*, 2022, available online. The “instrumental” approach was reiterated in a subsequent case having a similar factual background as *V.M.A.*, on which the Court of Justice ruled with the order of 24 June 2022, *Rzecznik Praw Obywatelskich*, C-2/21, ECLI:EU:C:2022:502.

²⁰ See the opening statement of Annexes I, II and III of the proposal, containing the attestations referred to, respectively,

requesting the recognition is free to decide to avail himself/herself of these attestations or the ECP also in the context of the exercise of the rights of free movement.

7. As compared to the *V.M.A.* case, the proposal can fill a current gap insofar as the recognition of the parenthood established in another Member State is not imposed under Union law for all purposes. Being a legislative measure based on Article 81.3 TFEU, the proposed regulation is thus able to overcome the existing difficulties in the circulation of families across the EU²¹, allowing children and parents to fully exercise the rights deriving from the parent-child relationship under national law (e.g. nationality, the right to a name, custody and access rights, maintenance and succession rights, legal representation).

8. As a final point in these introductory considerations, it is worth mentioning that the proposal elaborated by the European Commission is not the only legislative project that is currently being discussed with regard to the cross-border recognition of parenthood. Already back in 2010, the Hague Conference of Private International Law (HCCH) launched the Parentage/Surrogacy project to focus on the private international law issues surrounding the legal parentage of children, as well as international surrogacy arrangements. The advancement of the legislative work was entrusted with an Experts’ Group, which concluded its mandate with the publication of its Final Report²² in November 2022. More precisely, it proposed the creation of two different legal instruments, both having binding force: one, in the form of a convention, aimed at introducing private international law rules in the area of parenthood, and the other one, in the form of a separate protocol, concerning specifically the parent-child relationship resulting from an international surrogacy arrangement. The Final Report was presented during the HCCH Council of General Affairs and Policy held in March 2023, which further mandated a Working Group to explore provisions for one new instrument drawing on the ideas and assessment contained in the Final Report of the Experts’ Group, and, if necessary, to consider the possibility of two instruments²³. Although in the different context of the HCCH, the Parentage/Surrogacy project, also in its most recent developments, shares with the EU proposal the common objectives of ensuring «predictability, certainty and continuity»²⁴ of the parenthood status in international situations, as well as of protecting the human rights of all individuals concerned, especially those of children²⁵.

II. The scope of the analysis: the existence of “third-State connections” in the proposal and their implications (...)

9. The analysis carried out in this paper takes as a starting point the elements of connection that a parent-child relationship may have, in a given case, with States that are not members of the EU²⁶, and intends to follow a cross-cutting perspective with a view to assessing how (and, preliminarily, whether) the proposal for an EU regulation on parenthood takes into account these factors and their impact on the circulation of the legal status between EU Member States that constitutes the main objective of the proposed instrument.

court decisions, authentic instruments with binding legal effects and authentic instruments with no binding legal effects. The same is also provided in Annex V in relation to the European Certificate of Parenthood.

²¹ As illustrated in Recitals 10-11 of the proposal.

²² Parentage/Surrogacy Experts’ Group, Final Report *The feasibility of one or more private international law instruments on legal parentage*, available online.

²³ See further the Conclusions & Decisions (C&D) of the March 2023 meeting of the Council on General Affairs and Policy, in particular paras. 3-8 thereof.

²⁴ Conclusions & Decisions, cited above, para. 5.b. The same terminology is extensively used also in the EU proposal, both in its text and in the European Commission’s Explanatory Memorandum.

²⁵ For an in-depth analysis of the two legislative projects from a comparative perspective, see L. VÁLKOVÁ, “The Commission proposal for a regulation on the recognition of parenthood and other legislative trends affecting legal parenthood”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2022, pp. 854-899.

²⁶ Just to imagine some common examples: the nationality of the parents and/or the child, as well as their habitual residence, the State of birth.

10. From the extent of the scope of the proposed regulation, it is apparent that the Commission opted for a comprehensive approach. Article 3.1 of the proposal stipulates that it shall apply to «civil matters of parenthood in cross-border situations» and the subsequent Paragraph 2 lists a number of aspects that are excluded from the material scope, which are variably regulated in other EU²⁷ or international legal sources²⁸, or remain subject to the exclusive competence of Member States²⁹. At the same time, another essential feature of the proposal is the clear-cut (at least in its wording) delimitation of the territorial scope as laid down in Article 3.3, which leaves out the recognition or acceptance of court decisions and authentic instruments given, drawn up or registered in a third State. These cases, as underlined in Recital 32, are governed by the national law of each Member State, and this reference should be read as to include any relevant international agreement to which the given Member State is bound. In this regard, the only requirement for the proposed regulation to apply is, therefore, that the document establishing or proving parenthood be issued in a Member State, in accordance with the clarification provided by the European Commission in the Explanatory Memorandum to the proposal³⁰.

11. As it is common policy practice in EU secondary law, in order to ensure a uniform application of its provisions, Article 4 of the proposal lays down several definitions, among which at least those specifically related to the subject matter of the proposed instrument can be mentioned. More precisely, the notion of «parenthood» shall be referred to «the parent-child relationship established in law»³¹ and its establishment is intended as «the determination in law of the relationship between a child and each parent» (including where this follows a claim contesting a parenthood established previously). As regards the individuals concerned, a «child» shall be identified as «a person of any age whose parenthood is to be established, recognised or proved». From these broad provisions it can be inferred that, for the purposes of falling within the scope of application of the proposal, the relationship between the parent and the child may be biological, genetic or adoptive (either full or simple), or by operation of law, provided that it is established in a Member State as specified in Recital 24. No relevance is instead attached to any of the following elements: (i) the reproductive techniques by means of which the child was conceived or born, thus including assisted reproduction and surrogacy; (ii) the personal situation of the parent (who can be either legal or intended, single or in a *de facto*, registered or married couple); (iii) the age of the child (minor or adult, and even deceased or not yet born); (iv) the nationality of the parent(s) and the child³². As a result, the parenthood envisaged by the proposed regulation is essentially a “neutral” concept³³: while the necessary requirement is that the legal status shall in any case be established within the Union, the proposal applies irrespective of how the child was conceived or born, of the type of family of origin, of the nationality of the parent(s) and the child, as well as of his or her place of birth, with a view to ensuring the enjoyment of equal rights. As the European Commission underlined in the

²⁷ Such as parental responsibility, maintenance obligations and succession matters, respectively governed by the above-cited Regulations 2019/1111, 4/2009 and 650/2012.

²⁸ As in the case of intercountry adoption, regulated under the Hague Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption.

²⁹ This applies to the legal issues of the existence, validity or recognition of a marriage or other relationships having comparable effects; the legal capacity of natural persons; emancipation; nationality; the legal requirements for the recording of parenthood in a register of a Member State.

³⁰ COM(2022) 695 final, cited above, p. 3.

³¹ A previous reference for this notion in EU secondary law was included in Recital 14 of Regulation 2016/1191, which applies, as already mentioned, to public documents concerning parenthood providing for the exemption of legalisation and other administrative formalities where they are issued in a Member State and will need to be presented in another Member State.

³² On these aspects, it is useful to refer to the clarifications made in Recitals 21, 24 and 26 of the proposal.

³³ This represents a significant departure from previous instruments of judicial cooperation in family matters, in particular Regulation 2019/1111 and Regulation (EU) No 1259/2010 (Council Regulation (EU) No 1259/2010, of 20 December 2010, implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation, *OJL* 343 of 29 December 2010, p. 10) that did not define the concepts of «marriage» and «spouse» for the purposes of their application. This gave rise to uncertainties in the interpretation ranging from the identification of autonomous notions of EU law and the reference to the corresponding notions provided under national law, with the consequence that these Regulations were differently applied in the various Member States. For an in-depth assessment of this issue, see F. PESCE, “La nozione di ‘matrimonio’: diritto internazionale privato e diritto materiale a confronto”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2019, pp. 777-818.

Explanatory Memorandum to the proposal, it is indeed meant to be a key action to support equality and non-discrimination and the rights of children as universal rights.

12. From the broad terms of the subject matter and the definitions, and notwithstanding Article 3.3 concerning the undisputed aspect that the recognition of decisions and authentic instruments from third States is not governed by the proposed regulation, it follows that the parenthood may feature elements of connection also with third States and still fall within the scope of application of the proposal. The reference is mainly, even though not exclusively, to the parenthood deriving from a cross-border surrogacy arrangement, which is not excluded from the outset from the scope of the proposal nor subject to a separate (and optional) legal regime as it has been suggested in the different context of the mentioned HCCH Parentage/Surrogacy project. Against this background, in the following sections the implications of “third-State connections” inherent in the parenthood status will be assessed in the light of the solutions provided in the proposal with a view to determining their application and possible gaps that may arise.

1. (...) in the jurisdictional regime

13. The regime of jurisdiction set out in the proposal is designed to apply whenever a court of a Member State is called upon to rule on the establishment of parenthood with a cross-border element. The rules are structured according to a system that firstly sets out general alternative grounds³⁴ based on the principle of proximity between the court and the child concerned to facilitate access to justice (Article 6), and subsequent grounds that apply where jurisdiction cannot be established under the general provisions, drafted in similar terms as the corresponding rules contained in previous EU regulations adopted in cross-border family and succession law. In the first place, jurisdiction can be based on the presence of the child (Article 7), which may be particularly relevant in respect of third-country nationals, such as children who are applicants for or beneficiaries of international protection, or children internationally displaced because of disturbances occurring in their State of habitual residence. When no court of a Member State is found to have competence pursuant to the proposed regulation, the rule on residual jurisdiction (Article 8) allows to take into account, in each Member State, the applicable domestic laws³⁵, which thus comes into play in the event that the connecting factor of the relevant jurisdictional provisions is located outside the EU. Both grounds of jurisdiction were modelled upon the provisions of Regulation 2019/1111 related to parental responsibility matters (which already followed the legislative choice made by its predecessor, Regulation (EC) No 2201/2003³⁶).

14. The final rule provided in the proposal, which is the *forum necessitatis* (Article 9), is instead inspired by other EU instruments, and namely Regulation No 4/2009 on maintenance obligations and Regulation No 650/2012 on succession, as well as the “twin” regulations on property regimes³⁷. Simi-

³⁴ These being, more precisely: the habitual residence or the nationality of the child, the habitual residence of the respondent (who could be the person in respect of whom the child claims parenthood), the habitual residence or the nationality of either parent, all to be established at the time the court is seised, or additionally the State of birth of the child. The possibility of choosing between the alternative grounds can give rise to cases of “forum shopping”, which is not a new phenomenon in the EU context: for a reflection on this issue with regard to surrogacy practices in the internal market, see M.C. BARUFFI, “La maternità surrogata nella prospettiva del mercato interno”, *La cittadinanza europea*, 2021, pp. 230-244.

³⁵ Also in this case, the reference to national legislation includes the international legal instruments in force for each Member State concerned, pursuant to the clarification made by Recital 43 of the proposal.

³⁶ Council Regulation (EC) No 2201/2003, of 27 November 2003, concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000, *OJL* 338 of 23 December 2003, p. 1, no longer in force and repealed by Regulation 2019/1111 as of 1 August 2022.

³⁷ Respectively, Council Regulation (EU) 2016/1103, of 24 June 2016, implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes, *OJL* 183 of 8 July 2016, p. 1, and Council Regulation (EU) 2016/1104 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of the property consequences of registered partnerships, *OJL* 183 of 8 July 2016, p. 30.

larly to the previous examples, this clause is designed to confer jurisdiction, on an exceptional basis, to the courts of a Member State with which a case has a sufficient connection to rule on a parenthood matter that is closely connected with a third State. The objective is to remedy possible situations of denial of justice, as clarified also by the examples made in Recital 44 of the proposal, which refers to cases where proceedings prove impossible in a third State because of civil war, or where the child or another interested party cannot reasonably be expected to bring proceedings in a third State.

15. Insofar as it is relevant in this paper, further attention should be paid to the combined framework resulting from the rules applicable whenever jurisdiction cannot be established according to the general provision. Articles from 7 to 9 of the proposal indeed seem to set out a jurisdictional regime that has no equal in the previous instruments of EU civil judicial cooperation in family and succession matters, resulting in a substantially expansive effect of the grounds conferring jurisdiction to Member States in relation to situations where the parenthood is connected to third countries.

16. The “presence” rule is a fall-back provision already known in the *acquis* in EU civil judicial cooperation, but the proposal drafts it rather broadly with the consequence that it may become an exorbitant ground used to establish jurisdiction in a Member State also in cases having a substantially weak or random connection with the EU³⁸.

17. Furthermore, the subsequent rule of residual jurisdiction is provided alongside a *forum necessitatis*, while in the EU *acquis* an alternative between the two provisions is generally preferred: previous regulations employed the “earlier” approach of residual jurisdiction based on the reference to national law³⁹, while more recent instruments opted for the provision of the *forum* by necessity⁴⁰, either alone⁴¹ or combined with an “EU-autonomous” subsidiary rule conferring jurisdiction to a given Member State⁴². Commentators have read such a legislative choice as «excessive», although grounded on a «commendable (...) intent[ion] to protect children from a lack of jurisdiction within the EU»⁴³, with the suggestion of removing the residual jurisdiction ground in favour of the sole *forum necessitatis* clause. The objective of protecting the best interests of the child, in particular by avoiding possible situations of denied access to justice in third States in a sensitive matter such as parenthood, seems indeed the ultimate aim of the peculiar combination found in the proposal. In addition, as not all Member States provide in their domestic legislation for exorbitant rules of jurisdiction inspired by the doctrine of *forum* by necessity or of *forum (non) conveniens*, the choice made in the proposal may thus be able to introduce a uniform regime in this regard. The European Commission may have also decided for this regime that, albeit unprecedented, could provide a sort of “safety” policy options regarding cases in which the parenthood status features the mentioned “third-State connections”, so that they would find an applicable jurisdictional rule even though certain provisions of the proposal may ultimately be deleted during the political negotiations.

³⁸ In this regard, the Comments on the European Commission’s Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law, recognition of decisions and acceptance of authentic instruments in matters of parenthood and on the creation of a European Certificate of Parenthood, elaborated by a group of German scholars known as “The Marburg Group” and published on 10 May 2023 (available online), provide the illustrative example of the members of a family living in a third State, none of whom holds nationality of an EU Member State, who could nonetheless bring parenthood proceedings before the courts of a Member State where they were having a holiday trip (at p. 21 of the Comments).

³⁹ As already mentioned, this approach was adopted by Regulation No 2201/2003 and then confirmed by its recast with Regulation 2019/1111.

⁴⁰ For a more comprehensive assessment of the operation of this clause in other EU instruments of civil judicial cooperation, see P. FRANZINA, “Forum Necessitatis”, in I. VIARENGO, F.C. VILLATA (eds.), *Planning the future of cross-border families*, Oxford-New York, Hart, 2020, pp. 325-330; R. CAFARI PANICO, “Forum necessitatis: judicial discretion in the exercise of jurisdiction”, in F. POCAR, I. VIARENGO, F.C. VILLATA (eds.), *Recasting Brussels I*, Padova, CEDAM, 2012, pp. 127-146; G. ROSSOLILLO, “Forum necessitatis e flessibilità dei criteri di giurisdizione nel diritto internazionale privato nazionale e dell’Unione europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2010, no. 1, available online, pp. 403-418; P. FRANZINA, “Sul forum necessitatis nello spazio giudiziario europeo”, *Rivista di diritto internazionale*, 2009, pp. 1121-1129.

⁴¹ As in Regulation No 650/2012, Regulation 2016/1103 and Regulation 2016/1104.

⁴² This was the legislative choice made in Regulation No 4/2009.

⁴³ See The Marburg Group’s Comments on the Parenthood Proposal, cited above, p. 22.

2. (...) in the conflict-of-laws regime

18. The provision of conflict rules serves the general objective of the proposal of ensuring legal certainty and predictability in the uniform private international law regime on cross-border parenthood. Not only are they instrumental to avoid conflicting decisions rendered by Member States’ courts and to facilitate the subsequent recognition, but they may also counterbalance the broad choice of grounds of general jurisdiction set out in Article 6 that could lead to the well-known practice of “*forum shopping*”.

19. It should be mentioned at the outset that the proposal confirms the traditional universal application of the law designated as applicable (Article 16), thus also including laws of States that are not members of the EU. The main rule to determine the law applicable to the establishment of parenthood is provided in Article 17.1 of the proposal, which pinpoints the law of the State of the habitual residence of the person giving birth at the time of birth. When the habitual residence of the person giving birth cannot be determined, the law of the State of birth shall apply on a subsidiary basis⁴⁴.

20. As a further exceptional provision applying in the event that the general conflict rule results in the establishment of parenthood in relation to only one parent, Article 17.2 envisages two alternatives (either the law of the State of nationality of one of the parents or, again, the law of the State of birth of the child) with a view to establishing the parent-child relationship as regards also the second parent. This further possibility is designed to be particularly relevant for the intended parent in a same-sex couple, whereby the wording of the provision (namely, the use of «may») does not impose obligations on the Member States that do not provide for same-sex marriages or partnerships in their legal orders but, at the same time, would avoid backtracking from the current possibilities afforded under EU free movement law⁴⁵. Indeed, in a case where, under the law of the State of habitual residence of the person giving birth, only the establishment of parenthood in favour of the genetic parent were possible, the intended parent would nonetheless be able to refer to the exceptional provision to have also its parenthood established without being limited by the operation of the main conflict rule of the proposal⁴⁶. Accordingly, the parenthood as regards each of the parent would be established by authorities of different Member States, but this would not have any impact on its subsequent recognition in the EU under the applicable regime set out in the proposal⁴⁷.

21. From the perspective that is relevant for this paper, it is interesting to focus on the main connecting factor of Article 17.1, that is the law of the State of habitual residence of the person giving birth at the time of birth. While it should allow that the applicable law is determined in most cases, including in relation to new-born children whose habitual residence may not be easily identifiable⁴⁸, the law so designated is nonetheless meant to apply to the establishment of parenthood without any changes throughout the life of the child. Consequently, said law applies also in a subsequent moment other than the time of birth, and possibly distant to that point in time, when the connection of the factual situation with that law may become less close or even non-existent. This appears even more significant if one considers that the applicable law may very well be that of a third State, due to its universal character under Article 16 of the proposal. It was probably to avoid such drawbacks that during the *travaux pré-*

⁴⁴ It is interesting to mention that the operation of the general rules of jurisdiction and applicable law laid down in the proposal is characterised by a departure from the traditional approach of seeking the coincidence between *forum* and *ius* as a priority, in order to accommodate the need to provide for a number of alternative grounds of jurisdiction (in the already illustrated Article 6) and to facilitate the determination of the law applicable with a straightforward connecting factor (in principle, Article 17.1).

⁴⁵ As mentioned in the introduction of this paper, according to the *V.M.A.* ruling of the CJEU the parenthood established in a Member State shall already be recognised within the EU for the purposes of the enjoyment of the rights to free movement and residence under Union law.

⁴⁶ The application of Article 17.2 of the proposal, however, is not without ambiguities. As their assessment falls outside the scope chosen for this paper, a more comprehensive critical discussion of this provision can be found in The Marburg Group’s Comments on the Parenthood Proposal, cited above, pp. 32-37.

⁴⁷ As clarified by Recital 52 of the proposal.

⁴⁸ See Recital 51 of the proposal.

paratoires of the legislative initiative, the Expert Group appointed by the European Commission⁴⁹ had proposed a two-track system regarding the conflict rules, which would have provided, firstly, for the applicable law at the time of birth and, secondly, for the applicable law other than the time of birth⁵⁰. In the latter instance, more precisely, the main connecting factor according to the proposed hierarchy would have been «the law of the State of the habitual residence of the child at the time the parenthood is established or at the time the court is seised», thus having a more substantial connection with the child and the developments in his or her life. In addition, the choice of the habitual residence of the child as a connecting factor would also appear more consistent with the approach followed in previous regulations of EU judicial cooperation in civil and family matters.

22. Additionally, although it was probably not envisaged when drafting of the proposal, another actual implication of the reference to the main connecting factor currently set out in the proposed Article 17.1 could be that a court of an EU Member State, where surrogacy is not allowed and where the intended parents reside, would be required to apply the law of a Member State or, in most cases, a third State (being it the State of the habitual residence of the person giving birth, i.e. the surrogate mother) in the case, which is not uncommon, where the intended parents have agreed that the surrogate mother would give birth in the Member State of their residence. This indeed appears a sensitive consequence that, again, finds its background in factual connections that the parenthood status may have also with third States, in this instance being the country in which cross-border surrogacy arrangements can be concluded according to the domestic rules and the surrogate mother is habitually resident.

23. A further aspect to consider in relation to the conflict-of-laws regime laid down in the proposal is the possibility of refusing the application of a provision of the designated foreign law on the ground that it is manifestly incompatible with the public policy of the *forum* (Article 22.1). The scope of this exception, which is a traditional safeguard in the EU *acquis*, is nonetheless significantly reduced by the clarification contained in Article 22.2, providing that such refusal must be exercised in compliance with the fundamental rights laid down in the EU Charter, particularly Article 21 thereof that prohibits discrimination⁵¹. It follows that the refusal to apply the law determined as applicable under the proposed regulation, also being that of a third State that is not bound to the principle of mutual trust underlying the system of EU civil judicial cooperation, appears as a limited possibility to be used with caution by Member States⁵².

3. (...) in the regime of recognition of decisions and authentic instruments

24. Recognition of decisions and authentic instruments in matters of parenthood is probably the most practically relevant aspect of the proposal and it is regulated according to a three-fold system distinguishing between court decisions, authentic instruments with binding legal effects and authentic instruments with no binding legal effects. The divergencies existing in the domestic legislations of the Member States have justified the inclusion of an autonomous definition of «authentic instrument» in Article 4 of the proposal, referring to a document that has been formally drawn up or registered as such in any Member State and the authenticity of which relates to its signature and content, and has been

⁴⁹ Expert Group on the recognition of parenthood between Member States (E03765). Its members and the outcomes of its work can be found online in the Register of Commission Expert Groups.

⁵⁰ This proposal is summarised in the Minutes of the 7th Meeting of the Expert Group on the recognition of parenthood between Member States, of 22 February 2022, available online, pp. 1-2. A similar position is shared also in The Marburg Group’s Comments on the Parenthood Proposal, cited above, pp. 32-37.

⁵¹ For a recent discussion of this exception focused on the operation of the proposed regulation, see S. DE VIDO, “Il riconoscimento delle decisioni in materia di filiazione nella proposta di Regolamento del Consiglio del 2022: oltre *Pancharevo* verso un ordine pubblico ‘rafforzato’ dell’Unione europea”, *Eurojus*, 2023, no. 1, available online, pp. 35-57.

⁵² The remark is expressed also from a broader perspective by M.C. BARUFFI, “La proposta di Regolamento UE sulla filiazione: un superamento dei diritti derivanti dalla libera circolazione”, *Famiglia e Diritto*, 2023, pp. 535-549, at p. 548.

established by a public authority, or other authority empowered for that purpose, by the Member State of origin. In addition, such differentiations in the national legal orders have required to identify two categories of authentic instruments: on the one hand, those establishing parenthood with binding legal effects in the Member State of origin⁵³ and, on the other hand, those having only evidentiary effects in the Member State of origin as regards a parenthood already established⁵⁴ or other facts⁵⁵. The consequence of these distinctions is reflected in the rules of recognition that, in brief, assimilate the regime applicable to court decisions and authentic instruments with binding legal effects, to which an automatic recognition based on mutual trust applies (as provided, respectively, in Article 24 and Article 36 of the proposal), while for authentic instruments with no binding legal the different concept of acceptance is used to confer them the same evidentiary value (or the most comparable effects) as they have in the Member State of origin (Article 45).

25. As a common ground to refuse the recognition or, as the case may be, the acceptance of court decisions and authentic instruments, the reference is again to the public policy of the requested Member State to be applied, as already in the context of the conflict rules, in observance of the fundamental rights protected by the EU Charter. Further clarification on the operation of this exception can be found in the Explanatory Memorandum to the proposal⁵⁶, where the children’s interests that must be taken into account when invoking such ground are viewed together with the objective of safeguarding their fundamental rights, as well as the need to preserve «genuine family links» between the child and the parents. Therefore, recourse to this exception must be subject to an assessment of the factual circumstances of each case, and not in a general and abstract manner. From these indications, it can be inferred that the children’s interests are afforded a particular relevance, albeit not absolute, when striking the balance with other competing considerations in order to refuse recognition (or acceptance) in accordance with the public policy exception⁵⁷.

26. Focusing in more detail on the implications of possible connections of the parenthood status with third States, it seems that in the regime of recognition they are able to come even more to the forefront, notwithstanding the fact that the provisions of the proposal are meant to apply to court decisions and authentic instruments with binding legal effects issued in an EU Member State, as well as to authentic instruments having evidentiary effects in the EU Member State of origin, and beside the already mentioned limitation of the territorial scope drafted in general terms by Article 3.3 of the proposal. In particular, throughout the proposed instrument there are no apparent indications concerning a potentially problematic situation, namely where a birth certificate drawn up in a third State has been registered and incorporated in the legal order of a Member State. Should that Member State allow the re-establishment of the parenthood under its national law, the status attested in a certificate or extract from that Member State’s registers should be able to circulate within the Union according to the regime applicable to authentic instruments with no binding legal effects. However, such a case would imply that the birth certificate from a third State is first subject to recognition under the private international

⁵³ See the examples provided in Recital 59 of the proposal: «a notarial deed of adoption or an administrative decision establishing parenthood following an acknowledgment of paternity».

⁵⁴ Such is the case of a birth certificate, a parenthood certificate or an extract from the civil register on birth, as clarified in Recital 68 of the proposal.

⁵⁵ The following examples are listed in Recital 68 of the proposal: «a notarial or administrative document recording an acknowledgment of paternity, a notarial or administrative document recording the consent of a mother or of a child to the establishment of parenthood, a notarial or administrative document recording the consent of a spouse to the use of assisted reproductive technology, or a notarial or administrative document recording a possession of state».

⁵⁶ In particular, at pp. 16-17 of the European Commission’s Explanatory Memorandum.

⁵⁷ A significant reference in this regard may come from the resolution of the *Institut de Droit International* «Human Rights and Private International Law», of 4 September 2021 (Rapporteur: Fausto Pocar; available online), in particular Article 14 thereof that states: «[i]n view of the recognition of a parentage relationship established in a foreign State, the best interests of the child should be taken into particular account in the assessment of the public policy of the State where recognition is sought». In the literature, on this Article of the resolution, see O. FERACI, “Art. 14 della risoluzione dell’*Institut de Droit International* su *Human Rights and Private International Law*: la circolazione transfrontaliera del rapporto di filiazione”, *Diritti umani e diritto internazionale*, 2022, pp. 585-611.

law rules of the requested Member State, which may be different from the uniform provisions set out in the proposal, and can subsequently benefit from the regime of acceptance laid down in the proposed regulation that is designed to apply between Member States. Also this issue was already considered in the *travaux préparatoires* of the legislative initiative, whereby the Expert Group assisting the European Commission had suggested to insert a specification in the attestation accompanying the authentic instrument drawn up in the Member State in order to clarify whether that national document was based on the prior recognition under national law of a document on parenthood issued in a third State⁵⁸. It is indeed striking that the final text of the proposal did not choose to deal with an issue involving authentic instruments with no binding legal effects such as birth certificates that are bound to circulate frequently in cross-border situations, being able to have evidentiary effects of the parenthood status even though according to a variable degree pursuant to the relevant rules of the Member State of origin.

27. Similar remarks can be made in relation to a further instance, perhaps more specific but still relevant, concerning the recognition of the parenthood between the intended parent, who is the same-sex partner of the genetic parent, and the child born in a third State under a valid surrogacy arrangement. The need that Member States’ legal orders afford some kind of recognition to this parent-child relationship follows from a line of case law that the Strasbourg Court has progressively been developing in the interpretation of Article 8 of the European Convention on Human Rights (ECHR)⁵⁹. Should the recognition be requested in Italy, for example, according to the most recent case law of the Supreme Court⁶⁰ recognition would take the form of a judicial decision whereby the competent court, upon condition of an assessment *in concreto* of the best interests of the child to maintain the factual relationship developed with the intended parent, could rule in favour of the establishment of an adoptive parenthood (more precisely, an adoption pursuant to Article 44.1.d of the Italian law on adoption⁶¹). The parenthood would thus be established in Italy by means of a domestic adoption, which could nonetheless be recognised in other Member States according to the rules on recognition provided in the proposed regulation⁶². However, as compared to the case previously imagined with regard to authentic instruments with no binding legal effects incorporating certificates drawn up in third States, this instance seems to raise less concern as there is an intervention of the court of a Member State in the establishment of the parenthood.

III. Concluding remarks

28. The preceding paragraphs have tried to provide an appraisal of the elements of connection that a parenthood status may have with third States and it can be argued that the proposed regulation does take them into account in all aspects of its regime, even though in more or less explicit terms (and,

⁵⁸ See the Minutes of the 6th Meeting of the Expert Group on the recognition of parenthood between Member States, of 9 February 2022, available online, p. 2.

⁵⁹ For a recent judgment in this case law: European Court of Human Rights (ECtHR), 6 December 2022, *K.K. and Others v Denmark*, application no. 25212/21, ECLI:CE:ECHR:2022:1206JUD002521221. A detailed discussion of the approach of the ECtHR can be found in F. PESCE, “Gestazione per altri e discrezionalità nazionale ‘depotenziata’ nella prospettiva della CEDU”, in F. PESCE (a cura di), *La surrogazione di maternità nel prisma del diritto*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, pp. 155-168; I. QUEIROLO, F. PESCE, “La surrogazione di maternità innanzi alla Corte di Strasburgo”, *La cittadinanza europea*, 2021, pp. 223-229.

⁶⁰ *Corte di cassazione, sezioni unite civili*, 30 December 2022, no. 38162. A comprehensive discussion on this judgment and its implications is provided, e.g., in the focus papers published by M. SESTA, G. RECINTO, M. DOGLIOTTI, A. SPADAFORA, *Famiglia e Diritto*, 2023, pp. 430-470. For a broader analysis of the position of Italian courts on cross-border surrogacy, also in comparison with the ECtHR case law, see M.C. BARUFFI, “Surrogacy in the recent ‘multilevel’ case law”, in C. CORSO, P. WAUTELET (sous la direction de), *L'accès aux droits de la personne et de la famille en Europe*, Brussels, Bruylant, 2022, pp. 85-112, as well as F. MARONGIU BUONAIUTI, “The evolution of the position of Italian case law concerning public policy in transnational family matters, in view of some recent judgment of the Italian Court of Cassation and Constitutional Court”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2022, no. 1, available online, pp. 998-1010, for a reflection focused on the application of the public policy exception in the Italian case law.

⁶¹ Legge 4 maggio 1983, n. 184, “Diritto del minore ad una famiglia”, *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* n. 133 del 17 maggio 1983, *Suppl. ord.* n. 28.

⁶² See, in this regard, Recital 25 of the proposal.

also, more or less knowingly). Therefore, it is worth drawing some further considerations on possible reasons that could be attached to the policy choices designed in this regard.

29. An obvious common justification seems to be found in the main objective of the proposal of protecting the fundamental rights of children in cross-border situations, especially the right to non-discrimination set out in Article 21 of the EU Charter. The provisions analysed in the area of jurisdiction, as well as the conflict-of-laws rules, are indeed drafted according to this tenet, which nonetheless may at times run the risk of “overtaking” the functioning of those rules as currently found in the EU *acquis*, thus resulting in potential difficulties in their actual application in the Member States. In addition, when providing a limited scope of application of the public policy exception both in the context of the applicable law and the recognition of decisions and authentic instruments, the exclusive reference made to Article 21 of the EU Charter may suggest a sort of “hierarchy” in the objective of protection of fundamental rights. Consequently, as it was underlined in the reasoned opinion of the French Senate on the proposal⁶³, especially in cases relating to cross-border surrogacy this could lessen the relevance of other fundamental principles such as the human dignity (Article 1 of the Charter), the prohibition on making the human body and its parts as such a source of financial gain (Article 3.2 thereof), and the rights of the child (Article 24 thereof).

30. From a broader perspective, also the same scope of application of the proposal, despite its apparent clear-cut provisions, may seem to pave the way to uncertainties in its application in situations that would be particularly common in parenthood matters, such as the circulation of birth certificates drawn up in third States and then recorded in the civil and/or population registers of an EU Member State. Such an issue was again underlined in the reasoned opinion delivered by the French Senate, contesting the fact that the lack of a uniform definition of «situations transfrontières»⁶⁴ may indeed lead to uncertainties as to the application of the proposal to the recognition of parenthood established in a third State and then recognised in a Member State. In this regard, the proposal may further raise issues of compatibility with regard to the principle of subsidiarity and the allocation of competences between the EU and its Member States.

31. Therefore, even though the proposal is currently only at an early stage of the legislative process and it is difficult to envisage its developments, it seems possible to assume that the analysed elements of the proposed regulation may constitute sensitive issues that could heavily influence the already complex negotiations towards its adoption. This may further take the form of an enhanced cooperation in the event that unanimity within the Council required by Article 81.3 is not reached, but the outcome would not be entirely satisfactory considering the persisting absence of an EU-wide regulation of the private international law aspects of cross-border parenthood.

⁶³ *Sénat, Résolution européenne portant avis motivé sur la conformité au principe de subsidiarité de la proposition de règlement du Conseil relatif à la compétence, à la loi applicable, à la reconnaissance des décisions et à l'acceptation des actes authentiques en matière de filiation ainsi qu'à la création d'un certificat européen de filiation, COM(2022) 695 final*, 22 March 2023, available online, p. 9. France is not the only founding Member State to have delivered a reasoned opinion according to the subsidiarity control mechanism, as also did Italy by means of the resolution, of 14 March 2023, of the European Union Policies Standing Committee of the Senate (*risoluzione approvata dalla 4^a Commissione permanente sul progetto di atto legislativo dell'Unione europea n. COM(2022) 695 definitivo (Doc. XVIII-bis, n. 2) sui profili di conformità ai principi di sussidiarietà e proporzionalità*, available online); for a critical analysis of the Italian position, which seems to have focused its concerns on the practice of surrogacy, see G. BIAGIONI, “Malintesi e sottintesi rispetto alla proposta di regolamento UE in tema di filiazione”, *SIDIBlog*, 3 April 2023, available online.

⁶⁴ *Sénat, Résolution européenne portant avis motivé (...)*, cited above, p. 5.

La propuesta de normas de competencia judicial internacional en materia de filiación: entre lo conocido y lo desconocido

The proposal of norms of international judicial competence in matters of parenthood: between the known and the unknown

ANTONIA DURÁN AYAGO

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Salamanca*

ORCID ID: 0000-0003-3112-0112

Recibido 16.06.2023 / Aceptado:24.07.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.8114

Resumen: Las normas de competencia judicial internacional recogidas en la Propuesta de Reglamento sobre filiación transitan entre foros conocidos, muchos de ellos rescatados del Reglamento (UE) 2019/1111 sobre responsabilidad parental, pero sin los debidos ajustes, y foros novedosos como el relativo al Estado miembro de nacimiento del hijo. El *forum necessitatis* podría suponer un foro de protección/refugio para las familias de terceros Estados que no pudieran verse reconocidas como tales en sus Estados de origen.

Palabras clave: Filiación; competencia judicial internacional; libre circulación de personas; principio de reconocimiento mutuo.

Abstract: The rules of international judicial jurisdiction included in the Proposal for a Regulation on parentage move between well-known forums, many of them rescued from Regulation (EU) 2019/1111 on parental responsibility, but without the due adjustments, and novel forums such as the one related to the Member State of birth of the son. The *forum necessitatis* could be a forum of protection/refuge for families from third States that could not be recognized as such in their States of origin.

Keywords: Parenthood; international judicial jurisdiction; free movement of people; principle of mutual recognition

Sumario: I. Introducción. II. Ámbito de aplicación y conceptos. III. Normas de competencia judicial internacional. 1. Competencia general. 2. Competencia basada en la presencia del hijo o de la hija. 3. Competencia residual. 4. *Forum necessitatis*. 5. Cuestiones incidentales. 6. Derecho del menor a expresar su opinión. IV. Relación con el futuro instrumento de la Conferencia de La Haya.

*El presente trabajo se enmarca en la ejecución del Proyecto de investigación “Matrimonio y otros modelos familiares: crisis y protección de menores en un contexto de creciente migración” [ref. PID2020-113444RB-I00], AEI/10.13039/501100011033.

I. Introducción

1. La filiación es una de las pocas materias de Derecho privado que todavía no ha experimentado el proceso de europeización en sus normas de Derecho Internacional Privado (en adelante, DIPr.). Tanto lo referido a las medidas de responsabilidad parental¹, con excepción del Derecho aplicable que se regula a través del *Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996*², como los alimentos³ o las sucesiones⁴, materias todas ellas relacionadas con la filiación, tienen regulación específica en la Unión Europea, desde hace años.

2. Se dio un paso tímido con el *Reglamento (UE) 2016/1191 del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de julio de 2016, por el que se facilita la libre circulación de los ciudadanos simplificando los requisitos de presentación de determinados documentos públicos en la Unión Europea y por el que se modifica el Reglamento (UE) 1024/2012*⁵, posibilitando que los documentos públicos sobre nacimiento, filiación y adopción estuvieran exentos de legalización y apostilla, pero su ámbito de aplicación se refería únicamente a la autenticidad y a la lengua de dichos documentos, no al reconocimiento de su contenido o efectos en otros Estados miembros.

3. La *Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, al Derecho aplicable, al reconocimiento de las resoluciones y a la aceptación de los documentos públicos en materia de filiación y a la creación de un certificado de filiación europeo*⁶, presentada el pasado 7 de diciembre de 2022, pretende llenar este vacío aportando un texto en el que se aborda la regulación de todos los sectores del DIPr., con el claro objetivo de promover el reconocimiento de la filiación establecida en un Estado miembro en todos los demás, adquiriendo por ello singular importancia el certificado de filiación europeo que servirá para garantizar la portabilidad de la filiación en este espacio. Sin duda, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) en los casos *Pancharevo* (as. C-490/20, 14.12.2021)⁷ y *Rzecznik* (as. C-2/21, 24.6.2022)⁸, ha servido como palanca para acelerar la presentación de este texto.

4. En la Propuesta, se justifica la necesidad de esta regulación refiriendo que “*se estima que unos 2 millones de hijos se enfrentan actualmente a una situación en la que su filiación determinada en un Estado miembro no se reconoce a todos los efectos en otro Estado miembro*”⁹. Apostillando luego que “*el*

¹ *Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo de 25 de junio de 2019 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida)* [DOUE L 178, de 2 de julio de 2019].

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

³ *Reglamento (CE) 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos* [DOUE L 7, de 10 de enero de 2009].

⁴ *Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo* [DOUE L 201, de 27 de julio de 2012].

⁵ DOUE L 200, de 26 de julio de 2016.

⁶ Bruselas, 7 de diciembre de 2022 COM(2022) 695 final. Vid. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “La Propuesta de Reglamento europeo sobre filiación. Una presentación crítica”, *Revista de Derecho Civil*, vol. X, núm. 3 (abril-junio, 2023) Ensayos, pp. 171-200.

⁷ STJUE de 14 de diciembre de 2021, *V.M.A. y Stolichna obshtina, rayon «Pancharevo»*, C-490/20, ECLI:EU:C:2021:1008. Vid. N. GOÑI URRIZA, “El reconocimiento de las relaciones de filiación en la Unión Europea: la libre circulación de certificados de nacimiento expedidos en un Estado miembro. En torno a la STJUE Pacharevo y al ATJUE K.S.-S.V.D.”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (Marzo 2023), Vol. 15, Nº 1, pp. 970-978; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “La Justicia europea no reconoce el derecho de los hijos de parejas LGTBI en toda la UE (o la Justicia europea no obliga a los Estados miembros a reconocer la homoparentalidad) (1): Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 2021, as. C- 490/ Pancharevo”, *La Ley Unión Europea*, número 102, 2022; M. ILESIC, “Negativa del Estado miembro de origen de una de las dos madres a expedir un certificado de nacimiento de una menor por falta de información sobre la identidad de la madre biológica: TJ, Gran Sala, S 14 Dic. 2021. Asunto C-490/20: V.M.A. y Stolichna obshtina, rayon «Pancharevo»”, *La Ley Unión Europea*, número 102, 2022.

⁸ ATJUE de 24 de junio de 2022, *Rzecznik*, C-2/21, ECLI:EU:C:2022:502.

⁹ Propuesta *cit.*, p. 2.

Derecho de la Unión ya exige a los Estados miembros que reconozcan la filiación del hijo determinada en otro Estado miembro a efectos de los derechos que le confiere el Derecho la Unión, en particular en virtud del Derecho de la Unión en materia de libre circulación, incluida la Directiva 2004/38/CE relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, lo que conlleva el derecho a la igualdad de trato y a la prohibición de obstaculizar asuntos como el reconocimiento del apellido. Sin embargo, el Derecho de la Unión aún no exige a los Estados miembros que reconozcan la filiación del hijo determinada en otro Estado miembro con otros fines. Esta falta de reconocimiento puede tener importantes consecuencias adversas para los hijos. Obstaculiza el ejercicio de sus derechos fundamentales en situaciones transfronterizas y puede dar lugar a la privación de los derechos que les confiere la filiación con arreglo al Derecho nacional”¹⁰.

5. Podríamos preguntarnos si esta justificación no podría valer también para el resto de cuestiones relacionadas con el estatuto personal (nombre, sexo, matrimonio), pues tampoco sobre ellas se ha legislado por el momento, pero parece que, si se quiere ser consecuente, también estas cuestiones deberían ser “portables”¹¹, puesto que todas ellas afectan al derecho a la identidad, a la no discriminación y a la vida privada y familiar, derechos todos ellos reconocidos tanto en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 (arts. 8, 2 y 9, respectivamente), como en el Convenio europeo sobre Derechos fundamentales y libertades públicas de 1950 (arts. 14 y 8), así como en la Carta Europea de Derechos Fundamentales incorporada al derecho originario a través del Tratado de Lisboa de 2007 (arts. 7 y 21), y se amparan en el fin último de garantizar siempre y en todo caso el interés superior del niño.

6. Cierto es que entretanto esto llega, no es poca cosa comenzar con normas comunes en materia de filiación sustentadas en la *Estrategia de la Unión Europea sobre los Derechos del Niño*¹² y en la *Estrategia de la Unión Europea para la igualdad de las personas LGBTIQ*¹³, acogidas satisfactoriamente por el Parlamento Europeo en su *Resolución sobre la protección de los derechos del niño en los procedimientos civiles, administrativos y de familia*¹⁴ y en su *Resolución sobre los derechos LGBTIQ en la UE*¹⁵ y en las *Conclusiones del Consejo sobre la Estrategia de la UE sobre los derechos del niño*¹⁶. De hecho, buena parte de los problemas que han surgido se deben a que no en todos los Estados miembros se reconoce la posibilidad de formar una familia a las personas LGBTIQ, lo que genera inseguridad jurídica y siempre vulneración del interés superior del niño, el no reconocer la filiación determinada conforme a la legislación de un Estado miembro en cualquier otro al que tuviera que trasladarse.

7. No es tanto, como se sostiene en la Propuesta, que los Estados miembros tengan normas sustantivas diferentes sobre la determinación de la filiación en situaciones nacionales, sino que también existen diferencias en cuanto a las normas sobre competencia internacional y a las normas de conflicto de leyes para la determinación de la filiación en situaciones transfronterizas y sobre el reconocimiento de la filiación determinada en otro Estado miembro. En la Propuesta, la Comisión propone un texto que unifique las normas de competencia internacional y de Derecho aplicable, con el objeto de facilitar el reconocimiento en un Estado miembro de la filiación determinada en otro Estado miembro, proponiendo, como decía, la creación de un certificado de filiación europeo que los hijos o sus representantes legales puedan solicitar y utilizar como prueba de su filiación en otro Estado miembro¹⁷.

¹⁰ Propuesta *cit.*, p. 2.

¹¹ *Vid.* S. Pfeiff, *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, Études Bruylant, 2017.

¹² Bruselas, 24.3.2021 COM(2021) 142 final, accesible en [resource.html](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32021COM0142) (europa.eu), consultado el 11 de abril de 2023.

¹³ Bruselas, 12.11.2020 COM(2020) 698 final, accesible en [lgbtiq_strategy_2020-2025_en.pdf](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32020COM0698) (europa.eu), consultado el 11 de abril de 2023.

¹⁴ Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de abril de 2022, sobre la protección de los derechos del niño en los procedimientos civiles, administrativos y de familia (2021/2060(INI)), accesible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0104_EN.html, consultado el 25 de abril de 2023.

¹⁵ Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de septiembre de 2021, sobre los derechos LGBTIQ en la UE (2021/2679(RSP)), accesible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0366_EN.html, consultado el 25 de abril de 2023.

¹⁶ Bruselas, 9.6.2022 (OR. fr) 10024/22 JAI 848 FREMP 123, accesible en pdf (europa.eu), consultado el 25 de abril de 2023.

¹⁷ *Vid.* Artículo 1: “**Objeto.** El presente Reglamento establece normas comunes sobre competencia judicial y Derecho

8. Se aporta en la exposición de motivos de la Propuesta algún dato más de interés, que atiende a la disminución de los gastos y cargas asociados a los procedimientos administrativos y judiciales, habiéndose calculado que los costes económicos medios por caso de los procedimientos de reconocimiento disminuirían en un 71 %, y en un 90 % en el caso de las familias que actualmente se enfrentan a los problemas más graves relativos al reconocimiento de la filiación. También supondría, según la Propuesta, un ahorro significativo en términos de costes, tiempo y carga de trabajo para las autoridades públicas de los Estados miembros. Se calcula que los costes de los procedimientos de reconocimiento soportados por las autoridades públicas disminuirían en un 54 %. Esto es, la eficiencia económica de la Propuesta supondría un ahorro en costes tanto para las familias como para los Estados, pero desde luego, por encima de lo económico, está la garantía para los derechos de los niños de ver garantizada su identidad filial a través de las fronteras de los Estados miembros.

9. En este trabajo nos vamos a centrar fundamentalmente en el análisis de las normas de competencia judicial internacional que se proponen exponiendo la estructura por la que se ha optado, caracterizada, ya adelanto, por una amplia panoplia de foros; veremos cómo podrían afectar estas normas al régimen interno que ahora aplicamos en España y aludiremos a la relación que este texto podría tener con otro hipotético que pudiera salir de los trabajos iniciados en 2010 en la Conferencia de La Haya¹⁸.

10. Somos conscientes de que no serán las normas de competencia judicial internacional propuestas las que más se apliquen, puesto que el objetivo es fomentar la continuidad de las filiaciones ya determinadas, y las que deben determinarse por vía judicial no serán mayoritarias. La mayor parte se establecerá por ministerio de la ley o por reconocimiento de la paternidad. Pero son reglas importantes en tanto que, como indica el artículo 5 de la Propuesta, esta “no afectará a la cuestión de qué autoridades de cada Estado miembro tienen competencia en materia de filiación” y su importancia vendrá a través del certificado de filiación europeo, pues para garantizar el reconocimiento de la filiación, el certificado deberá expedirse en el Estado miembro en el que se haya determinado la filiación de conformidad con la ley aplicable y cuyos órganos jurisdiccionales sean competentes en virtud de la Propuesta.

II. Ámbito de aplicación y conceptos

11. Con carácter previo al análisis de las normas sobre competencia internacional de autoridades, conviene detenerse brevemente en el ámbito de aplicación que se diseña en la Propuesta. Se especifica en su artículo 3 que este Reglamento se aplicará “en materia civil relativa a la filiación en situaciones transfronterizas”, sin que se defina, como suele ser habitual en el resto de Reglamentos de DIPr., el concepto de situaciones transfronterizas, aunque del contexto previo podemos deducir que se aplicará siempre que exista un elemento de extranjería en la relación de filiación, no necesariamente de carácter europeo, puesto que, como veremos, la amplitud de foros de competencia posibilita la aplicación de esta Propuesta más allá de lo que puede entenderse por filiación europea en sentido estricto. Repárese que también, como viene siendo habitual en los últimos Reglamentos de DIPr. europeo, se apuesta por su aplicación *erga omnes*, esto es, siempre que haya un criterio de competencia conforme al Reglamento, éste se aplicará, con independencia del domicilio y la nacionalidad de las partes.

12. En el segundo apartado del artículo 3 se matiza que no se aplicará a: a) la existencia, validez o reconocimiento de un matrimonio o de una relación que la ley aplicable a dicha relación considere que tiene efectos comparables al mismo, como una unión registrada; b) cuestiones de responsabilidad parental; c) la capacidad jurídica de las personas físicas; d) la emancipación; e) las adopciones interna-

aplicable para la determinación de la filiación en un Estado miembro en situaciones transfronterizas; normas comunes para el reconocimiento o, en su caso, la aceptación en un Estado miembro de las resoluciones judiciales en materia de filiación dictadas en otro Estado miembro y de los documentos públicos relativos a la filiación formalizados o registrados en este; y crea un certificado de filiación europeo.”

¹⁸ Vid. HCCH | Filiation/Gestation pour autrui HCCH | Filiation/Gestation pour autrui, consultado el 11 de abril de 2023.

cionales; f) las obligaciones de alimentos; g) los fideicomisos y las sucesiones; h) la nacionalidad; i) los requisitos legales para la inscripción de la filiación en un registro de un Estado miembro y los efectos de la inscripción o de la no inscripción de la filiación en un registro de un Estado miembro.

13. Puede sorprender la exclusión relativa a la existencia, validez o reconocimiento de un matrimonio o de una relación que la ley aplicable a dicha relación considere que tiene efectos comparables al mismo, como una unión registrada, puesto que en puridad no es una cuestión que esté directamente relacionada con la filiación. Sin embargo, si tenemos en cuenta que en esta Propuesta late de fondo la idea de reconocer fundamentalmente a los hijos en muchos casos matrimoniales de las parejas LGBTIQ, se comprende esta alusión. La aclaración, aunque es pertinente en parte, quizás sobrara si en la UE hubiera el firme convencimiento de hacer valer la libre circulación de personas y familias en toda su extensión. Refiriéndose expresamente a esta cuestión lo que se indica es que lo importante es reconocer la filiación del niño, sin que deba ponerse el acento en si sus padres forman parte de una unión matrimonial o no, que sería, en el caso de matrimonios entre personas del mismo sexo, discutida o puesta en cuestión en más de un Estado miembro todavía.

14. En cuanto a la exclusión de los requisitos legales para la inscripción de la filiación en un registro de un Estado miembro y los efectos de la inscripción o de la no inscripción de la filiación en un registro de un Estado miembro, la Propuesta indica que debe ser el Derecho del Estado miembro en que esté situado el Registro el que determine con arreglo a qué requisitos jurídicos y de qué manera se realiza la inscripción, así como qué autoridades son responsables de verificar que se reúnen todos los requisitos y que la documentación presentada es suficiente o contiene la información necesaria¹⁹.

15. Es interesante también la matización que este artículo introduce en su apartado tercero, indicado que “[e]l presente Reglamento no se aplicará al reconocimiento de las resoluciones judiciales que establecen la filiación dictadas en un tercer Estado ni al reconocimiento o, en su caso, a la aceptación de documentos públicos que establezcan o acrediten la filiación formalizados o registrados en un tercer Estado”. No sorprende, porque está también en la línea de lo ya hecho, pero quizás, si reparamos que lo que se pretende es la libre circulación de la filiación por todo el territorio de la Unión Europea, quizás este texto debiera ser más ambicioso, introduciendo fórmulas para garantizar en cualquier Estado miembro de la Unión Europea la filiación de un niño, con independencia del lugar en el que se hubiera producido. Y ello porque si hablamos de Derechos humanos, el contexto en el que la filiación se constata no debería ser el único argumento para garantizar su continuidad en el espacio.

16. En cuanto a los conceptos jurídicos utilizados, el artículo 4 introduce una serie de definiciones. Nos interesa ahora destacar la definición de filiación, determinación de la filiación, órgano jurisdiccional, resolución judicial y progenitor, aunque éste último no se define en el articulado del texto sino en el considerando 24.

En cuanto a la filiación, el apartado primero la define como “el vínculo de filiación entre el progenitor o la progenitora y el hijo o la hija establecido en la ley. Comprende el estatuto jurídico de ser el hijo o la hija de un progenitor o una progenitora o unos progenitores en concreto”. Más allá de lo prosaico de la definición, lo relevante es que el vínculo de filiación genera el *status filii*, que es a fin de cuentas lo que interesa reconocer. Precisa en el apartado tercero que la determinación de la filiación hace referencia a “la determinación conforme a Derecho de la relación jurídica entre el hijo o la hija y cada progenitor o progenitora, incluido la determinación de la filiación a raíz de una reclamación por la que se impugne una filiación ya determinada”.

Relevante es también la definición de órgano jurisdiccional, indicando el apartado cuarto que se entiende por tal “una autoridad de un Estado miembro que ejerce funciones judiciales en materia de filiación” y por resolución judicial, “cualquier resolución de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, incluidas en particular las sentencias, los autos y las providencias, relativa a cuestiones de filiación”.

¹⁹ Considerando 31.

17. El término progenitor debe entenderse, según proceda, en el sentido de que se refiere al “progenitor/a legal, al progenitor o a la progenitora intencional, a la persona que afirma ser progenitor/a o a la persona respecto de la cual el hijo/a reclaman la filiación”²⁰. Resulta llamativo que un concepto como este, tan importante en el punto de partida del Reglamento, no figure en el articulado, y vaya explícito en un considerando de la exposición de motivos. Quizás, para que no se entienda interpretable, y dado que el tema de la filiación intencional es uno de los que más cuestionamientos provocará, sería bueno añadir un nuevo numeral al artículo 4 y trasladar esta definición, que tiene total encaje en los objetivos del Reglamento, al articulado.

III. Normas de competencia judicial internacional

18. El objetivo último de unificar las normas de competencia judicial internacional en materia de filiación es contribuir a facilitar el reconocimiento de la filiación determinada en un Estado miembro en cualquier otro.

19. Entre los principios inspiradores de las normas de competencia internacional, además de facilitar el acceso a la justicia en estos procesos en todo el espacio de la Unión Europea, y evitar, en la medida de lo posible, procedimientos paralelos a través del mecanismo de la litispendencia (art. 14), figuran la seguridad jurídica y la previsibilidad, que contribuyen a reducir los costes jurídicos y las cargas para las familias, puesto que reducen la incertidumbre que puede conllevar siempre enfrentarse a un proceso con elemento extranjero.

20. Aunque, como hemos apuntado, los procesos judiciales en materia de filiación no son demasiado frecuentes, las normas de competencia internacional que se proponen también se utilizarán para determinar la autoridad competente para emitir el certificado europeo de filiación, tal y como lo especifica el artículo 48 de la Propuesta, teniendo en cuenta además, lo dispuesto en el artículo 5 en el que se aclara que la Propuesta no afectará a la cuestión de qué autoridades de cada Estado miembro tienen competencia en materia de filiación (órganos jurisdiccionales, autoridades administrativas, notarios, registradores u otras autoridades)²¹.

Artículo 48. Competencia para expedir el certificado

1. El certificado se expedirá en el Estado miembro en el que se haya determinado la filiación y cuyos órganos jurisdiccionales, tal como se definen en el artículo 4, punto 4, sean competentes en virtud del artículo 6, del artículo 7 o del artículo 9.

2. La autoridad expedidora del Estado miembro a que se refiere el apartado 1, comunicada a la Comisión en virtud del artículo 71, será:

- a) un órgano jurisdiccional tal como se define en el artículo 4, punto 4; u
- b) otra autoridad que, en virtud del Derecho nacional, sea competente para conocer de los asuntos relativos a la filiación.

21. En el capítulo II de la Propuesta de Reglamento, en los artículos 6 a 15, se proponen una serie amplia de foros objetivos y plurales, basados en la proximidad, que se aplicarán, como explicaremos,

²⁰ Considerando 24.

²¹ Cuestión que se aclara en el considerando 79: “El certificado de filiación europeo debe expedirse en el Estado miembro en el que se determinó la filiación y cuyos órganos jurisdiccionales sean competentes en virtud del presente Reglamento. Debe corresponder a cada Estado miembro determinar en su legislación interna qué autoridades han de ser competentes para expedir el certificado de filiación europeo, ya sean órganos jurisdiccionales, ya sean otras autoridades con competencias en materia de filiación como, por ejemplo, autoridades administrativas, notarios o registradores. Los Estados miembros deben comunicar a la Comisión la información pertinente relativa a las autoridades facultadas en virtud de la legislación nacional a expedir el certificado de filiación europeo a fin de que se dé publicidad a esta información.”.

de manera escalonada. Se descarta la autonomía de la voluntad, puesto que se parte de la premisa de que la filiación no es una materia disponible para las partes, por ello tampoco está prevista la transferencia de la competencia, a diferencia de lo que sucede en el Reglamento (UE) 2019/1111²² (arts. 12 y 13). Son foros plurales porque ofrecen al demandante un sistema opcionalista para que pueda elegir el que más convenga a sus intereses.

Se distingue entre foros generales, de carácter alternativo (art. 6), para facilitar el acceso a la justicia en un Estado miembro; *forum presentiae* (art. 7); competencia residual (art. 8) y *forum necessitatis* (art. 9). Y se incorpora el derecho del menor a expresar su opinión²³ (art. 15).

1. Competencia general

Artículo 6. *En los asuntos relativos a la filiación, la competencia recaerá en los órganos jurisdiccionales del Estado miembro:*

- a) de la residencia habitual del hijo o de la hija en el momento en que se somete el asunto al órgano jurisdiccional, o*
- b) de la nacionalidad del hijo o de la hija en el momento en que se somete el asunto al órgano jurisdiccional, o*
- c) de la residencia habitual del demandado en el momento en que se somete el asunto al órgano jurisdiccional, o*
- d) de la residencia habitual de cualquiera de los progenitores en el momento en que se somete el asunto al órgano jurisdiccional, o*
- e) de la nacionalidad de cualquiera de los progenitores en el momento en que se somete el asunto al órgano jurisdiccional, o*
- f) del nacimiento del hijo o de la hija.*

22. La amplitud de foros que ofrece el artículo 6, en cuanto regla general de competencia internacional, nos da idea de lo importante que es para el legislador europeo garantizar el acceso a la justicia en esta materia. Se trata de foros alternativos entre los que el demandante puede elegir: residencia habitual del hijo o de la hija, su nacionalidad, la residencia habitual del demandado, la residencia habitual de cualquiera de los progenitores, la nacionalidad de cualquiera de los progenitores o el nacimiento del hijo o de la hija.

23. Aunque no se define el concepto de residencia habitual, la jurisprudencia del TJUE ya ha aclarado que ésta se determina sobre la base de las circunstancias específicas de cada caso concreto y que se basa fundamentalmente en tres ejes: presencia física, continuidad e integración social y familiar²⁴.

24. Podemos convenir que se trata de foros razonables, basados en el principio de proximidad. Y de todos, quizás el del nacimiento del hijo o de la hija es el que más dudas de exorbitancia puede suscitar. Quizás sea un criterio de competencia que busca facilitar la expedición del certificado de filiación cuando, por ejemplo, debido a un caso de gestación por sustitución, el niño haya nacido coyunturalmente en ese Estado miembro y sea reconocido desde su nacimiento como hijo de los comitentes. La inscripción del nacimiento en el Registro civil de ese Estado facilitará la transcripción de la certificación registral en cualquier otro Estado miembro.

²² En concreto, en los artículos 12 y 13 Reglamento (UE) 2019/1111.

²³ En clara similitud con el artículo 21 Reglamento 2019/1111.

²⁴ *Vid.* Considerando 40 de la Propuesta de Reglamento y desarrollo en A. DURÁN AYAGO, “La competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental. La regla general (artículo 7)”, en B. CAMPUZANO DÍAZ (dra.), *Estudio del Reglamento (UE) 2019/1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022, pp. 71 y ss.

2. Competencia basada en la presencia del hijo o de la hija

Artículo 7. *Cuando la competencia no pueda determinarse sobre la base del artículo 6, serán competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que esté presente el hijo o la hija.*

25. Cuando la competencia no pueda establecerse sobre la base de uno de los criterios de atribución de competencia alternativos generales, pueden ser competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que se encuentre el hijo o la hija. Esta norma de competencia puede aplicarse, en particular, a los hijos refugiados y a los desplazados internacionalmente, si bien esta matización, presente en el considerando 42 de la Propuesta de Reglamento, surge de la analogía que este artículo tiene con el artículo 11 del Reglamento (UE) 2019/1111, aunque es cierto que en este último hay una referencia explícita a los menores refugiados y desplazados internacionales, ausente en el precepto que comentamos. Más allá de estos casos, no explícitos en el propio artículo, este foro puede no tener un alcance claro, si se tiene en cuenta que ya se contempla como foro general el lugar de nacimiento del niño. Y en todo caso parece un foro exorbitante. El Grupo de Marburgo propone directamente su supresión, introduciendo en el artículo 6 un foro que contemple la residencia del niño, sin necesidad de demostrar la habitualidad²⁵.

3. Competencia residual

Artículo 8. *Si de los artículos 6 o 7 no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro, la competencia se determinará, en cada Estado miembro, con arreglo a las leyes de dicho Estado miembro.*

26. Con la introducción de este foro de carácter residual, la Propuesta se separa, por ejemplo, del Reglamento (CE) 4/2009 sobre alimentos que ha optado por una competencia subsidiaria de cierre del sistema, unificando del todo la competencia en esta materia, y añadiendo un foro de necesidad para los casos en que no sea posible recurrir inicialmente, en función de los foros contemplados, a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro.

27. En este caso, de un lado se remite a las reglas internas de competencia judicial internacional del Estado miembro en que se haya presentado la acción y que no sean competentes conforme los artículos 6 o 7, y de otro, como veremos, se introduce un foro de necesidad.

28. En el caso español, los foros en esta materia se recogen en el artículo quáter d) de la Ley Orgánica del Poder Judicial: “*En materia de filiación y de relaciones paterno-filiales, protección de menores y de responsabilidad parental, cuando el hijo o menor tenga su residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda o el demandante sea español o resida habitualmente en España o, en todo caso, al menos desde seis meses antes de la presentación de la demanda*”.

29. En este caso, y dado el carácter subsidiario del régimen interno de competencia judicial internacional, perviviría el foro de la nacionalidad española del demandante o el foro de su residencia habitual en España cuando el demandante no sea ni el hijo ni ningún progenitor. Podríamos pensar quizás en un abuelo²⁶.

²⁵ Grupo de Marburgo, “Comments on the Parenthood Proposal”, 10 de mayo de 2023, pp. 21 y ss. Accesible en <https://www.marburg-group.de/>.

²⁶ *Vid.* STS 1153/2022, de 31 de marzo de 2022 [ECLI:ES:TS:2022:1153].

4. *Forum necessitatis*

Artículo 9. *Cuando ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro sea competente con arreglo a otras disposiciones del presente Reglamento, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro podrán resolver, en casos excepcionales, sobre la filiación si resultase imposible o no pudiese razonablemente incoarse o desarrollarse el proceso en un tercer Estado con el cual el asunto tuviese una vinculación estrecha.*

El asunto deberá tener una vinculación suficiente con el Estado miembro del órgano jurisdiccional que conozca de él.

30. Por último, con el fin de remediar situaciones de denegación de justicia, la presente Propuesta también prevé un *forum necessitatis* que permite a un órgano jurisdiccional de un Estado miembro con el que un asunto tenga un vínculo suficiente pronunciarse sobre un asunto relativo a la filiación que esté estrechamente relacionado con un tercer Estado. Esto puede hacerse con carácter excepcional, como podría ser cuando un procedimiento resulte imposible en ese tercer Estado, por ejemplo debido a una guerra civil, o cuando no quepa esperar razonablemente que el hijo o la hija u otra parte interesada incoe un proceso en ese tercer Estado²⁷. Más allá de estos específicos casos en los que podría haber su aplicación, explícitamente referidos por el legislador europeo, considero que también podría ser aplicado como medida de protección y/o amparo para los hijos de parejas LGBTIQ de terceros Estados en los casos en los que no pueda ser reconocida la filiación en sus Estados más próximos. En este caso, el foro de necesidad podría convertirse en un refugio para aquellas familias que no pueden ver garantizada su existencia en el territorio de un tercer Estado.

31. Téngase en cuenta, por ejemplo, que tras la reciente *Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGT-BI*²⁸ en nuestro país es posible acreditar la filiación a favor de una pareja de mujeres sin estar casadas entre sí, bastando el consentimiento de la pareja de la mujer que se ha sometido a las técnicas de producción asistida. En el caso de varones, esta debe venir bien por adopción o a través de gestación por sustitución, cuestión esta, como es sabido, de lo más controvertida. En cualquier caso, en este momento, España puede presumir de ser uno de los Estados de la Unión Europea más avanzados en el respeto a la diversidad de familiar.

5. Cuestiones incidentales

Artículo 10. 1. *Si el resultado de un proceso en una materia no perteneciente al ámbito de aplicación del presente Reglamento ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro depende de la determinación de una cuestión incidental relacionada con la filiación, los órganos jurisdiccionales de dicho Estado miembro podrán determinar dicha cuestión a efectos del mencionado proceso aun cuando dicho Estado miembro no sea competente en virtud del presente Reglamento.*

2. La determinación de una cuestión incidental según lo dispuesto en el apartado 1 solo surtirá efecto en el proceso en cuyo marco se haya efectuado.

32. Los alimentos y las sucesiones son las dos materias sobre las que podría plantearse con más frecuencia una cuestión incidental sobre la filiación. Este artículo posibilita que los tribunales competentes sobre la cuestión principal (alimentos/sucesiones) puedan conocer también de la filiación, aunque no dispongan de competencia judicial internacional conforme al Reglamento de filiación. Aunque, vista la amplitud de los foros en materia de filiación, no es muy probable que sea necesario recurrir a este precepto.

²⁷ Considerando 44 de la Propuesta.

²⁸ BOE núm. 51, de 1 de marzo de 2023.

6. Derecho del menor a expresar su opinión

Artículo 15. 1. *En el ejercicio de su competencia conforme al presente Reglamento, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, de conformidad con la legislación y el procedimiento nacionales, darán a los menores que tengan capacidad para formarse sus propias opiniones la posibilidad real y efectiva de expresarlas libremente, bien directamente bien a través de un representante o un organismo apropiado.*

2. Cuando el órgano jurisdiccional, de conformidad con la legislación y el procedimiento nacionales, dé al menor la oportunidad de expresar sus opiniones de acuerdo con el presente artículo, concederá la debida importancia a las opiniones del menor de acuerdo con su edad y madurez.

33. En un claro paralelismo con el artículo 21 del Reglamento (UE) 2019/1111²⁹, este precepto establece, como principio básico en los procedimientos sobre la determinación de la filiación, el derecho que tienen los menores de dieciocho años que se vean inmersos en estos procedimientos y sean capaces de formarse su propia opinión, que se les ofrezca la posibilidad real y efectiva de expresar su opinión y a la hora de valorar el su interés superior, tener debidamente en cuenta dicha opinión. La cuestión de quién ha de oír al menor y la manera en que debe hacerlo no se regula en la Propuesta, sino que se remite a la legislación nacional de cada Estado miembro. Se matiza también que, aunque la audiencia del menor es un derecho de este, no debe constituir una obligación absoluta, sino que debe evaluarse teniendo en cuenta su interés superior³⁰.

34. Este artículo nos suscita dudas. Es difícil concretar la importancia que tiene escuchar al menor en procedimientos filiación. En estos casos, escuchar al menor incluso podría tener consecuencias negativas para él, pues se podrían generar expectativas que si se frustraran podrían terminar por causarle daño. Por otro lado, no se entiende que solo se recoja este derecho para los menores y no genéricamente para cualquier hijo.

En los procedimientos de responsabilidad parental, está perfectamente justificado la introducción de este derecho, aunque luego se haya hecho de una forma más formal que real, puesto que su desarrollo y puesta en práctica, incluido el alcance y ejecución depende de la legislación del Estado miembro en que se esté tramitando el procedimiento. Pero en los casos de filiación genera dudas acerca de la operatividad real del mismo. El Grupo de Marburgo propone directamente su supresión³¹.

IV. Relación con futuro instrumento de Conferencia de La Haya

35. Aunque se trata de hablar de realidades que aún distan de cristalizar, es claro que si finalmente ambos textos salen adelante, deberá establecerse un sistema de compatibilidad similar al establecido entre Reglamento (UE) 2019/1111 y el CH 1996, basado en una cláusula de prioridad en el Reglamento (art. 97) y una de desconexión en el Convenio (art. 52).

Habría que madurar si el criterio de prioridad debe ser la residencia habitual del niño en un Estado miembro, dado que en la Propuesta los criterios generales de competencia son mucho más amplios. Dejamos aquí solo esbozado el planteamiento sobre el que seguiremos reflexionando una vez ambos textos sean una realidad. De lo que no cabe duda es de que ambos son necesarios.

²⁹ Vid. A. DURÁN AYAGO, “El derecho del menor a expresar sus opiniones”, en B. CAMPUZANO DÍAZ (dra.), *Estudio del Reglamento (UE) 2019/1111...*, op. cit., pp. 153 y ss.

³⁰ Considerando 49.

³¹ Grupo de Marburgo, “Comments on the Parenthood Proposal”, loc. cit. p. 27 y ss.

La interconexión de los foros de competencia en la propuesta de Reglamento europeo en materia de filiación con los Reglamentos Bruselas II ter y III

The interconnection in regulation of jurisdiction in the proposal for a European Regulation in matters of parenthood with the Brussels II ter and III Regulations

MONTSERRAT GUZMÁN PECES

Profesora Contratada Doctora Derecho Internacional Privado. Universidad de Alcalá

ORCID ID: 0000-0002-5488-9103

Recibido:15.06.2023 / Aceptado:24.07.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.8115

Resumen: El presente trabajo se centra en el estudio de los criterios de competencia en la Propuesta de Reglamento europeo en materia de filiación y su relación con otros Reglamentos europeos, como el Reglamento (UE) 1111/2019, especialmente en el ámbito de la responsabilidad parental y protección de menores y el Reglamento (UE) 4/2009 relativo a las obligaciones alimenticias. Además, se analiza la posibilidad de acumulación de acciones tanto en la jurisprudencia nacional como en la jurisprudencia comunitaria como elemento clave para alcanzar el objetivo prioritario de la reducción de costes procesales tanto para las familias como para los sistemas judiciales de los Estados miembros.

Palabras clave: Propuesta Reglamento Filiación, Bruselas II ter; Bruselas III, Sentencias.

Abstract: The purpose of this work is to analyze the competence criteria in the Proposal for a European Regulation on parenthood and its relationship with other European Regulations, such as Regulation (EU) 1111/2019, especially in the field of parental responsibility and protection of children and Regulation (EU) 4/2009 on maintenance obligations. In addition, the possibility of accumulation of actions is analyzed both in national jurisprudence and in community jurisprudence as a key element to achieve the priority objective of reducing procedural costs both for families and for the judicial systems of the Member States.

Keywords: Proposal Regulation parenthood, Brussels II ter; Brussels III, Judgments.

Sumario: I. Consideraciones de base y objetivos de la Propuesta de Reglamento en materia de establecimiento de la filiación. II. Exclusiones e inclusiones en el ámbito material de regulación. III. Los foros de competencia en la Propuesta de Reglamento y su comparativa con el RBII ter y RBIII.: 1. Responsabilidad parental. 2. Obligaciones alimenticias. 3. La determinación de la filiación. IV. El tratamiento de las cuestiones incidentales. V. La supresión de los foros por conexidad. VI. La posibilidad de acumulación de acciones vinculadas: Supuestos VII. Ejemplos en la jurisprudencia española. VIII. Reflexiones finales.

*El presente trabajo se adscribe al Proyecto PID2020-114611RB-I00 del que soy miembro titulado “*Protección del menor en las crisis familiares internacionales (Análisis del Derecho Internacional Privado español y de la Unión Europea)*” concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación, cuyas investigadoras principales son la Dra. M. Guzmán Zapater y la Dra. M. Herránz Ballesteros. Este tema fue seleccionado y se presentó como Comunicación en el IX Congreso Internacional de Derecho Internacional Privado de la Universidad Carlos III de Madrid titulado “Propuesta de Reglamento europeo en materia de filiación” que tuvo lugar el 4 y 5 de mayo de 2023.

I. Consideraciones de base y objetivos de la Propuesta de Reglamento en materia de establecimiento de la filiación

1. La propuesta de Reglamento del Consejo Europeo relativo a la competencia, al Derecho aplicable, al reconocimiento de las resoluciones y a la aceptación de los documentos públicos en materia de filiación y a la creación de un certificado de filiación europeo surge de la necesidad de dar una respuesta a la problemática de las situaciones jurídicas “claudicantes”, esto es, al establecimiento del estado civil y los derechos aparejados al mismo en un Estado miembro y, la dificultad para desplegar toda su eficacia en otro Estado miembro por la falta de reconocimiento. La Jurisprudencia del TJUE desde los casos “García Avelló”¹; “Grunkin-Paul”² en el ámbito de los apellidos y, más recientemente, en el caso “Coman-Hamilton”³ y el caso “Pancharevo”⁴ en relación al matrimonio de personas del mismo sexo⁵, ha revelado cómo la falta de reconocimiento de determinadas situaciones o relaciones jurídicas y los derechos inherentes, supone un golpe contra la línea de flotación de los pilares sobre los que se sostiene la construcción europea, esto es, la libre circulación y establecimiento de personas en la Unión Europea⁶

¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de octubre de 2003. ECLI:EU:C: 2003:539. En este supuesto el Tribunal de Justicia, en relación con el cambio de apellidos, estableció que iba en contra del art. 12 CE (prohibición de toda discriminación por razón de nacionalidad) y 17 CE (que consagra la ciudadanía europea y los derechos y deberes inherentes), que una autoridad administrativa de un Estado miembro denegara la solicitud respecto de unos menores que residían en ese Estado y además tenían la doble nacionalidad de ese y otro Estado miembro, conforme a la legislación y tradición del segundo Estado miembro.

² Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de octubre de 2008. ECLI:EU:C: 2008:559. El TJUE declaró que, en las circunstancias del caso concreto: menor alemán nacido e inscrito en Dinamarca, se opone al art. 18 CE (consagra el derecho a la libertad de circulación), a que las autoridades de un Estado miembro, aplicando el Derecho nacional (alemán), denieguen el reconocimiento del apellido de un niño tal como ha sido determinado e inscrito en otro Estado miembro (Dinamarca) en el que ese niño nació y reside desde entonces, y quien al igual que sus padres sólo posee la nacionalidad del primer Estado miembro.

³ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 5 de junio de 2018. ECLI:EU:C: 2018:385. En este caso, el Tribunal de Justicia (Gran Sala), declaró que se oponía al art. 21 del TFUE (derecho de libre circulación y residencia) la denegación por parte de las autoridades de Rumanía (el Sr. Coman era nacional rumano y estadounidense) del permiso de residencia al Sr. Hamilton (nacional estadounidense) con el que había contraído matrimonio en 2010, como consecuencia del no reconocimiento por partes de las autoridades rumanas de los matrimonios con personas del mismo sexo. También se opone al art. 7.1 de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. En consecuencia, el nacional de un tercer Estado que ha contraído matrimonio con un ciudadano de la Unión, conforme al art. 21 del TFUE ostenta el derecho a residir por más de tres meses en el territorio del Estado miembro del que el otro ciudadano es nacional, sin que se le puedan imponer condiciones más estrictas que las previstas en la Directiva anteriormente mencionada.

⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de diciembre de 2021. ECLI:EU:C: 2021:1008. En esta Sentencia se declaró que en el caso de una menor ciudadana de la Unión cuyo certificado de nacimiento había sido expedido por las autoridades competentes del Estado miembro de acogida, en el que se designaba como progenitores a dos personas del mismo sexo, el Estado miembro del que la menor es nacional (Bulgaria) estaba obligado, por una parte, a expedirle un documento de identidad o un pasaporte sin exigir la expedición previa de un certificado de nacimiento por sus autoridades nacionales y, por otra parte, a reconocer, al igual que cualquier otro Estado miembro, el documento procedente del Estado miembro de acogida que permita al menor ejercer con cada una de esas dos personas su derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Todo ello en consonancia con el artículo 4 TUE, apartado 2, los artículos 20 TFUE y 21 TFUE y los artículos 7 (derecho a la vida privada y familiar), 24 (derechos del niño) y 45 (libertad de circulación y residencia) de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en relación con el artículo 4, apartado 3, de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) n.º 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE..

⁵ N. GOÑI URRIZA, “El reconocimiento de las relaciones de filiación en la Unión Europea: la libre circulación de certificados de nacimiento expedidos en un Estado miembro. En torno a la STJUE Pancharevo y al ATJUE K.S.-S.V.D.”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 15(1), 2023, pp. 970-978.

⁶ A.V.M. STRUYCKEN, “Les conséquences de l’intégration Européenne sur le développement du droit international privé”, *R. des C.*, t. 232, 1992-I, p. 270. Respecto de las consecuencias del desplazamiento del Derecho Internacional Privado de los Estados miembros a favor de una “comunidad de Derecho”. *Vid.* también P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Integración europea y Derecho internacional privado”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1997, n.º 2, pp. 429-430. También *vid.* A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “La ‘europeización’ de decisiones de Derecho privado, *REDI*, vol. LX, 2008-I, pp. 47 ss. El autor apunta como la relación entre el sistema europeo y los sistemas constitucionales de los Estados miembros, en el ámbito del reconocimiento de decisiones extranjeras se había producido a través del orden público del Estado requerido, pero al suprimirse ese control por ejemplo en los títulos europeos

sin ningún tipo de restricción. Si a una persona o, a los miembros de su familia cuando se trasladan por motivos laborales, familiares o, de otra índole a otro Estado, no se les reconoce el estado civil, la filiación y el nombre y los apellidos, por poner algunos ejemplos, se les están privando de una serie de derechos en el ámbito personal y familiar difícilmente justificables en una sociedad plural, avanzada y garante de los derechos y libertades⁷.

2. En este contexto, en el que la identidad de la persona y el derecho a no sufrir ningún tipo de discriminación, constituyen presupuestos de base, nace la Propuesta de este Reglamento por parte del Consejo europeo⁸, que en la propia Exposición de Motivos afirma que la Unión Europea aspira a “crear, mantener y desarrollar un espacio de libertad y justicia en el que se garanticen la libre circulación de personas, el acceso a la justicia y el pleno respeto de los derechos fundamentales”. Mucho se ha hablado también de las “célebres” palabras de la Presidenta de la Comisión, pronunciadas en el discurso sobre el Estado de la Unión de 2020 “si usted es madre o padre en un país, también lo es en todos los demás países” que, en esencia, obedecen a la necesidad del reconocimiento de la filiación entre los Estados miembros, objetivos todos ellos, que ya formaba parte de la Estrategia de la Unión Europea sobre los Derechos de Niño⁹ y de la Estrategia de la Unión para garantizar la igualdad de las personas pertenecientes a los colectivos LGBTIQ¹⁰.

3. Avanzando más en los objetivos de la propuesta, se trataría de proteger los derechos de estas personas y de los hijos en situaciones transfronterizas (menores y mayores de edad) y, para ello resulta imprescindible garantizar la seguridad jurídica y la previsibilidad en lo que se refiere a los litigios, a través de normas de competencia internacional, ley aplicable y reconocimiento de filiación, procurando reducir los costes jurídicos y las cargas, tanto para las familias como para los sistemas judiciales de los Estados miembros.

4. En cuanto a la técnica legislativa, se opta por un instrumento directamente aplicable en los mismos términos en todos los Estados miembros, como es el Reglamento. El reconocimiento de las filiaciones y los derechos inherentes a las mismas en el ámbito de la responsabilidad parental, obligaciones alimenticias y en materia sucesoria se alcanzan, a criterio del legislador, a través de un Reglamento “de última generación” que contempla la competencia judicial, la ley aplicable y establece los cauces para el reconocimiento de la filiación y la creación de un “certificado” en términos similares al certificado sucesorio. El legislador europeo parte de la premisa de que si no es necesario establecer un control sobre la autoridad competente ni sobre el derecho aplicable, se eliminan los obstáculos al reconocimiento de las decisiones judiciales en este ámbito. El escollo principal vendría de la excepción al orden público. Pues bien, teniendo en cuenta que en el ámbito civil la competencia corresponde a los Estados miembros, con diversas legislaciones y “sensibilidades” en estas materias, el legislador europeo se mantiene en un equilibrio inestable en el intento de establecer normas comunes (en el sector de la competencia judicial, derecho aplicable y reconocimiento) para el establecimiento de la filiación y su reconocimiento entre los Estados miembros en las situaciones jurídicas transnacionales.

5. En este contexto, el objeto de este estudio va a consistir en el análisis de los criterios de competencia judicial en esta Propuesta en relación a los existentes en materias íntimamente ligadas, como

supone una constatación de la integración de sistemas, de la cesión de la soberanía de los Estados y, en definitiva de la pérdida de protagonismo de los Estados en el seno de la Unión Europea.

⁷ Vid. E. JAYME, “Identité culturelle et integration: le droit privé postmoderne (Cours general de droit international privé”, *R. des C.*, t. 252, 1995, pp. 56 y ss. M. GUZMÁN ZAPATER, *Sociedad Internacional y Derecho Internacional Privado (problemas de aplicación de sus normas)*, Colex, Madrid, 2006. La autora analiza los elementos que influyen en la construcción actual del Derecho Internacional privado: multiculturalismo, globalización, integración, nuevas tecnología e incremento de la autonomía conflictual.

⁸ Bruselas 7 de diciembre de 2022. COM (2022) 695 final.

⁹ Estrategia de la UE sobre los Derechos del Niño [COM (2021) 142 final].

¹⁰ Estrategia para la Igualdad de las Personas LGBTIQ 2020-2025 [COM (2020) 698 final].

es la determinación de las medidas con relación a la responsabilidad parental y las obligaciones alimenticias. Estas materias están expresamente excluidas del ámbito de aplicación de esta Propuesta, pero resultaría interesante analizar la viabilidad de la acumulación de acciones en un mismo proceso, cómo se resolverían las cuestiones incidentales y las cuestiones conexas. Todo ello en aras de evitar procesos paralelos con las correspondientes resoluciones contradictorias y, de contribuir a reducir el volumen de asuntos de los que conocen los órganos jurisdiccionales en el ámbito de la Unión Europea. En definitiva, se trataría de chequear si tal y como se contempla en los objetivos de la Propuesta, puede contribuir a la reducción de costes procesales, a la agilización de los procedimientos en este ámbito y a garantizar una mayor seguridad jurídica de las familias lo que, sin duda, redundaría en un mayor disfrute de los derechos implícitos al establecimiento de la filiación.

II. Exclusiones e inclusiones en el ámbito de regulación material de la Propuesta de Reglamento

6. En el Considerando vigésimo noveno, se determina que la Propuesta excluye de su ámbito de regulación material, en el sector de la competencia judicial, la ley aplicable y el reconocimiento de documentos públicos, las obligaciones alimenticias, que se encuentran reguladas en el Reglamento (CE) 4/2009¹¹; los derechos sucesorios, regulados por el Reglamento (UE) n.º 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo¹²; o en materia de responsabilidad parental, regulada por el Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo¹³. A continuación, el legislador europeo consciente de la existencia de otras materias vinculadas a la determinación de la filiación, como las que figuran en los Reglamentos citados anteriormente, prevé que en un proceso en el que se estén dilucidando estas cuestiones y la filiación resultase controvertida, se podría plantear como una cuestión incidental en esos procesos. Sobre esta cuestión no se va a incidir más porque va a ser abordada posteriormente.

7. También se excluyen todas las cuestiones relativas a la existencia, validez o reconocimientos de un matrimonio o, cualquier otra relación análoga a la conyugal, materias en las que existen otras normas nacionales y de Derecho internacional privado de aplicación (Considerando 30). Asimismo se excluyen todas las cuestiones relativas a la inscripción de la filiación en un Registro (Considerando 31). No obstante, se insta a los Estados a aceptar los documentos expedidos por las autoridades competentes de los Estados miembros. En particular, el Reglamento se refiere al “certificado de filiación europeo” como documento válido para la inscripción de la filiación en un Estado miembro. En este sentido, el procedimiento de expedición del citado certificado seguiría los cauces previstos en el Reglamento, por lo que respecta a los criterios de competencia

y del derecho aplicable. Por su parte, el Reglamento no resulta de aplicación para el reconocimiento de resoluciones judiciales o aceptación de documentos públicos en el ámbito de la filiación formalizados o registrados en terceros Estados, que estarán sujetos a las reglas nacionales de cada Estado miembro (Considerando 32).

8. En cuanto a las materias objeto de regulación, la Propuesta de Reglamento contempla la determinación de la filiación, entendida en sentido amplio (biológica, genética, adoptiva o por ministerio de la ley – Considerando 24 –), por cuanto se refiere al vínculo existente entre uno o más progenitores respecto de un hijo/hija (menores y mayores de edad, fallecidos y no nacidos), así como el establecimiento de la

¹¹ Reglamento (CE) 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos. DO L 7 de 10 de enero de 2009.

¹² Reglamento (UE) n.º 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo. DO L 201 de 27 de julio de 2012.

¹³ Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores. DO L 178 de 2 de julio de 2019.

filiación a raíz de un proceso de reclamación o impugnación de una filiación determinada previamente. También se incluiría, la reclamación y la “aceptación”¹⁴ de la filiación determinada respecto de uno o dos progenitores a través de la gestación subrogada intracomunitaria (cuando haya sido determinada a través de una resolución judicial, resolución administrativa o acta notarial) y, abarcaría a la filiación adoptiva en el ámbito interno o comunitario, cuando supongan la “aceptación de resoluciones judiciales y documentos públicos en materia de filiación”, incluidas las determinadas a través de una adopción nacional. Llama especialmente la atención en la Propuestas la referencia al término “aceptación” en lugar de reconocimiento, entendemos que para evitar conflictos con las legislaciones nacionales de los Estados miembros. En el caso de las adopciones, se incluirían las adopciones en forma simple, en las que no se produce la ruptura del vínculo de filiación con la familia biológica y, las adopciones en forma plena.

III. Los foros de competencia en la Propuesta de Reglamento y su comparativa con el RBII ter y RBIII

9. Desde el punto de vista procesal e internacional privatista resulta interesante analizar el tipo de foros en la Propuesta de Reglamento con los previstos en el Reglamento (UE) 1111/2019 (en adelante RBII *ter*) en el ámbito de la responsabilidad parental y en el Reglamento (CE) 4/2009 (en adelante RBIII) en materia de obligaciones alimenticias entre parientes. La Propuesta de Reglamento, como hemos señalado anteriormente, excluye estas dos materias de su ámbito de aplicación, pero sí ha previsto que en un procedimiento, por ejemplo, sobre las obligaciones de alimentos, se pueda plantear como cuestión incidental la determinación de la filiación. Lo que no es posible *a priori* conforme a la Propuesta es que en un procedimiento sobre filiación se ventilen cuestiones sobre responsabilidad parental u obligaciones de alimentos. A nuestro modo ver, aunque esta cuestión queda meridianamente clara, entendemos que sería posible la acumulación de acciones ante el mismo órgano jurisdiccional si la competencia recayera en dicha autoridad a través de los criterios de competencia establecidos en los Reglamentos que resultan de aplicación.

1. Responsabilidad parental

10. En el RBII *ter*¹⁵, por lo que respecta al ámbito de la responsabilidad parental, se introduce la autonomía de la voluntad¹⁶ como criterio preferente en determinadas circunstancias y fundamentalmente si responde al “interés superior del menor”, principio que se erige como criterio modulador e inspirador. Si tradicionalmente en esta materia se había considerado que el Juez de la residencia habitual de los menores era el más indicado para conocer de estos procesos (atendiendo al principio de proximidad), en la actualidad se antepone a este criterio, la elección del órgano jurisdiccional por parte los titulares de la responsabilidad parental y de otras partes con intereses en el proceso. En principio, las consideraciones

¹⁴ Interesa destacar en este punto que el término “aceptar” se utiliza junto con “reconocer”, pero su significado es distinto. Según la RAE en su segunda acepción se relacionaría con “Aprobar, dar por bueno, acceder algo”. En el Considerando 75 de la Propuesta al referirse a las causas de oposición al reconocimiento se señala que “Las consideraciones de interés público deben permitir a los órganos jurisdiccionales o a otras autoridades competentes de los Estados miembros denegar, en circunstancias excepcionales, el reconocimiento o, en su caso, la aceptación de una resolución judicial o un documento público sobre la filiación...”. En el articulado de la Propuesta cuando se refiere a resoluciones judiciales emplea siempre el término “reconocimiento” y habría que esperar al art. 69, ap. 3º que emplea el término “aceptación” al referirse a los documentos públicos sin fuerza ejecutiva.

¹⁵ *Vid.* M. HERRANZ BALLESTEROS, “El Reglamento (UE) 2019/1111 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución en materia matrimonial y de responsabilidad parental y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida): principales novedades”. *REDI*, vol. 73/2, julio-diciembre, 2021, especialmente pp. 6-8. También *vid.* E. RODRÍGUEZ PINEAU, “El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111 en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores”, *La ley Derecho de Familia*, n.º 26, 2020.

¹⁶ A.E. VON OVERBECK, “L’irrésistible extension de l’autonomie en droit international privé”, *Nouveaux itineraries en droit. Hommage à F. Rigaux*, Bruxelles, 1993, pp. 619-636.

sobre este cambio de conexión son positivas, en primer lugar, porque supone un logro la introducción de la autonomía de la voluntad en materias vetadas tradicionalmente por afectar al estatuto personal y familiar¹⁷. En segundo lugar, tampoco cabe olvidar que estos acuerdos parten de la base de la inexistencia de un conflicto, cuestión que en esta materia resulta primordial por la existencia de menores de edad. Ahora bien, la elección de foro, en detrimento del órgano jurisdiccional, en principio, más conectado o vinculado como es el de la residencia habitual del menor debe garantizar que es la mejor opción.

11. En efecto, si los titulares de la responsabilidad parental han convenido transferir la competencia a un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, en los términos previstos en el art. 10 del RBII *ter*, actuaría como un foro exclusivo y excluyente. La inclusión de la elección de foro, cuando el menor ha sido sustraído o retenido ilícitamente, debe considerarse una propuesta arriesgada, no exenta de dificultades dado que en esta materia el principal problema es la localización del menor, la ruptura total de comunicaciones y, el retorno del menor al lugar dónde tenía su residencia habitual inmediatamente antes del traslado o retención ilícito. Este Reglamento resulta particularmente novedoso porque facilita a las partes la denominada “desconexión judicial”, al promover y fomentar la mediación en todas las fases del proceso, de oficio, por parte de la autoridad judicial en este ámbito. El Reglamento prevé que, en cualquier momento del procedimiento los titulares de la responsabilidad parental puedan acudir a la mediación como fórmula alternativa de resolución de litigios (art. 25). El principio del “interés superior del menor” actuaría como criterio modulador para avanzar en la vía de la mediación¹⁸ o, volver al procedimiento contencioso. Por tanto, no sólo podría prevalecer la elección de foro sobre el foro de la residencia habitual, si no que podría primar la resolución del litigio por métodos alternativos a la vía jurisdiccional, si el órgano jurisdiccional y las partes así lo deciden.¹⁹ Éstas sería una de las principales diferencias con la Propuesta de Reglamento, al no permitir la elección de foro ni a la mediación a ser una materia indisponible a las partes. No obstante, comprobaremos como a través de la elección de foro se podría elegir, en su caso, si se presenta la reclamación de filiación ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del nacimiento del hijo, este mismo foro para resolver las cuestiones sobre el ejercicio de la responsabilidad parental.

12. Por lo que respecta a los límites, la elección de foro se encuentra condicionada²⁰ por el cumplimiento de una serie de requisitos: En primer lugar, que sea un foro “estrechamente vinculado” con el menor, el propio Reglamento avanza algunas circunstancias en las que existe esa vinculación requerida, como por ejemplo cuando al menos uno de los titulares de la responsabilidad parental tenga su residencia habitual en dicho Estado Miembro; o, en él radique la antigua residencia habitual del menor o, el menor sea nacional de dicho Estado miembro. En realidad, asistimos a un “concepto jurídico indeterminado” cuya concreción se deberá realizar caso por caso y, en este sentido entendemos que cualquiera de los foros previstos en la Propuesta de Reglamento (correspondiente a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro), podrá elegirse para determinar las medidas en el ámbito de la responsabilidad parental, siempre que se den los requisitos que a continuación enunciamos. En segundo lugar, la autonomía de la voluntad se encuentra condicionada por la existencia de un acuerdo libre entre las partes y, de

¹⁷ P. GANNAGÉ, “La pénétration de l’autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1992, pp. 441 y ss. *Vid.* también, A. DURÁN AYAGO “Autonomía de la voluntad, leyes de policía y orden público internacional en los Reglamentos europeos de Derecho de familia y sucesiones”, *Cuadernos de Derecho transnacional* (octubre 2021), Vol. 13, n.º 2, pp. 1003-1021

¹⁸ *Vid.* C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “Sustracción internacional de niños y ejercicio transnacional de los derechos de visita”, *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Colex, Madrid, 2004, pp. 89-114. La autora analiza los derechos de visita en la práctica y apuesta por una solución material y de mediación en los conflictos familiares, como respuesta a la excesiva proliferación de normas en el ámbito institucional y convencional.

¹⁹ Sobre las dificultades que puede plantear la eficacia de los acuerdos de elección de foro en el CH 1996 y en el RBII *ter* *vid.* B. CAMPUZANO DÍAZ, “El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111: Análisis de las mejoras en las relaciones con el Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 sobre responsabilidad parental”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, Marzo (2020), Vol. 12, n.º 1, p. 113.

²⁰ *Vid.* M. GUZMÁN PECES, “Los criterios de competencia en el Reglamento (UE) 2019/1111: Especial referencia a la autonomía de la voluntad y al “interés superior del menor”, *AEDIPr*, t. XIX-XX, 2019-2020, pp. 196 y ss.

cualquier otro titular de la responsabilidad parental, en el momento de la presentación del asunto ante el órgano jurisdiccional o, si las partes aceptan expresamente la competencia durante dicho procedimiento. Y finalmente, dicha competencia debe responder al “interés superior del menor” que se consagra como principio informador y clave para que dicha atribución de competencia pueda resultar eficaz. La duda que se plantea es con relación a la actuación del órgano jurisdiccional al que se le ha prorrogado la competencia conforme al acuerdo. Dicha competencia se configura como exclusiva y excluyente. Si dicho órgano aprecia que dicha elección perjudica los intereses de alguna de las partes en el proceso o, no responde al “interés superior del menor”, entendemos que podría declararse incompetente y remitir el asunto a un órgano jurisdiccional mejor situado o al de la residencia habitual del menor, pero son cuestiones que no han quedado resueltas y podrían conducir a nuevos pronunciamientos del Tribunal de Justicia.

13. Al margen de estas consideraciones, los foros previstos en este Reglamento serían: El foro elegido por los titulares de la responsabilidad parental (art. 10); el de la residencia habitual del menor (art. 7); la *prorogatio fori* hacia órganos jurisdiccionales más vinculados (arts. 12 y 15), el foro de necesidad (art. 11) y el foro residual (art. 14). Dejando a un lado el de la elección de foro, el resto de los criterios se contemplan en la Propuesta de Reglamento de filiación.

2. Obligaciones alimenticias

14. Los criterios de competencia previstos en el Reglamento (CE) 4/2009 se articulan en torno al principio del *favor creditoris* y con el objetivo de que el acreedor pueda obtener en un Estado miembro una resolución judicial que tenga fuerza ejecutiva en otro Estado miembro sin ningún tipo de formalidad, atendiendo a que no hay que efectuar ningún control sobre la competencia del órgano jurisdiccional ni sobre el derecho aplicable²¹. Se parte de la idea que el acreedor de alimentos se encuentra en una posición de inferioridad económica y, en base a ello el art. 3, con carácter general, prevé dos foros alternativos (residencia habitual del alimentante o alimentista) y dos foros conexos en relación con una acción accesoria al estado civil de las personas o, en materia de responsabilidad parental, siempre que la competencia no esté basada únicamente en la nacionalidad de una de las partes. A continuación, y como novedad frente al RBI bis, se configura en el art. 4 la elección de foro, con dos limitaciones: la primera, es en relación con los menores de dieciocho años, por cuanto se impide la elección de foro en litigios de obligaciones alimenticias de menores y, la segunda, por el limitado abanico de posibilidades de esta disposición, dado que se podrá elegir el foro de la residencia habitual o el de la nacionalidad de una de las partes. Aquí curiosamente, lo que no se permite con carácter general, por considerar que puede resultar un foro exorbitante, sí se permite a través de la prórroga de la competencia²².

15. En definitiva, este Reglamento, contempla foros alternativos (residencia habitual de alimentante o alimentista; foros por conexidad, vinculados a la reclamación de la filiación (siempre que no estén basados en la nacionalidad de una de las partes); la elección de foro y la sumisión tácita (mayores de edad) y el foro de necesidad. Pues bien, quitando los foros por conexidad y los vinculados a la autonomía de la voluntad, son foros previstos en la Propuesta del Reglamento de filiación. Aunque la elección de foro se encuentre muy limitada, la existencia del foro de conexidad vinculado a la reclamación de la filiación abre la posibilidad a plantear la demanda ante cuatro de los seis foros previstos en la Propuesta del Reglamento (se excluiría el de la nacionalidad del hijo/a y de la nacionalidad del progenitor/a).

²¹ Esta cuestión ha suscitado ciertas críticas relacionadas con la falta de control de las cuestiones procesales en este tipo de asuntos, *Vid.* B. ANCEL Y H. MUIR WATT, “Aliments sans frontières”, *Revue critique de droit international privé*, n.º 3, 2010, pp. 457-484. Sobre las implicaciones de la supresión del exequatur, *vid.* M. GUZMÁN ZAPATER, “La superación del exequatur en el espacio judicial europeo: decisiones relativas a derecho de visita y la obligación de alimentos”, *Curso de Derecho internacional y Relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2006, pp. 211-246.

²² M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “Litigios sobre la obligación de alimentos. Normas de competencia y problemas procesales en el Reglamento 4/2009”, *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos. Derecho español y de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018. p.333.

3. La determinación de la filiación

16. En la Propuesta se opta por articular un total de seis foros alternativos con el objetivo de favorecer las reclamaciones de filiación por partes de los hijos/as (art. 6). Por un lado, atendiendo al criterio de proximidad, se podrá presentar la demanda ante los órganos jurisdiccionales de la residencia habitual del menor (en el momento en el que se presenta el asunto)²³. Pero con el ánimo de favorecer el acceso a la justicia y el establecimiento de la filiación del hijo/hija, alternativamente se podría presentar la reclamación ante los órganos jurisdiccionales de la nacionalidad del hijo/a; de la residencia habitual del demandado; de la residencia habitual de cualquiera de los progenitores; de la nacionalidad de cualquiera de los progenitores y, finalmente del nacimiento del hijo/a. Con relación a este último criterio, habría que señalar que, si obedece a un acontecimiento fortuito, no se entiende muy bien el encaje como criterio para determinar la competencia, a pesar de estar formulado de manera alternativa. Ahora bien, podría obedecer a la necesidad de dar una respuesta jurídica a los nacimientos producidos por “gestación por sustitución” o por técnicas de reproducción asistida, dado que normalmente los nacimientos de estos niños/as se vienen produciendo en Estados en los que existe regulación y, están permitidos, con mayores o menores limitaciones. En estos casos, si se reclama y se determina la filiación paterna/materna, por poner un ejemplo, en el Estado miembro del nacimiento del hijo/a, deberá dotarse de eficacia en el resto de los Estados miembros a los efectos de la Propuesta. Asimismo, se establece un foro basado en la presencia del hijo/a, un foro residual y el foro de necesidad, como ya existen en los otros Reglamentos analizados.

17. Mención especial merecen los índices para la determinación de la “residencia habitual”, dado que esta conexión se encuentra en tres de los foros previstos y, porque en el Considerando 40 se avanza hacia una delimitación amplia, utilizando una serie de factores de concreción que deberán apreciarse caso por caso y, que ya se habían puesto de manifiesto²⁴. Pues bien, celebramos de manera entusiasta que se hayan incorporado los criterios que ha ido perfilando la Jurisprudencia del TJUE en los Reglamentos que en los últimos años han visto la luz. De manera clara se apuesta por tener en cuenta todas las circunstancias específicas de cada caso en concreto. A partir de la presencia física del hijo/a en el territorio de un Estado miembro, se deberán tener en cuenta otros factores para determinar que la presencia no sea temporal, sino que refleje una cierta integración en un entorno social y familiar²⁵. En este sentido, la edad se configura como un elemento modulador unido a otros como la asistencia a la escuela y las relaciones familiares y sociales. También cuenta, la intención de los progenitores de instalarse en un Estado, a través de manifestaciones como la compra o arrendamiento de una vivienda. En efecto, en menores de corta edad jugaba un papel decisivo la voluntad de los progenitores y, en cambio en menores de edades superiores adquiriría bastante importancia su voluntad y opinión, la adaptabilidad al nuevo entorno, escolarización, relaciones familiares, etc.

18. En el supuesto de que no pudiera determinarse o establecerse la filiación conforme a los seis foros alternativos generales previstos en el art. 3, se articula un foro basado en la presencia del hijo/a en un Estado miembro, pensado para permitir a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro, conocer de demandas respecto de hijos/as nacionales de terceros Estados incluyendo a los solicitantes

²³ En el Considerando 39 de la Propuesta se señala que, cuando sea posible, para salvaguardar los intereses del hijo o hija la competencia debe recaer en los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la residencia habitual del hijo o hija. No obstante, para facilitar el acceso a la justicia y lógicamente el establecimiento de la filiación, se permite con carácter alternativo los otros foros previstos.

²⁴ M. GUZMÁN PECES, “Problemáticas en la coordinación de instrumentos normativos aplicables a la sustracción de menores y en particular a la interpretación de la residencia habitual”, *AEDIPR*, núm. 14-15, 2014-2015, en especial pp. 520-522. *Vid.* también L. A. PÉREZ MARTÍN, “Determinación y transcendencia de la residencia habitual en las crisis familiares internacionales”, *Crisis matrimoniales...*, *op. cit.* pp. 955-957.

²⁵ Sentencia del TJUE (Sala Tercera) de 1 de agosto de 2022. TJCE/2022/176. Aranzadi. ECLI:EU: 2022:619. En esta Sentencia relativa a una demanda de divorcio y obligaciones de alimentos de nacionales de dos Estados miembros distintos que residen en un tercer Estado como agentes destinados en la delegación de la Unión Europea, se avanza en la noción “residencia habitual”. El Tribunal señala que se debe caracterizar por “la voluntad de la persona de fijar el centro habitual de su vida en un lugar determinado y que su presencia revista un grado suficiente de estabilidad en ese lugar”.

o beneficiarios de protección internacional. Este foro basado en la presencia del hijo/a se asemeja en gran medida al foro de necesidad, aunque en este no se requiere la presencia, pero se exige “una conexión suficiente” con el órgano jurisdiccional del Estado miembro al que se le somete el asunto. Esta vinculación exigida, podría ser, por ejemplo, que en dicho Estado hubiera tenido el hijo/a su residencia o hubiera sido nacional de dicho Estado. Los dos foros contemplan casos excepcionales, como pudieran ser conflictos bélicos o catástrofes que impiden presentar las demandas en terceros Estados.

19. Finalmente, se contempla el foro residual para el supuesto en el que, conforme a las reglas de competencia previstas en el Reglamento, no se pueda asumir el conocimiento del asunto. En ese caso, hay que acudir a las normas de Derecho internacional privado de fuente autónoma de los Estados. En nuestro sistema jurídico se contempla en el art. 22 *quáter* d) de la LOPJ²⁶ que preceptúa que “En materia de filiación y de relaciones paternofiliales, protección de menores y de responsabilidad parental, cuando el hijo o menor tenga su residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda o el demandante sea español o resida habitualmente en España o, en todo caso, al menos desde seis meses antes de la presentación de la demanda”. Aunque aparentemente pueda parecer que las conexiones son similares encontramos algunas diferencias interesantes. Respecto del hijo/a no contempla la conexión nacionalidad, por lo tanto, no amplía el ámbito de competencias, pero respecto de las personas que pueden presentar la demanda de reclamación filiación sí, dado que la Propuesta de Reglamento se refiere en todo momento a los progenitores, en cambio en nuestro sistema interno se acude a un término más amplio “demandante”, que incluye al hijo/a, al progenitor que reclama la filiación, incluso todas aquellas acciones de reclamación de la filiación entabladas por otras personas con intereses legítimos en que se determine la filiación (abuelos u otros parientes)²⁷.

IV. El tratamiento de las cuestiones incidentales

20. La Propuesta de Reglamento prevé que si los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro estuvieran conociendo de una materia ajena a este Reglamento (ej. responsabilidad parental, obligaciones alimenticias, etc.) y dependiera de la determinación de una cuestión incidental como pudiera ser el establecimiento de la filiación, tendrían competencia sobre este asunto, pero tendría eficacia sólo en el marco de dicho proceso. En el Considerando 45 se aduce que, atendiendo a razones de economía y suficiencia procesal se pueda conocer, en un proceso que tenga por objeto las materias anteriormente señaladas, de la filiación. Este tipo de determinaciones, señala la Propuesta, deben efectuarse de conformidad con el Derecho aplicable designado por el Reglamento de filiación y, limitado a ese proceso particular. Desde nuestro punto de vista, resultaría preocupante y problemático que se determinara la filiación en un Estado miembro, por ejemplo a efectos de sustanciar las obligaciones alimenticias, pero la determinación o el establecimiento de la filiación, no tuviera eficacia o no se reconociera en otro Estado miembro. Cuanto menos resultaría contradictorio con el espíritu de esta Propuesta, dado que una vez que se ha determinado la filiación en un Estado miembro, debería reconocerse en el resto de Estados miembros.

²⁶ M. J. SÁNCHEZ CANO, “Reflexiones prácticas sobre la competencia judicial internacional y la filiación”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, 13(1), 2021, pp. 1095-1105. La autora al hilo del comentario de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo desgrana los errores que se cometen en la práctica jurisprudencial, tales como la confusión entre la competencia territorial y la competencia judicial internacional. Asimismo, coincidimos en la apreciación de la existencia de foros indisponibles en materia de reclamación de la filiación, debiendo acudir al foro especial previsto por razón de la materia. *Vid.* también, A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. II. 18ª. ed., Comares, Granada, 2018, p. 317. *Vid.* también M. GUZMÁN PECES, “La competencia judicial en materia de nulidad, separación y divorcio, responsabilidad parental y sustracción civil de menores en Derecho internacional privado español”, *Crisis matrimoniales... op. cit.* pp. 246-249.

²⁷ M. GUZMÁN ZAPATER, “La filiación internacional a examen por el Tribunal Supremo. A propósito de las sentencias TS 223 y 224 de 17 de abril de 2018”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, 11(2), en particular p. 634. En opinión de la autora con esta nueva redacción de la Ley 7/2017, se permite activar la competencia de los órganos judiciales a través de la conexión residencia habitual del hijo en el momento de interposición de la demanda (vinculación efectiva y actual) y, en el segundo caso, la competencia se articula para los progenitores o cualquier persona con interés legítimo.

21. Avanzando más en este planteamiento, podría darse la circunstancia que en un Estado miembro, a título incidental, se determinara la filiación respecto de un proceso de reclamación de alimentos y, posteriormente en otro Estado miembro en el que se abriera la sucesión, se tuviera de nuevo que establecer la filiación. En nada se contribuiría a reducir los costes procesales de las familias y de los órdenes jurisdiccionales de los Estados miembros, siendo éste uno de los objetivos fundamentales de la Propuesta de Reglamento.

22. También cabe la posibilidad de que se produzcan resoluciones contradictorias entre sí entre las mismas partes, objeto y causa, si en un Estado miembro, a título incidental, se determina la filiación en un proceso de obligaciones alimenticias y, en otro Estado miembro, en el que se abre la sucesión, se determina que no existe un vínculo de filiación. Las normas procedimentales sobre litispendencia funcionan si se somete la cuestión sobre el pronunciamiento de la filiación a título principal²⁸ pero no si se plantea como incidental a otro proceso estrechamente vinculado.

23. En el ámbito procesal interno español las cuestiones incidentales se regulan en el Capítulo VII de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en particular en los arts. 387 a 393. A estos efectos nos interesa destacar que el art. 390 al referirse a las cuestiones de previo pronunciamiento, determina que serían aquellas en las que es necesario suspender el procedimiento. Estas cuestiones, por su propia naturaleza, suponen un obstáculo para la continuación del juicio y requieren la suspensión del procedimiento hasta que queden resueltas. En estos casos, conforme al art. 393, el Letrado de la Administración de Justicia dará traslado del escrito a las demás partes, quienes podrán contestar en el plazo de cinco días, posteriormente citará a las partes a una comparecencia ante el Tribunal que se sustanciará conforme a los juicios verbales. Las partes podrán formular alegaciones y se practicará la prueba. Si se resuelve a través de Auto, en el que se declare que no existe un vínculo de filiación, se pondrá fin al proceso (cabe recurso de apelación). Si se declara la filiación y continua el proceso, no cabe recurso, no obstante la parte perjudicada puede apelar la sentencia definitiva.

24. En definitiva, aunque esté previsto que la determinación de la filiación se pueda sustanciar a título incidental ante órganos jurisdiccionales que estén conociendo de un asunto íntimamente ligado, la limitación de efectos del pronunciamiento únicamente a ese proceso (aunque sea el tratamiento que se les da a las cuestiones incidentales), no facilita alcanzar los objetivos de la Propuesta y puede ocasionar graves perjuicios si hay que reclamar la filiación en otro Estado miembro a título principal. Los costes procesales se incrementarían y las posibilidades de encontrarnos con resoluciones contradictorias no serían nada desdeñables, con las consecuencias aparejadas a ello, en detrimento de los derechos inherentes al establecimiento de la filiación.

V. La supresión de los foros por conexidad

25. En el ámbito europeo, los Reglamentos en materia de responsabilidad parental han previsto la prórroga de la competencia hacia los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro que estén conociendo de materias vinculadas. En efecto, en el RBII *ter* se permite en el art. 12 una “*prorrogatio fori*”, en determinadas circunstancias y en el art. 10 se prevé la elección de foro por las partes, cuando el menor se encuentre estrechamente vinculado a ese Estado, estableciéndose una serie de criterios para apreciar dicha conexión que, en ningún caso, son *numerus clausus*. En este sentido, si se llega a un acuerdo y responde al “interés superior del menor”, en uso de la autonomía de la voluntad, se podrá elegir el foro en el que se está sustanciando por ejemplo el divorcio de los padres.

26. Por su parte, el RBIII en el ámbito de las obligaciones alimenticias prevé la elección de foro en determinadas circunstancias, limitada a los mayores de edad y, expresamente prevé los foros de

²⁸ Art. 14 de la Propuesta.

conexidad, en el artículo 3, apartado c) y d). En efecto, el primero de ellos establece que puede resultar competente para conocer de una reclamación de alimentos (si esta es accesoria) el órgano jurisdiccional competente para conocer de una acción relativa al estado de las personas, como pudiera ser la determinación de la filiación. Y el segundo, también establece la competencia para conocer de las obligaciones alimenticias (accesoria) cuando se esté dilucidando una acción relativa a la responsabilidad parental. En este sentido, como estrategia procesal, podría resultar más útil acudir a este foro en el que una vez se determine la filiación se podrán establecer medidas en el ámbito de la responsabilidad parental y las obligaciones alimenticias que a los preceptuados en la Propuesta analizada.

27. Traemos a colación la Sentencia del TJUE (Sala Tercera) de 5 de septiembre de 2019 en el asunto C-468/18²⁹, en el que se plantea una cuestión prejudicial sobre la interpretación del art. 3, letras c) y d) en el marco de un litigio entre dos nacionales rumanos, la madre residente en el Reino Unido y el padre residente en Rumanía, en el que se dilucidaban unas acciones de divorcio, de alimentos para la hija menor y de responsabilidad parental. El matrimonio se contrae en 2015, al poco tiempo nace la menor. Se separan en 2016, la madre permanece en Belfast y el padre regresa a Rumanía. La madre presenta la demanda de disolución del vínculo en Rumanía con la pretensión de que se fije el domicilio de la menor con ella y se le atribuya en exclusiva el ejercicio de la patria potestad. Conjuntamente solicita se le condene al padre al pago de una pensión alimenticia a favor de la menor. El Juzgado de Primera Instancia de Constanza se declaró competente (nacionalidad común -art. 3, ap. primero, letra b-) para el divorcio y decidió separar las pretensiones relativas a la responsabilidad parental, fijación del domicilio de la menor y el pago de la pensión alimenticia e incoó dos nuevos procedimientos con esas pretensiones. En cuanto a la responsabilidad parental, el Juzgado se declaró incompetente al comprobar que no concurrían los requisitos de prórroga de competencia, ni respondía al “interés superior de la menor” (art. 12.1 RBII bis aplicable en ese momento). Además, consideró competente conforme al art. 8, apartado primero, a los órganos jurisdiccionales del Reino Unido, porque la menor tenía su residencia habitual en dicho Estado desde el nacimiento. En cuanto a la pretensión de alimentos, el órgano jurisdiccional se declaró competente en base a la residencia habitual del demandado. No obstante, se plantearon algunas dudas y se decidió presentar una petición de decisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia. El TJUE declaró que en el caso de que ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro se interpusiese un recurso con tres pretensiones, relativas al divorcio de los progenitores, a la responsabilidad parental del menor y a la obligación de alimentos, el órgano jurisdiccional competente para el divorcio y que se declaró incompetente para la responsabilidad parental, puede resolver sobre la cuestión de la obligación de alimentos respecto de dicho menor, cuando además es el lugar de la residencia habitual del demandado o el órgano jurisdiccional ante el que existe una sumisión tácita. De esta Sentencia, se podría concluir que es posible la acumulación de acciones si se dan los criterios de competencia ante un mismo órgano jurisdiccional y, en el caso de la responsabilidad parental, se admitiría una *prorrogatio fori* si responde al “interés superior del menor”. En este supuesto, se entendió que el Juez de la residencia habitual de la menor era mucho más adecuado para pronunciarse, atendiendo al criterio de proximidad. En la actualidad, aplicando las reglas del RBII *ter*, las consideraciones hubieran sido las mismas, a no ser, que hubiera acuerdo de elección de foro y se apreciara que éste redundaba en interés de la menor (cuestión que no parece deducirse de los elementos fácticos del caso).

28. En ocasiones se pueden acumular acciones, pero con ciertas limitaciones, por ejemplo, en el caso de las demandas de reclamaciones de alimentos en favor de los hijos menores, se entienden que son accesorias a las medidas relativas a la responsabilidad parental. En la Sentencia del TJUE de 16 de julio de 2015, en el asunto C-184/14, se planteó la cuestión de si en una demanda relativa a la obligación de alimentos a favor de los hijos menores, se podía elegir entre el Juez encargado de la acción de divorcio entre los cónyuges o el Juez de la responsabilidad parental, cuando se habían ejercitado dichas acciones ante dos órganos jurisdiccionales de distintos Estados miembros. El Tribunal se pronunció a favor de que fuera el Juez encargado de pronunciarse sobre la responsabilidad parental el que debía decidir sobre

²⁹ ECLI:EU:C: 2019:666.

la obligación de alimentos hacia esos menores³⁰. El Tribunal entendió que “(...) una demanda relativa a una obligación de alimentos a favor de ese hijo sólo es accesoria a la acción relativa a la responsabilidad parental en el sentido del artículo 3, letra d), de dicho Reglamento”.

29. Si analizamos la Propuesta de Reglamento, sorprende que no se haya establecido un foro por conexidad, en el que el órgano jurisdiccional competente para resolver sobre la determinación de la filiación sea también competente para cuestiones de responsabilidad parental (en caso de menores de edad) y de obligaciones alimenticias (para menores y mayores de edad). Esta omisión puede obedecer a que el legislador europeo a la hora de elaborar este Reglamento estaba más preocupado en la eficacia y el reconocimiento de la filiación ya establecida en otro Estado miembro, que en la determinación de la filiación y el disfrute de los derechos inherentes al mismo.

VI. La posibilidad de acumulación de acciones vinculadas: Supuestos

30. Como se ha puesto de relieve en apartados anteriores la Propuesta, en el ámbito europeo, sólo contempla la competencia vinculada al establecimiento de la filiación y respecto del certificado europeo de filiación. Excluye los foros por conexidad y, prevé que en otros procesos se pueda ventilar como cuestión incidental la determinación de la filiación. Quedaría por despejar la duda de si es posible que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros puedan conocer de estas demandas a través de la acumulación de acciones, dado que los criterios de competencia coinciden en muchos supuestos.

31. Caso 1º: Si el hijo/a tiene su residencia habitual en un Estado miembro, se podría entablar una acción sobre determinación de la filiación y, en su caso responsabilidad parental y obligaciones alimenticias³¹.

32. Caso 2º: Si el hijo/a es nacional de un Estado miembro, se podría prorrogar la competencia en responsabilidad parental o si hubiera un acuerdo de elección de foro y también solicitar alimentos por el foro de conexidad vinculado a una acción de reclamación de paternidad, pero no funcionaría si está basado sólo en la nacionalidad de una de las partes. Además, se podría elegir este foro, siempre que una de las partes no fuera menor de edad.

33. Caso 3º: Si el demandado tiene su residencia habitual en un Estado miembro, se podrían acumular acciones con las mismas consideraciones que en el apartado anterior.

34. Caso 4º: Si cualquiera de los progenitores tiene su residencia habitual en un Estado miembro o, es nacional de un Estado miembro, estaríamos en el mismo supuesto que en caso 2º y 3º.

35. Caso 5º: Si el hijo/a ha nacido en un Estado miembro, de nuevo se podría prorrogar la competencia o elegir este foro en responsabilidad parental con las mismas consideraciones que en los apartados anteriores.

36. En definitiva, la Propuesta de Reglamento al plantear una competencia tan amplia, en muchos supuestos (nacionalidad, residencia del hijo/a, etc.) va a coincidir el órgano jurisdiccional del Estado miembro para el establecimiento de la filiación y para la determinación de determinados derechos inherentes (responsabilidad parental, alimentos y derechos hereditarios). En estos casos el mismo órgano jurisdiccional podría conocer de los asuntos vinculados. No obstante, en el apartado siguiente

³⁰ *A sensu contrario*, si se hubiese presentado la demanda de divorcio y la reclamación de alimentos sobre los hijos, ante el mismo órgano jurisdiccional se podrían haber acumulado las acciones si el criterio de competencia lo permitiese.

³¹ *Vid.* M. VARGAS URRUTIA, “Litigios sobre la obligación de alimentos. Normas de competencia y problemas procesales en el Reglamento 4/2009, Crisis matrimoniales...”, *op. cit.* pp. 330-332.

vamos a analizar la práctica en los últimos años para comprobar si en los Juzgados españoles se están acumulando estas acciones en el ámbito interno.

VII. Ejemplos en la Jurisprudencia española

37. En la Jurisprudencia española son abundantes los casos en los que la reclamación de la filiación va unida a la reclamación de la pensión alimenticia o de derechos sucesorios. En efecto, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo núm. 281/2017³² se trataba de un asunto en el que la demandante solicitaba la determinación de la filiación no matrimonial después del fallecimiento del progenitor y de haberse resuelto sobre los derechos hereditarios³³. La parte actora presentó pruebas biológicas (pruebas de ADN de tres hermanos biológicos) y prueba documental (videos y pruebas epistolares) incontestables. La parte demandada planteó su defensa alegando que la reclamación de filiación se realizaba en fraude de ley, por motivos económicos y que debió plantearse en el momento de la apertura de la sucesión hereditaria. La Audiencia señaló que las acciones de reclamación de la filiación son imprescriptibles dado que obedecen a principios o intereses generales superiores y legítimos, vinculados con la protección de las personas. En este asunto, la Audiencia Provincial, aparte de señalar la imprescriptibilidad de la acción, recalcó que en este procedimiento se estaba sustanciando un proceso de filiación y no hereditario. Añade la Sentencia que el tipo de acción lo elige el demandante y, que en determinados casos “(...) el demandado puede reconvenir y ampliar el objeto del debate, pero tal no es el supuesto que nos ocupa en el que el debate es de filiación y las cuestiones hereditarias han de deferirse, en su caso, a un posterior procedimiento”. A los efectos que aquí nos interesan, la Sentencia señala que el demandante puede elegir si presenta una reclamación de filiación no matrimonial y de derechos hereditarios, acumulando las acciones o, entablar dos procedimientos separados. En todo caso, la acción de reclamación de la filiación no prescribe y, no se puede alegar por la parte contraria mala fe o intereses espurios si, se presenta la reclamación mucho tiempo después de conocer los hechos que dan pie al establecimiento de la filiación.

38. En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 232/2021³⁴ aplicando el derecho civil catalán se reclama la filiación paterna, medidas sobre las potestad parental y obligaciones de alimentos. La parte apelante cuestiona la acumulación de acciones, a pesar de que el art. 768. 2 de la LEC asume su viabilidad incluso aunque el procedimiento por razón de la materia sea distinto (juicio verbal para la reclamación de alimentos y juicio especial de filiación -art. 73.1 2º LEC-). Afirma la Audiencia que no son acciones incompatibles entre sí, sino complementarias, con la misma causa de pedir, esto es, una relación paternofilial. En este caso, concreto se determinó la relación paternofilial, las medidas en materia de responsabilidad parental y la pensión alimenticia desde la fecha de presentación de la demanda en que sean reclamados³⁵, lo que supone una limitación de los efectos retroactivos que viene contemplada en el Código civil (art. 148) y en la legislación civil catalana (237-9).

³² Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo núm. 281/2017 de 13 de septiembre de 2017 (Sección 1ª). JUR/2017/248562 Aranzadi. ECLI:ES: APL:2017.

³³ Resulta particularmente interesante a Sentencia del Tribunal Supremo núm. 781/2021 (Sala de lo Civil Sección 1ª) de 15 de noviembre de 2021. JUR/2021/5249. Base de datos Aranzadi. En esta Sentencia se plantea el caso de los derechos hereditarios, una vez establecida la filiación no matrimonial (2013), si la apertura de la sucesión (1962) fue anterior a la Ley 11/1981 y el cierre en 1965. El Tribunal Supremo entendió que los derechos sucesorios no se rigen por la Ley de 1981 y, declara que es proporcional la diferencia de trato del llamado hijo ilegítimo natural y los demás hijos por razones de seguridad jurídica. Se entiende que no procede la aplicación retroactiva del principio constitucional de no discriminación respecto de relaciones sucesorias que se consideren agotadas o consumadas. El Tribunal Supremo precisa que con el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos hubieran llegado a la misma conclusión, dado que la jurisprudencia del TEDH al interpretar estos artículos, con relación a la aplicación por los tribunales nacionales del principio de no discriminación también establecieron “(...) fechas de corte para aplicar el principio de igualdad”.

³⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 232/2021 de 14 de abril de 2021 (Sección 18ª). JUR/2021/201791. Aranzadi. ECLI:ES: APB:2021.

³⁵ En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno) núm. 574/2016 de 30 de septiembre de 2016. RJ/2016/4844. Aranzadi. ECLI:ES:TS:2016 y, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno) núm. 573/2016 de 29 de septiembre de 2016. RJ/2016/4457. Aranzadi. ECLI:ES:TS: 2016:4176.

39. En ocasiones lo que se plantea es si la obligación de alimentos existe, aunque no se corresponda con la filiación biológica. En la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (Sección Pleno) núm. 629/2018 de 13 de noviembre³⁶ se abordó esta cuestión. Tras un proceso de impugnación de la filiación, en el que se determina que el demandante no era el padre biológico, se reclama la devolución de la pensión alimenticia y la indemnización por daños morales. La Sala señaló que los alimentos suponen una obligación inherente a la patria potestad y derivan del hecho de la filiación conforme al art. 111 del CC. La protección del hijo debía cumplirse, lo que a juicio del Tribunal impide que se pueda solicitar la devolución por el hecho de que no coincide la paternidad biológica con la formal, puesto que existía una presunción de paternidad, dado que el hijo nació durante la existencia del matrimonio. En cuanto al daño moral por la ocultación de la paternidad, entiende el Tribunal, que se desprende de la infidelidad del cónyuge y que conllevó un proceso de divorcio, pero no es susceptible de reparación económica. El Tribunal no niega la existencia de un daño, lo que niega es que proceda la indemnización por la vía de la responsabilidad civil, contractual o extracontractual.

40. En el Auto del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2022³⁷ (Sala Civil, Sección 1ª), como consecuencia del recurso por la cuantía de la pensión alimenticia en un proceso de determinación de la filiación no matrimonial (a pesar de la negativa a someterse a las pruebas de paternidad). Se inadmite el recurso de casación, al entender la Sala que el pronunciamiento en materia de alimentos debidos a los hijos menores es “discrecional, facultativo o de equidad”, constituyendo una materia reservada al Tribunal de instancia y, que la fijación de la cuantía económica no puede ser objeto de recurso de casación, salvo que exista una clara vulneración del juicio de proporcionalidad, que en este caso la demandante no justificó.

VIII. Reflexiones finales

41. Algunas de las deficiencias técnicas de la Propuesta de Reglamento obedecen al empeño del legislador europeo en abordar un ámbito como el de la filiación que es competencia de los Estados miembros y que entre ellos existen profundas divergencias regulatorias. Inicialmente se trataba de dar una respuesta a las problemáticas derivadas del no reconocimiento en situaciones transfronterizas de la filiación establecida en un Estado miembro (especialmente por parte de colectivos LGTBIQ), afectando a derechos inherentes como es la determinación de los apellidos, la atribución de la nacionalidad, la responsabilidad parental, las obligaciones alimenticias y, en su caso los derechos sucesorios. Pero la Propuesta presentada es mucho más ambiciosa, dado que regula la determinación y establecimiento de la filiación en sentido amplio, optando por un Reglamento directamente aplicable que contempla los tres sectores clásicos de nuestra disciplina: autoridades competentes, derecho aplicable, reconocimiento y, apostando por la creación de un “certificado europeo de filiación”.

42. Por otro lado, el hecho de limitar el ámbito de aplicación material, reduciéndolo a la determinación de la filiación, excluyendo expresamente ámbitos regulados en otros Reglamentos (responsabilidad parental, obligaciones y derechos sucesorios fundamentalmente) parece adecuado en principio, pero al eliminar los foros conexos, plantea algunas incógnitas. En efecto, si entre los Objetivos de este Reglamento se encuentran los de proporcionar “seguridad jurídica y previsibilidad” y “reducir los costes jurídicos y la carga” para las familias y los sistemas judiciales de los Estados miembros en relación con los procesos judiciales de reconocimiento de la filiación entablados en otro Estado miembro, no va a resultar tarea fácil. Nos podemos encontrar con que ante los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro se solicite el establecimiento de la filiación y, en otro procedimiento en ese mismo Estado o, lo que es peor, en otro Estado miembro se tenga que acudir para reclamar la pensión alimenticia o las medidas sobre responsabilidad parental.

³⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno) núm. 629/2018 de 13 de noviembre de 2018. RJ/2018/5158. Aranzadi. ECLI:ES:TS:2018:3700.

³⁷ Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno) de 18 de mayo de 2022. RJ/2022/2195. Aranzadi. ECLI:ES:TS:2022:7772 A.

43. La Propuesta permite que, en los procedimientos abiertos en materia de alimentos, responsabilidad parental, derechos sucesorios, etc. se pueda plantear la determinación de la filiación como cuestión incidental, limitando los efectos a ese proceso, como viene siendo habitual en el tratamiento de estas cuestiones. Pero en este contexto, existen riesgos dado que, si la determinación de la filiación se puede plantear en diferentes Estados miembros, cabe la posibilidad que nos encontremos con resoluciones contradictorias con el mismo objeto, por lo que tampoco se estarían cumpliendo los objetivos propuestos.

44. Aun así, creemos que existe margen para la esperanza, dado que al comparar los foros de competencia previstos en la Propuesta (seis foros alternativos), con el RBII ter y el RBIII, detectamos bastantes coincidencias en las conexiones y, en algunos supuestos, a través de la prórroga de la competencia o, de la elección de foro prevista en estos dos instrumentos se puede acudir a la acumulación de acciones, fundamentando la competencia judicial internacional de cada materia en el Reglamento correspondiente. Quedaría por analizar si en la práctica judicial interna de los Estados, se detecta la tendencia a la acumulación de acciones que traen causa del mismo objeto. En el ámbito español se configura como una prerrogativa de la parte demandante e incluso el art. 768 de la LEC, en relación con la adopción de medidas cautelares, faculta al Tribunal mientras dure el procedimiento de reclamación de la filiación a acordar alimentos provisionales y, en su caso, a adoptar medidas de protección sobre la persona y bienes. No obstante, la práctica judicial no es uniforme en estas cuestiones.

45. Finalmente, habría que valorar positivamente la Propuesta de Reglamento por cuanto facilita el disfrute de derechos inherentes a la persona y, cumple una función instrumental o complementaria respecto de los otros Reglamentos existentes en materias accesorias. Esto se debe a la ampliación del catálogo de foros en los que se pueden plantear estas acciones. Si las partes lo eligen y responde al “interés superior del menor” se podrá plantear la acción en el mismo proceso o, en un proceso distinto en materia de responsabilidad parental, ante los órganos jurisdiccionales en los que se entabló un procedimiento de determinación de la filiación al presentar una “vinculación estrecha” con dicho procedimiento. Y, respecto de las reclamaciones alimenticias, aunque la elección de foro está limitada a mayores de edad y, con determinados límites, no observamos ningún obstáculo para que se puedan solicitar como acción accesorio vinculada a la adopción de medidas sobre la responsabilidad parental, siempre que no esté basada la competencia en la nacionalidad de una de las partes. Quedamos, por tanto, expectantes del recorrido de la Propuesta en la que el legislador europeo ha realizado un ejercicio de cierto “funambulismo”, pero que, sin duda, con sus luces y sombras, representa un avance en el respeto de los Derechos y Libertades y, en la creación de un espacio de justicia común en el territorio de la Unión Europea.

RECENSIONES

J.J. PIERNAS LÓPEZ/L. HANCHER/L. RUBINI (Eds.). *The Future of EU State aid Law and Policy: Consolidation and Expansion*, EU Law Live Press, 2023. ISBN: 978-84-1369-561-7.

ALFONSO - LUIS CALVO CARAVACA
*Catedrático de Derecho Internacional Privado
en la Universidad Carlos III de Madrid.*
ORCID ID: 0000-0003-2236-4641

DOI: 10.20318/cdt.2023.8116

1. Hace 32 años publiqué, junto con LUIS FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, un libro sobre las ayudas de Estado en la entonces Comunidad Económica Europea (*Las ayudas de Estado en la Comunidad Económica Europea: Análisis y perspectivas*, Murcia, Secretariado de Asuntos Relacionados con la Comunidad Europea, Secretaría General de la Presidencia, Comunidad Autónoma de Murcia, 1991, 185 p. [con L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA]). A pesar de que el tenor de las principales normas de ayudas estatales, los artículos 107 y 108 TFUE, no ha cambiado desde entonces, la disciplina de ayudas de Estado ha evolucionado notablemente. La adopción por el Consejo en 1999 de normas procedimentales (Reglamento [CE] n° 659/1999 del Consejo de 22 marzo 1999 por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE, DO L 83 de 27 marzo 1999), y la publicación de numerosas directrices y marcos por parte de la Comisión Europea, han permitido no sólo que las ayudas estatales se amolden a los cambios experimentados por el Mercado interior, y por la propia Unión, sino que influyan de manera significativa en los mismos, cobrando recientemente un gran protagonismo en el marco de las *transiciones digital y verde*, o en respuesta a la agresión de Ucrania por parte de Rusia.

2. El libro objeto de esta reseña permite observar y comprender esta evolución, y otras experimentadas por el Derecho y la política de ayudas estatales, de la mano de excelentes académicos y profesionales del Derecho, reconocidos por su contribución en este ámbito. Sobre esta sólida base, y haciendo honor al título de la obra, el

libro editado por los profesores PIERNAS LÓPEZ, HANCHER Y RUBINI, nos permite adentrarnos en el futuro de esta disciplina, a través de la identificación de tendencias en la normativa europea y en la jurisprudencia de los Tribunales de la Unión.

3. El propósito de este libro es presentar el Derecho y la política de ayudas estatales con un análisis que no sigue el enfoque tradicional de las ya numerosas publicaciones en la materia (Prefacio, p. 9). Los editores y autores han logrado con éxito este objetivo. En efecto, aunque muchas publicaciones han analizado la aplicación de las normas sobre ayudas estatales, el libro que nos ocupa destaca por varias razones. En primer lugar, el libro ofrece una visión completa de los principales elementos de la disciplina de ayudas, incluyendo la compleja definición de ayuda *ex* artículo 107(1) TFUE, particularmente en el ámbito de la energía y el medio ambiente, la compatibilidad de las ayudas, o el sistema institucional y la aplicación, incluyendo el papel de los jueces nacionales. En segundo lugar, el libro incluye temáticas novedosas, y que resultan del máximo interés en la actualidad, como la aplicación de las normas sobre ayudas estatales fuera de la Unión Europea, o en situaciones de crisis, en particular la financiera y la generada por la pandemia de Covid-19 (*ad ex.*, I. AGNOLUCCI, “Will COVID-19 make or break EU state aid control? an analysis of Commission decisions authorising pandemic state aid measures”, *JECLAP*, 13, 1, 2022, pp. 3-16; T. PANTAZI, “State aid to airlines in the context of Covid-19: damages, disturbances, and equal treatment”, *JECLAP*, 13, 4, 2022, pp. 268-277). En tercer lugar, el libro destaca por

su originalidad, habida cuenta de que los editores solicitaron a los autores que no se centraran en dar una panorámica descriptiva del Derecho y la jurisprudencia vigentes, sino que aportaran una nueva evaluación de la legislación y la política de ayudas estatales con vistas en el futuro, identificando para ello las principales tendencias legislativas y jurisprudenciales. Por último, como señalan sus editores (Prefacio, p. 10), el libro demuestra que la complejidad técnica que han adquirido algunos aspectos de la normativa de ayudas estatales puede en ocasiones marginar el objetivo principal de esta disciplina, consistente en la prevención de distorsiones de competencia en el Mercado interior, un recordatorio de la máxima importancia para abordar los retos futuros en esta materia.

4. El libro está estructurado en *tres partes* que van de lo más general a lo más específico, lo que lo hace muy atractivo para el lector. Mis comentarios se centrarán en algunos de los aspectos más destacados de cada una de las partes.

5. En este sentido, la Parte I, titulada *The State aid essentials* introduce al lector en la economía política de las ayudas estatales, su dimensión constitucional en Derecho de la Unión Europea, la naturaleza de la noción de ayuda estatal, y la evolución de la facultad de la Comisión, reconocida prácticamente en exclusiva por los Tratados, de declarar las ayudas estatales compatibles con el mercado interior. En este sentido, el capítulo de LEIGH HANCHER sobre la noción de ayuda estatal es muy ilustrativo de las particularidades de la jurisprudencia en materia de energía y medio ambiente, a pesar de estar la noción de ayuda estatal basada en elementos objetivos que corresponde a los Tribunales de la Unión interpretar (*ad ex.*, L. HANCHER, “Milestone or tombstone? climate change and state aid procedures, *tempus fugit?*”, *EStAL*, 21, 1, 2022, pp. 72-86; S.J. KASPER, “State aid for new nuclear power plants under the plethora of EU environmental regulations”, *EStAL*, 21, 3, 2022, pp. 251-265). Del mismo modo, el capítulo de JOSÉ LUIS BUENDÍA SIERRA hace observaciones muy valiosas sobre el papel de la Comisión en materia de compatibilidad de las ayudas estatales y la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia en este ámbito, en especial la doctrina sentada por la Gran Sala en el *asunto Hinkley*, que reitera la centralidad del análisis relativo a la distorsión de la competencia por encima de otros objetivos

que puedan perseguir las ayudas. Igualmente, entre el resto de capítulos incluidos en esta primera parte, el capítulo del profesor CARANTA, relativo a la legitimación activa en este ámbito, resulta a mi juicio particularmente interesante.

6. La Parte II, que lleva por título *Levelling (up): extending EU State aid’s law reach* ofrece un valioso análisis de un fenómeno reciente de la máxima relevancia doctrinal y práctica: la extensión del alcance de las normas sobre ayudas estatales fuera de la Unión Europea. De un lado, el capítulo del profesor RUBINI analiza la promoción de las normas de control de las subvenciones a través de los Acuerdos Comerciales firmados por la Unión Europea, así como a través del reglamento de la UE recientemente aprobado sobre las subvenciones extranjeras que distorsionan el Mercado interior (Reglamento (UE) 2022/2560 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 diciembre 2022 sobre las subvenciones extranjeras que distorsionan el Mercado interior, DO L 330 de 23 diciembre 2022) (*ad ex.*, M. SCHONBERG, “The EU foreign subsidies regulation: substantive assessment issues and open questions”, *EStAL*, 21, 2, 2022, pp. 143-152; J. SMELA WOLSKI, “Legal basis of the proposal for a regulation on foreign subsidies distorting the internal market”, *EStAL*, 21, 2, 2022, pp. 153-172; W. WEISS, “Ex officio third country subsidies’ review: similarities with and differences to state aid procedure”, *EStAL*, 21, 2, 2022, pp. 132-142). De otro, BIONDI y KOTSONIS estudian la aplicación del marco de control de las ayudas estatales en el Reino Unido tras su salida de la Unión Europea. Finalmente, resulta especialmente interesante por su originalidad el capítulo del profesor PIERNAS LÓPEZ, editor principal del libro, sobre el *principio de neutralidad competitiva* y el alcance exterior de la legislación y la política de la UE en materia de ayudas estatales. El capítulo demuestra que la Unión Europea ha influido mediante la normativa de ayudas estatales en la legislación de numerosos países, que han incorporado el *principio de neutralidad competitiva* en sus ordenamientos jurídicos nacionales, habida cuenta de que el mencionado principio, promovido por instituciones internacionales como la OCDE, recoge muchos elementos de la disciplina de ayudas estatales de la Unión Europea.

7. La Parte III, titulada *Thematic issues*, es la más voluminosa, al incluir análisis de distintas

cuestiones relacionadas con el Derecho y la política de ayudas estatales del máximo interés. Entre otras, en esta tercera parte se aborda el control de las ayudas estatales en tiempos de crisis, con sendos capítulos de los profesores FERRI y KYRIAZIS, el futuro de la *aplicación privada del Derecho sobre ayudas estatales*, a cargo del profesor PASTOR MERCHANTI (*ad ex.*, L. ARMATI/F. MACCHI, “The Commission adopts the new notice on the enforcement of state aid rules before national courts: an overview of the state of play of private enforcement of state aid law”, *EStAL*, 21, 1, 2022, pp. 3-19), o el análisis de la evolución de la jurisprudencia llevado a cabo por el ex Abogado General HOGAN. Quizá algunos de los análisis temáticos incluidos en este apartado podrían haberse incluido en la primera parte, como por ejemplo el relativo a la noción de afectación del comercio y la competencia, y por tanto de la noción de ayuda estatal, del profesor CORTESE, o el relativo al fu-

turo de los servicios de interés general en la UE, del profesor JAEGER. No obstante, su ubicación en esta tercera parte también puede estar justificada por su carácter más específico.

8. En suma, por todas las razones mencionadas, recomiendo definitivamente esta monografía a los profesionales y académicos interesados en el ámbito de las ayudas estatales, pero también a los politólogos y, en general, a los estudiantes de Derecho de la Unión Europea. En mi opinión, se beneficiarán de una obra destinada a ser de referencia en este ámbito, que proporciona no sólo una relación detallada del Derecho y la jurisprudencia sobre ayudas estatales, a cargo de académicos y profesionales de primer nivel, sino también una excelente comprensión de los principios que sustentan la disciplina, y valiosas pistas sobre su probable evolución futura. Así pues, los editores y autores de esta obra merecen un gran elogio.

JORGE OVIEDO ALBÁN. *Falta de conformidad, mitigación y subsanación en la compraventa internacional*. Segunda edición. Grupo editorial Ibáñez, Bogotá, 2022, 254 pp.
ISBN: 978-958-791-637-9

SILVANA CANALES GUTIÉRREZ
Profesora e investigadora postdoctoral en Derecho internacional privado
Universidad Rovira i Virgili
ORCID ID: 0009-0009-0016-6450

DOI: 10.20318/cdt.2023.8117

1. El libro del cual tengo el honor de realizar esta recensión hace parte de la Colección: Monografías de Derecho Privado 7, del Centro de Estudios de Derecho Comparado. Se trata de la segunda edición, que ha sido revisada por un prestigioso grupo de académicos de diferentes universidades europeas y latinoamericanas, lo cual pone en evidencia la rigurosidad de la obra respecto al análisis de Derecho internacional privado (DIPr).

2. Su autor, Jorge Oviedo Albán, profesor de la Universidad de La Sabana, en Bogotá – Colombia, un excelente académico del cual tuve el placer de ser alumna hace una década en la ciudad de Bogotá, ha contribuido con esta obra a incrementar y mejorar el debate de Derecho Internacional Privado en Latinoamérica. Ello no es una cuestión baladí, teniendo en cuenta que el desarrollo doctrinal en esta área no es particularmente prolífero, lo cual contrasta negativamente con el incremento de los negocios internacionales en el mundo globalizado, en el cual los países latinoamericanos juegan un papel importante. En este escenario, los juristas han de resolver controversias con elemento internacional teniendo como referencia algunas decisiones jurisprudenciales que no son suficientes para abarcar la totalidad de las problemáticas que pueden surgir de la contratación, especialmente a luz del Derecho moderno de contratos. La necesidad de una obra en esta materia fue detectada por el autor, frente a las inquietudes surgidas en su propia práctica como abogado y árbitro y como docente universitario de Derecho a nivel de grado, máster y doctorado y nos pone en perspectiva la importancia de la doctrina en Latinoamérica como fuente de Derecho.

3. Antes de adentrarnos en la estructura del libro, es necesario hablar de la elección del tema: La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, hecha en Viena en 1980, y más específicamente, el análisis de las herramientas con las que cuenta el comprador frente al vendedor en caso de incumplimiento del contrato. Esta Convención, ya conocida y estudiada a profundidad por la academia, es una de las pocas normas de DIPr de contenido sustancial y nos permite resolver la controversia derivada de una compraventa internacional de manera directa aplicando su articulado. En una primera aproximación pareciera que tal cuestión se encuentra suficientemente desarrollada por la academia, pero hay que poner en perspectiva la evolución del derecho de contratos a través de los años y sobre lo que puede considerarse o no “incumplimiento”. La visión moderna de tal consecuencia del comportamiento de las partes tiene matices que puede sobrepasar la literalidad del contenido de la norma, cuestión que aborda principalmente la obra objeto de esta recensión.

4. La modernización del Derecho de contratos, base de esta obra, ha sido un proceso paulatino que ha englobado varios eventos y normas, como la integración de Estados a organizaciones internacionales, la creación de normas de Derecho uniforme como la ya mencionada Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, la creación de los Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales como *soft law*, el Marco Común de Referencia, los Principios de Derecho

Europeo de contratos, entre otros. También es de mencionar que los Códigos Civiles de cada Estado, especialmente en Colombia y Chile que son resaltados en la obra, han sido inspirados en el Código Civil francés, razón por la cual el autor se decanta por un análisis de Derecho comparado como uno de los pilares fundamentales más relevantes y pertinentes del estudio, que no sólo se apoya en el redactado de La Convención, sino en cómo han sido interpretadas ciertas categorías jurídicas como “cumplimiento de las obligaciones” o “falta de conformidad” en las leyes nacionales.

5. La obra se encuentra compuesta por cuatro capítulos, que originalmente fueron escritos como artículos doctrinales, con lo cual todos confluyen sobre el mismo tema de manera general: La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, pero en específico cada capítulo de manera independiente analiza una problemática concreta de incumplimiento del contrato de compraventa internacional de mercaderías. A efectos prácticos, es fácil de leer por su concreción y especificidad y porque no hace falta seguir la línea argumental del capítulo previo para entender perfectamente el contenido de cada capítulo.

6. El primer capítulo trata de la protección del comprador por falta de conformidad material en la compraventa internacional de mercaderías. El enfoque que toma el autor al respecto se estructura desde la obligación de conformidad material en la entrega de la cosa objeto del contrato, a través de la combinación de elementos objetivos y subjetivos de acuerdo con La Convención. Para realizar el análisis el autor utiliza herramientas de derecho comparado, como la Directiva 1999/44 CE sobre venta de bienes de consumo, la Directiva 2019/771 relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes y jurisprudencia de distintos Estados. La aportación de este capítulo se basa en cómo se resolverían cuestiones relacionadas a la falta de conformidad de acuerdo con lo señalado expresamente por La Convención, y en las ocasiones que no exista tal especificidad, cómo podría resolverse, teniendo en cuenta su carácter supletorio.

7. El segundo capítulo analiza el régimen de transmisión de riesgo del contrato en la compraventa internacional de mercaderías, específicamente a cuál de las partes le corresponde asumir

la pérdida de la cosa debida de manera fortuita antes de la entrega. El enfoque del autor para este capítulo parte de un estudio minucioso de La Convención apoyado en doctrina internacional especializada, con el fin de identificar de manera correcta en cuáles situaciones el vendedor incumple el contrato de compraventa y cuándo y cómo el comprador puede acceder al sistema de remedios establecido por La Convención.

8. El tercer capítulo sobre la mitigación de daños por incumplimiento en la compraventa internacional de mercaderías, se basa en el Artículo 77 de La Convención. En este capítulo se destaca que el incumplimiento por sí solo puede generar consecuencias indemnizatorias a favor del comprador, pero si el vendedor modifica su conducta para reducir el daño causado a la otra parte puede disminuir o eliminar el valor de la indemnización. Es destacable de este capítulo que el autor expone y clasifica diferentes maneras de mitigar el daño por incumplimiento extraídas de sentencias, laudos arbitrales y doctrina especializada.

9. En el cuarto capítulo sobre la subsanación y plazo suplementario para cumplir en la compraventa internacional de mercaderías, se exalta que son mecanismos para la realización del interés del acreedor (comprador). El autor resalta que el vendedor, quien incumple, debe acordar con el acreedor cómo desea subsanar el incumplimiento, teniendo en cuenta que el comprador puede resolver el contrato en cualquier momento, pese a la subsanación. Este capítulo indica en este punto, la prevalencia del acuerdo entre partes basándose en casos jurisprudenciales y su resolución de acuerdo con La Convención.

10. Una vez leído este interesante libro, es posible hacer dos conclusiones generales: por un lado, una norma sustancial como La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, de la que son parte la mayoría de los países Latinoamericanos (con la excepción de Venezuela y Bolivia), es una norma de obligado estudio en Derecho internacional Privado Latinoamericano, siempre que se lea y aplique desde la perspectiva del Derecho moderno de contratos del que hace parte la obra objeto de esta reseña. Por otro lado, al escasear en Latinoamérica los fallos judiciales en los que se resuelva una controversia utilizando como ley aplicable La

Convención, el estudio del Prof. Oviedo ha tenido que basarse en ordenamientos jurídicos foráneos como los de los Estados miembros de la Unión Europea y Estados Unidos, por tanto, es una obra que no limita su análisis a un territorio, sino que puede ser consultada y citada en la Unión Europea como un referente explicativo a las dificultades en la aplicación de La Convención respecto a la falta de conformidad, transmisión del riesgo, mitigación y subsanación en la compraventa internacional.

11. Esta obra, puede servir como una hoja de ruta para los abogados, jueces y árbitros en Lati-

noamérica, que en ocasiones desconocen que La Convención hace parte de los ordenamientos jurídicos o que, conociendo que es de aplicación, no la aplican o lo hacen de manera incorrecta. La obra escrita por el prof. Oviedo contribuye magistralmente al acervo de Derecho internacional privado latinoamericano, en una de las normas sustanciales más importantes en esta área en todo el mundo. Lo anterior, a través de una redacción muy clara, didáctica y explicativa, y haciendo uso del método dogmático, nos permite ver una Convención ya antigua pero vigente desde una perspectiva actual: la del Derecho moderno de contratos.

C. M. LÓPEZ ESPADAFOR (Director). *Los nuevos retos de la fiscalidad de la Unión Europea*. UJA Editorial (Universidad de Jaén), 2023, 304 pp.
ISBN 978-84-9159-511-3

JONATÁN CRUZ ÁNGELES

*Profesor Contratado Doctor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Universidad de Jaén*

ORCID ID: 0000-0002-8648-5525

DOI: 10.20318/cdt.2023.8118

1. El libro *Los nuevos retos de la fiscalidad de la Unión Europea*, cuyo director es el Profesor CARLOS MARÍA LÓPEZ ESPADAFOR, viene a colmar campos necesitados de estudio, siendo una obra de obligada lectura ante un contexto de crisis económica que está teniendo unas características propias, no siendo comparable, *grosso modo*, a las anteriores épocas de recesión a las que estábamos acostumbrados. Con la maestría que caracteriza al académico con una trayectoria sólida y solvente, el Catedrático de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Jaén ha dirigido esta obra contando con otros autores expertos en las temáticas que les ha asignado para su análisis crítico. La presente reseña irá presentando el currículum de cada autor conforme se vayan abordando los diferentes capítulos que componen este libro.

2. El primero de ellos, titulado “Los principios de justicia tributaria en la Unión Europea ante los postulados del Estado social”, ha sido elaborado por el director de la obra, el Prof. LÓPEZ ESPADAFOR. Resumir en unas pocas líneas su experiencia investigadora y profesional es una empresa muy difícil, ya que es muy extensa. Es Catedrático de Derecho Financiero y Tributario en la Universidad de Jaén. Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia (Italia) y Doctor en Economía por la Universidad de Málaga, habiendo obtenido las máximas calificaciones en ambos países. Premio extraordinario de la Licenciatura en Derecho de la Universidad de Granada. Tiene 6 sexenios reconocidos por la CNEAI, de los cuales 5 son de investigación y el otro es de transferencia. Dispone en su haber de más de 470 publicaciones científicas, ha dirigido 15

tesis doctorales que han sido calificadas todas ellas por las respectivas comisiones con Sobresaliente cum laude y es director del Grupo de Investigación SEJ-421 “Derecho Financiero” de la Universidad de Jaén. Una de sus líneas de investigación es la Fiscalidad internacional y de la Unión Europea.

3. Este primer capítulo del libro que se reseña trata de una cuestión fundamental como son los principios materiales de justicia tributaria en la Unión Europea. Piénsese que, en el contexto comunitario, existen tantos Ordenamientos jurídicos como Estados miembros, a lo que se añade el Derecho de la Unión. Los principios materiales de justicia tributaria han sido plasmados en las Constituciones de algunos Estados miembros, pero otros no hacen una mención de forma expresa ni siquiera a ellos en sus Cartas Magnas. De igual forma, en el Derecho originario de la Unión Europea no existe una referencia expresa a los principios materiales de justicia tributaria, pero, sí que se hace en relación al derecho de propiedad, como bien señala en las páginas 7 y 8. Con este panorama jurídico, el autor propone partir desde el derecho de propiedad, así como de la función social de ésta. Además, doctrina y jurisprudencia han abordado estos principios de forma *quasi* exclusiva en sede de imposición directa, habiendo quedado descuidadas las figuras tributarias indirectas, es decir, aquellas cuyo objeto material es el consumo. Ejemplo de ello es la fiscalidad elevada que se produce en este ámbito del Derecho Tributario.

4. De esta manera, se interrelacionan el Derecho de la Unión Europea y los Ordenamientos ju-

rídicos domésticos de sus Estados miembros. Va a jugar un papel fundamental el principio de no confiscatoriedad interpretado a la luz del derecho de propiedad. Además, se pone sobre la mesa una problemática como es la importancia del cuidado del entorno natural y las nuevas tendencias de tributación ambiental. Se pretende gravar todas aquellas actuaciones que perjudiquen el medioambiente, si bien se podría llegar a situaciones que podrían ser tachadas de confiscatorias. Lo anterior habrá de conjugarse en el contexto de un Estado social, como el español, y de una organización internacional como la Unión Europea que apuesta por una fuerte preocupación social, tal y como refleja su Ordenamiento y su presupuesto. El Catedrático de Derecho Financiero y Tributario ha aportado luz a una problemática jurídica comunitaria y también interna de los Estados miembros a través de la claridad, concisión y rigurosidad que lo caracterizan.

5. El segundo capítulo ha estado escrito por el Profesor JOSÉ ANDRÉS SÁNCHEZ PEDROCHE, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA). Es Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia (Italia) y Premio Extraordinario de la Licenciatura en Derecho de la Universidad de Valencia. Cuenta con cinco sexenios de investigación reconocidos por la CNEAI, además de alrededor de un centenar de publicaciones científicas en las que ha estudiado, entre otras cuestiones, el Derecho Internacional Tributario y la garantía de los derechos del contribuyente. Ha sido Rector de la UDIMA, Presidente del Tribunal Económico-Administrativo Municipal del Excmo. Ayuntamiento de Cuenca (2007-2012), Vocal del Consejo para la Defensa del Contribuyente (1997-2002) y Vocal Asesor del Ministerio de Economía y Hacienda (1996-2002).

6. Su aportación, “Revisión crítica del Ordenamiento financiero y tributario español ante la competitividad de los sistemas fiscales de la Unión Europea” pone de manifiesto la importancia del sistema fiscal, tal y como se manifiesta en la página 49, ya que éste condicionará el modelo de crecimiento económico. Comienza con un estudio pormenorizado de los aspectos que considera más importantes de cara a la competitividad fiscal: inversiones, creación de empleo, reducción de la desigualdad y cumplimiento de las obligaciones para con el fisco. A continuación, analiza si las indicaciones vertidas en el Libro Blanco de reforma

del sistema fiscal del año 2022 son idóneas de cara a que el Ordenamiento jurídico-tributario español sea efectivamente competitivo.

7. Ante este panorama y también habiendo extraído las ideas fundamentales de organismos internacionales, como el Fondo Monetario Internacional, o las indicaciones y/o propuestas de distintas instituciones de la Unión Europea, sin ánimo de ser exhaustivos, el autor considera que la solución necesaria para conseguir que nuestro sistema fiscal sea competitivo en el contexto internacional es actuar en la vertiente del gasto público para que éste sea eficiente y eficaz, ofreciendo toda una serie de propuestas pormenorizadas.

8. El capítulo tercero, “Fraude fiscal y blanqueo de capitales. Normativa comunitaria y control registral”, ha sido elaborado por D^a MARÍA DEL ROSARIO JIMÉNEZ RUBIO. Es Decana del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de Andalucía Oriental. Premio Extraordinario de la Licenciatura en Derecho de la Universidad de Granada y Medalla al Mérito Especial de la Facultad de Derecho de la citada Universidad, quien cuenta con distintas publicaciones científicas y ponencias.

10. Finaliza con un interesante análisis sobre cómo se realiza el control al fraude fiscal y al blanqueo de capitales desde los registros de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles, con atención a lo dispuesto por el Derecho de la Unión Europea en este sentido en las páginas 161 y siguientes.

11. El cuarto capítulo se titula “De los paraísos fiscales a las jurisdicciones no cooperativas en las medidas adoptadas por la Unión Europea contra la evasión fiscal”. Su autor es el Profesor JULIO CÉSAR MUÑIZ PÉREZ, Profesor Permanente Laboral de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED). Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia (Italia) y Doctor en Historia Antigua por la Universidad de Murcia. Una de sus líneas de investigación es la Fiscalidad internacional y de la Unión Europea, en la que ha mostrado interés por las jurisdicciones no cooperativas. Cuenta con más de medio centenar de publicaciones científicas.

12. El autor comienza con la dificultad de otorgar un contenido al concepto de paraíso fiscal en el

ámbito internacional, surgiendo los términos “jurisdicción no cooperativa” y “régimen fiscal pernicioso”. Continúa con un análisis de los distintos momentos de interés de la Unión Europea sobre este tipo de jurisdicciones a través de su Ordenamiento jurídico. Muestra de ello son las cuatro medidas que ejecuta esta organización internacional en pro de la buena gobernanza fiscal: intercambio de información, régimen de las ayudas de Estado, cláusulas antiparaiso como excepción admitida del principio de no discriminación, y la transparencia financiera y empresarial.

13. La Unión Europea se ha visto influenciada por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). Ejemplo de ello son la asunción del concepto de “jurisdicción no cooperativa” tanto por parte de la Unión como por parte de sus Estados miembros. La Unión Europea está tratando de establecer acuerdos de intercambio de información en la línea apuntada por la OCDE, en el sentido de que, en el caso de que exista tal intercambio, un determinado Estado o territorio que hasta el momento podría ser considerado como paraíso fiscal no puede ser tachado de régimen fiscal pernicioso, que es el tipo más agresivo de paraíso. Sin embargo, los esfuerzos de las instituciones comunitarias en la lucha contra los paraísos fiscales a veces quedan empañada por la falta de acuerdo entre los distintos Estados miembros, tal y como señala el autor en la página 214.

14. El siguiente capítulo, el quinto, lleva como título “Los desafíos de la Unión Europea en materia aduanera en orden a un mayor control del fraude a nivel global” y lo ha escrito el Profesor DAVID GARCÍA GUERRERO. Es Profesor Ayudante Doctor de Derecho Financiero y Tributario en la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED). Doctor en Derecho por la Universidad de Jaén con calificación de Sobresaliente cum laude, Máster en Justicia Penal y Sistema Penitenciario de la Universidad de Jaén con media de Sobresaliente y Premio Extraordinario del Grado en Derecho de la Universidad de Jaén. Una de sus líneas de investigación es el fraude aduanero en la Unión Europea. Dispone de más de una treintena de publicaciones científicas.

15. El autor empieza tratando de delimitar el concepto de “fraude aduanero” frente al término “fraude fiscal”, no dejando de ser una especialización en materia aduanera de este último, y plas-

mando distintas manifestaciones del fraude en sede aduanera en la Unión Europea, ya que se trata de actuaciones que atentan contra los intereses financieros de esta última. Pasa después a analizar las distintas actuaciones que, en la actualidad, rigen en la Unión en la lucha contra el fraude aduanero: primero, la aplicación del Reglamento 515/97 y del Convenio Nápoles II para prevenir, investigar, reprimir y perseguir las violaciones de la legislación aduanera; segundo, la asistencia mutua para el cobro de créditos aduaneros en el marco de la Directiva 2010/24/UE del Consejo, de 16 de marzo de 2010; tercero, el amplio abanico de posibilidades que ofrecen el Programa de la Unión de Lucha contra el Fraude y el Programa Aduana para la cooperación contra el ámbito aduanero; y, por último, la puesta en marcha de la Fiscalía Europea, siendo un paso fundamental en la lucha contra la evasión de los recursos propios de la Unión, como los derechos de aduanas, así como su coordinación con la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF).

16. La materia aduanera está estrechamente ligada con la Organización Mundial de Aduanas (OMA) y la Organización Mundial del Comercio (OMC). Es por ello que la Unión Europea, que ostenta competencia exclusiva de la regulación de la unión aduanera, y sus Estados miembros forman parte de aquellas dos organizaciones internacionales que tratan de simplificar y eliminar las barreras al comercio internacional de mercancías. Finaliza el autor con una serie de propuestas para la mejora de la unión aduanera de la Unión Europea en el ámbito específico de la lucha contra el fraude aduanero y ve como una oportunidad la reforma aduanera que ha emprendido la Unión, pudiendo destacar la Agencia Aduanera Europea, si bien deberemos esperar al acto comunitario definitivo aprobado para saber de forma cierta qué competencias ostentará y su funcionamiento, como señala en la página 243.

17. El sexto capítulo, “Presente y futuro de la tributación de los servicios digitales en la Unión Europea”, ha estado realizado por el Profesor DAVID CARRIÓN MORILLO. Es Catedrático de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad Europea de Madrid. Cuenta con más de medio centenar de publicaciones científicas. Entre sus líneas de investigación destaca la Fiscalidad internacional y de la Unión Europea. Es el responsable del Grupo de Investigación “Manifestaciones jurídicas a tra-

vés de recursos audiovisuales y otros recursos de ficción” de la Universidad Europea de Madrid.

18. Un recorrido histórico es la forma de iniciar este capítulo por parte del autor, en el que se aprecia la hegemonía actual de la economía digital, lo cual supone un reto para la fiscalidad internacional. La Unión Europea intentó proponer una Directiva para la tributación de los servicios digitales, la cual analiza, si bien no llegó a buen puerto porque no se produjo un acuerdo entre los Estados miembros, pasándose la cuestión a la OCDE. España decidió crear el Impuesto sobre Determinados Servicios Digitales como medida fiscal hasta que en el plano internacional se decida cómo hacer que tributen, entre otros motivos expuestos en el Preámbulo de su ley reguladora, la Ley 4/2020, de 15 de octubre, estudiando los elementos de este impuesto el autor.

19. Posteriormente, aborda aquellas cuestiones más problemáticas en torno a la fallida Directiva de la Unión Europea y de la mencionada Ley española, entre los que destacan si se trataría efectivamente de una figura tributaria de naturaleza indirecta o si tendría naturaleza directa, reflejado en las páginas 261 y siguientes. Termina con algunas reflexiones sobre la tributación de los servicios digitales en el presente e hipótesis de futuro.

20. El último capítulo, titulado “Retos innovadores en el futuro verde de la fiscalidad europea”, es en coautoría entre los Profesores CARLOS MARÍA LÓPEZ ESPADAFOR, JULIO CÉSAR MUÑIZ PÉREZ y DAVID GARCÍA GUERRERO, habiendo ya siendo presentados anteriormente.

21. En relación a la fiscalidad verde de la Unión Europea, los autores han decidido tratar dos temáticas que consideran fundamentales: por una parte, recursos propios de la Unión, como son el mecanismo de ajuste en frontera por carbón -aprobado, pero en la actualidad se aplica un Derecho transitorio-, que tiene como objetivo la importación al territorio aduanero de la Unión de productos desde territorios que no cumplen las normas de gases de efecto invernadero, resultando más cara la importación, así como el recurso propio basado en el régimen de comercio de derechos de emisión de la Unión Europea tras su revisión -en fase de elaboración- cuyo propósito será aplicar un porcentaje a la cantidad que resulte de la subasta de derechos de emisión y aquellos que no hayan sido subastados cuyos ingresos engrosarán la Hacienda de la Unión Europea. La segunda parte trata la fiscalidad del mar bajo la óptica del Derecho de la Unión Europea, partiendo de la interesante idea de catastro marino, teniendo en cuenta una perspectiva de Derecho Comparado hasta llegar a la situación española, llegando hasta la Política Pesquera Común y la protección del medioambiente en la Unión.

22. Como se puede apreciar, el Profesor CARLOS MARÍA LÓPEZ ESPADAFOR, ha dirigido esta obra innovadora y rigurosa sobre temas que son de enorme interés para la doctrina, ya sea para estudiosos del Derecho Financiero y Tributario, así como del Derecho Internacional Público y del Derecho de la Unión Europea. Ha contado con autores, entre los que se encuentra él también, de primer nivel, especializados en la materia que les ha sido asignada en sus respectivos capítulos.

ELISEO SIERRA NOGUERO. *La compensación económica de los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque, cancelación de vuelo y gran retraso a la llegada*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 211 pp.

MIRIAM CUGAT MAURI
Catedrática de Derecho Penal
Universidad Autónoma de Barcelona

DOI: 10.20318/cdt.2023.8119

1. Las denegaciones de embarque, cancelaciones de vuelos y retrasos en la llegada son riesgos que nos acechan a todos como usuarios de servicios aéreos y que, excepto los más afortunados, todos hemos padecido en algún momento. Teniendo en cuenta que, el número de pasajeros que han transitado por los aeropuertos españoles en 2022 es de 243.681.775, de acuerdo con el informe anual (provisional) de Aena (<https://www.aena.es/es/estadisticas/informes-anuales.html>); que, con la excepción del periodo de la pandemia, el volumen de tráfico aéreo ha ido en ascenso, a razón de un 5-10% por año; y que, aunque no contemos con estadísticas oficiales de público acceso, la información que proporcionan quienes se dedican profesionalmente a las reclamaciones por incumplimientos coincide con la extendida impresión de que el volumen es alto, no hay duda alguna acerca de que nos hallamos ante un problema grave, tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo, si atendemos a la magnitud y diversidad de los daños y perjuicios personales, profesionales o empresariales, que pueden derivarse de la imposibilidad de realizar el vuelo en el día y hora prevista.

2. Este es precisamente el motivo que ha llevado al legislador europeo a ofrecer una vía de protección de los derechos de los pasajeros estandarizada e inmediata, sin necesidad de reclamación judicial, a través del Reglamento (CE) 261/2004, que sustituye, en lo que a los supuestos de denegación de embarque se refiere, al Reglamento (CEE) 295/91, que era el que hasta la fecha se había aplicado para el conocido fenómeno del overbooking.

3. La principal virtualidad de este instrumento se halla en la facilitación de la compensación

por el incumplimiento contractual, sustituyendo la exigencia de prueba de los daños y perjuicios sufridos en sede jurisdiccional por la constatación de la concurrencia del supuesto generador del derecho a la compensación, que se restringe a una lista de casos legalmente tasados (denegación de embarque, cancelación de vuelo o gran retraso a la llegada), con pocas excepciones por circunstancias extraordinarias, la carga de la prueba de las cuales pesa sobre el transportista.

4. Las ventajas de este mecanismo legal son manifiestas, pues el importe de los pasajes, aun cuando pueda ascender a una cantidad considerable para la economía doméstica, no siempre justificaría el tiempo y riesgo de enzarzarse en una reclamación judicial que en el peor de los casos podría perder con costas el usuario inexperto. Por este motivo, la norma puede considerarse una conquista para los derechos de los consumidores y usuarios y su aplicación un éxito, a la vista de los resultados obtenidos por quienes se dedican profesionalmente a presentar las reclamaciones, sea en nombre ajeno como propio, en los casos de cesión de derechos, absolutamente admitida en la jurisprudencia europea.

5. Desde estas premisas, atendidas las características de este instrumento y, más concretamente, vista la importancia de la adecuada identificación de los supuestos legalmente previstos para el éxito de la reclamación, deviene crucial el buen conocimiento de la normativa y jurisprudencia recaída sobre la misma.

6. Esta es precisamente la principal función de la monografía objeto de comentario, que puede ser de utilidad tanto para el usuario final, como el pro-

fesional dedicado a reclamar en su nombre o en su lugar, así como para el teórico del derecho privado y más concretamente, internacional privado.

7. El primero, el usuario del transporte aéreo encontrará en esta monografía los principios y normas básicas sobre el incumplimiento del contrato de transporte aéreo tan importante en un mundo interconectado como el actual. A éste le será sumamente fácil manejar el libro por el preciosismo con el que está construido el índice, que facilita la identificación de todos y cada uno de los supuestos problemáticos posibles, analizados con rigor y exhaustividad en el texto en el que se informa acerca de cada uno de los requisitos que deben cumplirse para el éxito de la reclamación (que van desde los relativos al país de origen o destino del vuelo, a la clase de vuelo, de la aeronave o los sujetos obligados). A él también se destinan los formularios prácticos para la presentación de la reclamación, listos para su uso en el caso concreto.

8. Sin embargo, el libro tiene más niveles de lectura y más destinatarios posibles. También es de especial interés para quienes se dedican profesionalmente a la reclamación de incumplimientos contractuales, que además de la normativa aplicable cuyo conocimiento se les supone, encontrarán la principal y más actual jurisprudencia interpretativa de la misma, perfectamente sistematizada y analizada, lo que es de especial interés, si se tiene en cuenta que algunos derechos son de desarrollo jurisprudencial, como, por ejemplo, la equiparación del retraso igual o superior a tres horas con la cancelación del vuelo que genera el derecho a la compensación del art. 7 del Reglamento [*Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 19 de noviembre de 2009. Christopher Sturgeon, Gabriel Sturgeon y Alana Sturgeon contra Condor Flugdienst GmbH (C402/07) y Stefan Böck y Cornelia Lepuschitz contra Air France SA (C-432/07)*], o la posibilidad de que el cliente exija directamente la compensación al transportista en casos de viajes combinados [*Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 26 de marzo de 2020. Libuse Kralová contra Primera Air Scandinavia A/S (C-215/18)*].

9. Por fin, la monografía constituye asimismo una importante aportación a los estudios doctrinales sobre derecho del transporte, disciplina de

la que es reputado especialista el Dr. Eliseo Sierra, que además de Profesor Agregado de Derecho mercantil de la Universidad Autónoma de Barcelona, es Profesor de Derecho Aeronáutico del Grado de Gestión Aeronáutica. El primer valor es la sistematicidad y exhaustividad con la que analiza el derecho europeo vigente en la materia, en especial, el *Reglamento (CE) n° 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, y se deroga el Reglamento (CEE) n° 295/91*, que compara con el antecedente en el ámbito europeo [*Reglamento (CEE) n° 295/91 del Consejo, de 4 de febrero de 1991, por el que se establecen normas comunes relativas a un sistema de compensación por denegación de embarque en el transporte aéreo regular*], así como otros instrumentos internacionales y nacionales que ofrecen el derecho a una compensación suplementaria [como el *Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, hecho en Montreal el 28 de mayo de 1999, firmado por la Comunidad europea, en 1999 o el Convenio para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional, ultimado en Varsovia el 12 de Octubre de 1929, como consecuencia de la Conferencia internacional de Derecho privado aéreo*].

10. Los resultados que se derivan de tal análisis multinivel de la normativa nacional, europea e internacional no pueden ser más acertados técnicamente como útiles desde el punto de vista práctico. Las conclusiones a las que se llega acerca de los supuestos de compatibilidad entre las causas indemnizatorias reconocidas por distintos instrumentos normativos, con posibilidad de compensaciones suplementarias de las cuantías que el Reglamento fija “a tanto alzado e uniforme” y la consiguiente acumulación de acciones, no hubieran sido posibles sin un profundo conocimiento de la arquitectura europea ni un sincero interés por dedicar el esfuerzo científico a la resolución de problemas prácticos, y el autor del libro hace gala de ambos, con un dominio de la regulación especializada y las vías prácticas de reclamación judicial y extrajudicial que no solo informa sobre las posibilidades actuales sino también las futuras, pronosticando, al cierre de la edición comentada, de marzo de 2023, la ausplicable y previ-

sible asunción por parte de la Agencia estatal de Seguridad Aérea (AESA) de más funciones en la resolución del conflicto mediante un título ejecutivo extrajudicial. De hecho, tras la publicación del libro, la Orden TMA/469/2023, de 17 de abril, ha acreditado a la Agencia Estatal de Seguridad Aérea (AESA) como entidad de resolución alternativa de litigios en el ámbito del transporte aéreo (BOE, de 10 de mayo de 2023). De modo que, hoy, la decisión de AESA en el proceso extrajudicial sobre reclamaciones de cancelaciones de vuelo, denegación de embarque y retraso con arreglo al Reglamento (CE) 261/2004 es vinculante para la compañía aérea y es un título ejecutivo, conforme a la Orden TMA/201/2022, de 14 de marzo.

11. Por último, más allá de las aportaciones acerca del concreto contenido de los derechos de

los usuarios del transporte aéreo, reconocidos en una pluralidad de instrumentos entre los que sobresale el mencionado Reglamento CE de 2004, en un nivel más profundo, la obra comentada contribuye poderosamente a la consolidación del espacio europeo como un ámbito en el que el desarrollo del mercado común debe ir necesariamente de la mano de la protección de los derechos mínimos de los consumidores y usuarios, a lo que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea ha contribuido a través de la resolución de las cuestiones prejudiciales, pero también las aportaciones de la doctrina especializada, entre las que se hallan las de esta obra, que aun siendo eminentemente analítica, es crítica cuando es preciso, como hace, por ejemplo, al advertir de ciertos retrocesos que han tenido lugar al sustituir la regulación antecedente sobre overbooking por la actual.

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA / JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores). *Tratado de Derecho Internacional Privado*. 2ª ed. Tirant (Valencia), 2022, 4694 pp. ISBN: 978-84-1147-366-8 (obra completa)

SILVIA MARINO

*Professore Ordinario di Diritto dell'Unione europea
Università degli Studi dell'Insubria*

DOI: 10.20318/cdt.2023.8120

1. La seconda edizione del *Tratado de Derecho Internacional Privado* costituisce un aggiornamento alla prima edizione del 2020. Il lavoro di revisione e adeguamento di queste opere globali a carattere onnicomprensivo e a grande diffusione è costantemente necessario per il rapido sviluppo normativo e giurisprudenziale del diritto internazionale privato negli ultimi anni, nonché per le sfide poste dallo sviluppo dei rapporti commerciali, economici, finanziari e familiari in un mondo globale. Anche questa edizione si presenta in tre volumi, che affrontano tutti i temi della materia nelle prospettive del diritto spagnolo, internazionale e dell'Unione europea. L'opera si distingue per l'organicità nella trattazione della materia, la quale già costituisce un risultato importante, data la complessità del tema solo considerando le pertinenti numerose fonti normative.

2. Il primo volume è suddiviso in dieci capitoli. Una sua prima ideale parte, composta dai capitoli da I a VII, integralmente co-redatti dai Curatori dell'opera, è dedicata agli aspetti generali del diritto internazionale privato e processuale. Essi costituiscono una preziosa guida alla comprensione dei problemi che questo ramo del diritto intende risolvere, fin dalla definizione dei concetti di diritto internazionale privato e di situazione transfrontaliera. Essa affronta la materia secondo un approccio classico, dal quale non è possibile prescindere in un'ottica di sistema, anche in un periodo storico-normativo di superfetazione normativa, come quello attuale. Di tale complessità si dà del resto contezza fin dall'inizio: è posta una particolare attenzione alle diverse fonti del diritto,

dando immediatamente rilevanza al primato delle misure adottate dall'Unione europea nell'ambito della cooperazione giudiziaria civile e alle peculiarità di questo ordinamento, che incidono sull'applicazione delle sue norme negli ordinamenti degli Stati membri, quali la diretta applicabilità, l'efficacia diretta e il carattere fondamentale delle libertà di circolazione nell'Unione.

Questa attenzione alle fonti è evidente in tutti i capitoli di questa parte generale del I volume. Infatti, gli istituti tipici del diritto internazionale privato sono variamente declinati a seconda che si debba seguire un approccio *legeforista*, ovvero *internazionalista*, oppure, infine *uniforme* nell'Unione europea. Così, ad esempio, il capitolo IV è dedicato allo studio della norma di conflitto: l'esame dei problemi applicativi distingue chiaramente le soluzioni esperibili nell'ordinamento spagnolo, da quelle rinvenute nel diritto dell'Unione europea, con particolare riferimento ai metodi di qualificazione, alle questioni preliminari, al conflitto mobile e al rinvio. Il capitolo III è dedicato agli aspetti generali della determinazione della giurisdizione internazionale, che pure si caratterizza per la sua completezza e per il suo lineare ordine espositivo. Esso introduce le questioni principali della giurisdizione internazionale, a partire dal tema, sempre attuale, dell'immunità, per poi distinguere i diversi approcci del diritto dell'Unione europea alla *ripartizione della competenza giurisdizionale* e del diritto spagnolo (e nazionale in generale) della *determinazione della giurisdizione* dei propri organi giurisdizionali. Questo capitolo si conclude con l'analisi dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie (*ADR*), apportando uno

sviluppo nella concezione stessa della materia del *diritto processuale internazionale*, dal quale invece classicamente è esclusa. L'analisi è invece fondamentale per l'uso crescente di questi strumenti nelle controversie transfrontaliere, anche a seguito dell'intervento dell'Unione europea in materia. Il capitolo VI affronta l'altro grande tema del diritto internazionale processuale, ovvero l'efficacia extraterritoriale delle decisioni. Vengono quindi discussi i tipici problemi generali collegati alla sovranità e analizzate la disciplina peculiare dei regolamenti dell'Unione europea che creano titoli esecutivi specifici a circolazione semplificata fra gli Stati membri. Successivamente sono considerate le Convenzioni internazionali in vigore per la Spagna, e la disciplina di diritto comune. Il capitolo offre altresì l'analisi di talune modalità di riconoscimento ed esecuzione di sentenze con caratteristiche particolari, quali quelle adottate a seguito di un'azione collettiva, e di atti pubblici formati all'estero. L'ultimo capitolo di questa ideale prima parte generale è dedicato alla legge applicabile al processo e all'assistenza fra autorità giurisdizionali, distinguendo quindi da un lato la forma del processo con necessario approccio *legeforista*, e, dall'altro, la funzionalità del processo su controversie transnazionali, che richiede la cooperazione fra autorità posta da Convenzioni internazionali e regolamenti dell'Unione europea.

3. La parte speciale del diritto internazionale privato si inizia con il capitolo VIII, dedicato alla forma degli atti. La scelta di cominciare da questo tema è apprezzabile, per il suo carattere trasversale con riferimento a ogni rapporto giuridico, che lo pone quindi quasi a metà strada fra un aspetto generale e una tematica specifica del diritto internazionale privato. Un problema fondamentale, derivante dalle diversità delle legislazioni nazionali in merito alla forma degli atti, è considerato trasversalmente e trattato in tutti i suoi aspetti, evitando così ridondanze nella successiva trattazione dei singoli rapporti giuridici.

4. Il tema dello statuto della persona fisica è esaminato dai Curatori dell'opera quale parte funzionale e preliminare a ogni disamina relativa ai rapporti familiari e di cambiamento di *status*. Essa si distingue per la particolare attenzione posta alle conseguenze della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea in materia di libera circolazione dei cittadini europei sulla disciplina

di alcuni elementi dello *status* personale, quale il nome. Va inoltre segnalato il paragrafo dedicato a un tema di scottante attualità – cui il *Tratado* non si sottrae in alcuna parte –, ovvero le conseguenze civilistiche del traffico internazionale di organi. Il capitolo X, redatto da Javier Carrascosa González, è dedicato al matrimonio, come istituto atto a modificare lo *status* giuridico individuale, e quindi dalle conseguenze della promessa di matrimonio all'iscrizione dell'atto nel registro di stato civile. Si tratta di un tema classico, prevalentemente lasciato alle discipline nazionali, ma di peculiare importanza per assicurare la validità e l'efficacia dei matrimoni transnazionali, ovvero fra persone di cittadinanza o con residenza diversa, o comunque celebrati all'estero. L'ultimo paragrafo affronta il delicato problema della lacuna normativa nella disciplina delle coppie di fatto, dimostrando così come il *sistema* di diritto internazionale privato sia in grado di porre una disciplina anche agli istituti privi di normativa interna (ed eventualmente sconosciuti nell'ordinamento del foro).

5. Il tomo II può essere a sua volta distinto in due parti ideali. In continuità con il volume I, i primi capitoli sono dedicati agli *status* familiari. Molta attenzione è riservata ai regolamenti dell'Unione europea, che ormai incidono profondamente nella disciplina, anche con carattere universale delle loro norme, sebbene taluni siano stati adottati tramite cooperazione rafforzata, cui la Spagna partecipa. Gli effetti patrimoniali del matrimonio e delle unioni registrate sono trattati nel capitolo XI da Juliana Rodríguez Rodrigo. In modo del tutto condivisibile, all'analisi dettagliata e ordinata del regolamento 2016/1103 sui regimi matrimoniali segue un paragrafo dedicato alle (importanti, ma) numericamente poche differenze contenute nel regolamento 2016/1104 sugli effetti patrimoniali delle partnership registrate. Infatti i due regolamenti, adottati tramite cooperazione rafforzata, sono anche detti “gemelli” non solo per la loro identica data di approvazione, ma anche per l'analogia delle scelte normative ivi compiute. L'esame disgiunto e l'attenzione alle sole diversità normative dei due regolamenti consente di evitare ridondanze, e di sottolineare debitamente le differenti scelte. Per entrambi i regolamenti, è ancora necessario attendere una significativa prassi applicativa al fine di valutarne seriamente l'efficacia e la funzionalità, nonché le più importanti problematiche riscontrabili in sede di applicazione dei

regolamenti. Segue logicamente la trattazione della crisi matrimoniale (capitolo XII, co-redatto da Alfonso-Luis Calvo Caravaca e Javier Carrascosa González), negli aspetti processualistici e di determinazione della legge applicabile, come disciplinati dal diritto dell'Unione europea. Pare particolarmente interessante l'esame di alcune problematiche specifiche, ma sempre più ricorrenti, come dimostrato dalla prassi e dalla giurisprudenza, quali l'individuazione della legge applicabile al ripudio islamico; o di particolare attualità, quale il divorzio privato e il ruolo dei notai. Si sottolinea così l'importanza dell'aggiornamento del diritto internazionale privato e processuale anche alla luce delle modifiche del diritto civile, non solo del foro, ma anche di altri Paesi con i quali i rapporti (di natura privatistica) sono più frequenti.

6. Alla filiazione sono dedicati i tre capitoli successivi. Javier Carrascosa González si è dedicato al tema della filiazione naturale, integralmente disciplinato dal diritto nazionale (forse ancora non per molto...), accostando agli aspetti classici il problema giuridico e sociale attuale della riproduzione assistita e del turismo riproduttivo. Di particolare pregio, e non certo frequente nelle opere globali di diritto internazionale privato, è l'analisi della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul riconoscimento dello *status* di figlio nato a seguito di riproduzione assistita. Nel trattamento dei minori il tema dei diritti fondamentali deve essere centrale, a prescindere da quale branca del diritto ne sia di volta in volta interessato. L'adozione internazionale è trattata dai Curatori dell'opera, con riferimento sia al diritto spagnolo, sia alle Convenzioni internazionali. Anche in questo capitolo spicca l'attualità giuridica, quale l'efficacia transnazionale della *kafala*, istituto sconosciuto in Spagna e negli ordinamenti europei (...e pensare che già von Savigny...) e il conseguente diritto al ricongiungimento familiare del minore. Gli stessi autori proseguono con la protezione del minore, come disciplinato nel regolamento 2019/1111 dell'Unione europea e dalle due Convenzioni dell'Aja del 1980 e del 1996. Qui è particolarmente interessante l'approfondimento sulle convergenze e le divergenze del diritto internazionale privato e processuale sulla protezione del minore e sulla crisi matrimoniale. Infatti, sono questioni strettamente collegate, ma disciplinate da fonti normative diverse, la cui ricostruzione può essere complessa sia per l'accademico, sia per

il pratico nelle tecniche normative e nel coordinamento delle fonti nei casi, di certo non rari, in cui allo scioglimento del rapporto della coppia conseguono controversie sulla responsabilità genitoriale sui figli. Il relativo paragrafo funge da anello di congiunzione fra le parti dedicate ai rapporti affettivi fra adulti e le relazioni con i minori nella famiglia, oltre a chiudere la parte dedicata agli *status* e alle relazioni familiari.

7. Seguono quindi logicamente gli istituti di carattere patrimoniale, che possono essere collegati con rapporti o vicende di carattere familiare o relativi allo *status* delle persone fisiche, ovvero le obbligazioni alimentari e le successioni. Le prime, trattate da Javier Carrascosa González, si caratterizzano per l'ampio novero di fonti applicabili in materia, soprattutto nell'ambito dell'esecuzione (o esazione) internazionale, i cui complessi coordinamento ed efficacia sono parte centrale del capitolo XVI. Esperanza Castellanos Ruiz analizza il regolamento europeo sulle successioni internazionali nella sua complessa integralità, tendendo in particolare considerazione gli sviluppi derivanti dalla giurisprudenza in formazione della Corte di giustizia dell'Unione europea (che sempre offre spunti di aggiornamento), che già sta fornendo la propria interpretazione autonoma alle nozioni ivi impiegate. Particolarmente interessante è l'analisi del ruolo dei notai, ai quali gli Stati membri normalmente attribuiscono ampie competenze in questa materia relativamente alla redazione di atti pubblici e che possono essere altresì competenti per l'emanazione del certificato successorio europeo.

8. Il volume II si conclude entrando nel vivo degli aspetti commerciali. Il capitolo XVIII, co-redatto da Alfonso-Luis Calvo Caravaca e da Javier Carrascosa González, è dedicato all'ormai classica disciplina del diritto dell'Unione europea sulla competenza in materia civile e commerciale. Di particolare interesse risultano l'analisi dei rapporti fra il regolamento n. 1215/2012 e l'arbitrato internazionale, da un lato, e dello stesso con la Convenzione di Lugano, dall'altro. L'analisi della giurisprudenza evolutiva della Corte di giustizia rimane centrale, cui segue la discussione della sua applicazione nelle Corti nazionali. Le persone giuridiche trovano il loro esame nel successivo capitolo, con opportuna trattazione di tutti gli aspetti rilevanti, dalla competenza giurisdizionale, alla legge applicabile, fino al delicato problema del ri-

conoscimento delle persone giuridiche nell'ambito della libertà di stabilimento nell'Unione europea. Le norme di diritto internazionale privato vengono altresì messe alla prova con riferimento ad alcune esperienze societarie peculiari che pongono diverse sfide nell'applicazione del diritto, quali ad esempio i gruppi societari, le imprese multinazionali e le *joint-ventures*. L'ultimo capitolo del volume è conseguentemente dedicato ai contratti internazionali in generale sotto i profili della giurisdizione e della legge applicabile, con analisi del regolamento 593/2008. I capitoli XVIII e XX omettono l'esame di alcuni contratti particolari, che trovano specifica disciplina nei regolamenti dell'Unione europea, per favorire una trattazione congiunta e unitaria degli aspetti processualistici e privatistici di ogni singola tipologia contrattuale.

9. L'universo contrattuale richiede ulteriore attenzione nell'analisi di alcuni contratti molto utilizzati nel diritto sia civile, sia commerciale. Pertanto, Alfonso-Luis Calvo Caravaca e Javier Carrascosa González dedicano la prima parte del volume III alla dettagliata analisi delle questioni specifiche relative alla legge applicabile un amplissimo numero di contratti. Accanto alle sempre spinose donazioni e alle loro complesse problematiche di qualificazione, si trovano i più frequenti modelli contrattuali del diritto commerciale, anche di introduzione recente, come, ad esempio, l'*outsourcing*. Ulteriormente, ad alcuni contratti sono riservate trattazioni separate in capitoli dedicati. Il contratto internazionale di assicurazione merita un esame autonomo, proposto da Celia M. Caamiña Domínguez, per la sua frequenza nel commercio internazionale e per la diversità nei suoi contenuti, dei suoi contraenti e delle loro esigenze, cui si aggiunge la protezione garantita dalla parte debole nei regolamenti dell'Unione europea. Pertanto, anche nel diritto internazionale privato, diverse tipologie di contratti necessitano una disciplina specifica, diversamente orientata a seconda delle finalità proprie. Sulla presenza di una parte contrattuale ontologicamente debole sono altresì distinti i contratti dei consumatori (capitolo XXIII) e i contratti di lavoro (capitolo XXIV; entrambi di Alfonso-Luis Calvo Caravaca e Javier Carrascosa González). Questi capitoli illustrano gli orientamenti della Corte di giustizia sin dal momento definitorio, ovvero chi siano i soggetti che necessitano di tale protezione rafforzata, alla luce della disciplina pressoché integralmente posta dai regolamenti dell'Unione europea.

10. Esaurita la delicata disamina della contrattualistica internazionale, il volume III prosegue con rapporti specifici, considerati congiuntamente sotto il profilo della giurisdizione e della legge applicabile, onde consentirne una trattazione completa e unitaria. Nell'ambito dei diritti reali (Javier Carrascosa González) riveste particolare pregio l'esame del *trust* di diritto anglosassone, per il suo consolidato uso in ambito internazionale anche nei Paesi che non conoscono questo istituto. Per la disciplina della proprietà intellettuale e industriale, l'accento è posto su beni incorporeali, sia per la loro rilevanza in termini brevettuali, sia per l'esistenza di numerose Convenzioni internazionali sulla proprietà industriale (Javier Carrascosa González). L'analisi è arricchita dalle conseguenze della violazione di tali diritti.

11. La complessità degli aspetti internazionali-privatistici della responsabilità extracontrattuale richiede un capitolo distinto (XXVII; Alfonso-Luis Calvo Caravaca e Javier Carrascosa González), che ponga in armonia la difficile interpretazione del foro speciale sull'illecito di cui all'art. 7, n. 2 del regolamento 1215/2012 con i limiti al campo di applicazione materiale del regolamento n. 864/2007 e la sua disciplina specifica di alcune cause di responsabilità. La prima caratteristica impone altresì di riflettere sul diritto internazionale privato nazionale, applicabile alle numerose fattispecie escluse dall'ambito del regolamento dell'Unione e singolarmente considerate nel *Treatado* per valorizzarne le specificità.

12. Il capitolo XXVIII (Alfonso-Luis Calvo Caravaca e Javier Carrascosa González) è integralmente dedicato alla disciplina orizzontale del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni ai sensi del regolamento n. 1215/2012, a chiusura dei temi relativi alla materia civile e commerciale. Per le loro peculiarità, determinate dall'uso e dal sovrapporsi di Convenzioni internazionali particolari e del diritto nazionale, i titoli di credito, tema pur sempre classico, trovano un'analisi separata (capitolo XXIX; Javier Carrascosa González). L'insolvenza transfrontaliera costituisce quasi un tema a parte nel diritto internazionale privato, il cui esame vede il concorrere della disciplina nazionale e dell'Unione europea. Di particolare pregio, nel capitolo XXX (Alfonso-Luis Calvo Caravaca e Javier Carrascosa González), è l'analisi della disciplina internazionale-privatistica posta dalla le-

gge spagnola del 2020, di cui in apertura si delimita il campo di applicazione alla luce del primato del diritto dell'Unione europea. L'ultimo capitolo dell'opera è dedicato all'arbitrato (Alfonso-Luis Calvo Caravaca e Javier Carrascosa González), con particolare attenzione alle Convenzioni internazionali in materia, di cui formano una disciplina frammentata.

13. Oltre agli aspetti messi in luce di sistematicità e di organicità dell'opera, essa si distingue anche per importanti elementi di fruibilità. Le nozioni generali sono infatti corredate da *Osservazioni*, immediatamente visibili anche dal carattere, utili per il loro approfondimento; da *Casi*, ovvero la descrizione e l'analisi di fattispecie affrontate dalle Corti nazionali, o dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, o dalla Corte europea dei diritti dell'uomo; da *Questioni specifiche* e da *Riflessioni critiche*, anche queste scritte con un carattere ridotto, che presentano taluni aspetti di complessità della nozione generale; da *Sviluppi* sui temi dibattuti dalla dottrina, anche classica. Inoltre, tutti i capitoli sono preceduti da una copiosa bibliografia nelle lingue internazionalmente più utilizzate, e seguiti da un indice delle sentenze delle Corti nazionali ed europee.

14. Queste caratteristiche rendono l'opera fruibile a più gruppi di destinatari. Lo studente che si avvicina per la prima volta al diritto internazionale privato può comprenderne agevolmente i profili

essenziali, tralasciando nelle sue prime letture gli spunti di approfondimento e apprezzando l'analisi delle questioni e degli istituti più moderni. Lo studioso del diritto vi rinviene osservazioni fondate sull'elaborazione dottrinale e sulla giurisprudenza, che consentono di immergersi nel complesso mondo del diritto internazionale privato e di proseguire le proprie ricerche grazie al preciso apparato bibliografico. Per i professionisti e i magistrati la discussione della giurisprudenza è di evidente utilità, soprattutto perché inserita nel contesto normativo e teorico, offrendo così un quadro di riflessione completa su determinati istituti e problematiche della prassi, necessaria sia per un'efficace attività consultiva, sia per la miglior risoluzione delle controversie.

15. Il *Tratado* costituisce un lavoro scientifico di altissima qualità, ulteriore rispetto al manuale o al volume destinato ai pratici, pur mantenendo di aspetti essenziali di introduzione ai temi, e contemporaneamente l'analisi degli aspetti (più insidiosi) della prassi. È pertanto un'opera essenziale, da consultare in ogni fase del proprio studio del diritto internazionale privato, sia esso a livello iniziale, o successivamente professionale o accademico, perché, stante la (necessaria) lunghezza dell'opera, il rigore metodologico, la sistematicità, la completezza e il preciso ordine ne fanno apprezzare i contenuti e consentono ulteriori approfondimenti successivi, a carattere dottrinale e giurisprudenziali, a seconda delle esigenze del lettore.

F. GASCÓN INCHAUSTI/ P. PEITEADO MARISCAL. *Estándares europeos y proceso civil. Hacia un proceso civil convergente con Europa*. Atelier, Barcelona, 2022, 775 pp.

PABLO MUYO BUSSAC
Contratado predoctoral FPU
Universidad Complutense de Madrid

DOI: 10.20318/cdt.2023.8121

1. Avanzar en la construcción de un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea que permita la consolidación y consagración de los grandes objetivos de paz y bienestar de los pueblos que la integran es un reto ineludible en un creciente clima político de inestabilidad económica, social y bélica. Vertebrar Europa no es una tarea que pueda realizarse únicamente a través de grandes proclamaciones ideológicas ni tampoco sólo desde la edificación de un mercado común. Al contrario, hilvanar nuestro continente pasa por un diálogo detallado entre las instituciones europeas y las nacionales sobre todos los aspectos que ordenan la vida social. La resolución de conflictos jurídicos privados es uno de ellos y, me atrevería a decir, uno de los más destacados. Este diálogo requiere, además, una dedicación especial por parte de los procesalistas universitarios habida cuenta del gran impacto que sobre nuestro proceso civil está teniendo la acción normativa de la Unión Europea y la jurisprudencia del TJUE tanto en relación con la litigación transfronteriza como la doméstica. En esta conversación participan, además, otros agentes que, con similar voluntad, quieren armonizar desde las mejores prácticas posibles los sistemas de justicia civil: por un lado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos desde el prisma del derecho a un proceso equitativo y, por otro, instituciones académicas como el *European Law Institute* con propuestas de *soft law* como las *European Rules of Civil Procedure*.

2. La obra colectiva dirigida por los profesores Fernando GASCÓN INCHAUSTI Y PILAR PEITEADO MARISCAL recoge el testigo de esta labor y afronta el reto de hacer un análisis comparatista entre los estándares europeos en materia de justicia civil y la regulación nacional sobre los distintos temas abordados. El lector encontrará una obra plural pero absolutamente coherente y completa. Cada autor participante ha seguido una metodología de análisis similar consistente a grandes rasgos en las siguientes operaciones:

- (i) Identificar con objetividad el estándar europeo sobre la materia analizada.
- (ii) Exponer con rigor la regulación nacional positiva.
- (iii) Diagnosticar la influencia y las exigencias de la acción normativa o la jurisprudencia europeas en nuestro ordenamiento y nuestra práctica forense.
- (iv) Valorar críticamente si los estándares europeos ofrecen un modelo a seguir para nuestro legislador nacional que permitan una mejora de la calidad de los métodos jurisdiccionales de resolución de conflictos jurídicos o, si por el contrario, la necesaria labor de armonización de los sistemas procesales nacionales debe seguir derroteros distintos a los contemplados, por ejemplo, en los modelos de litigación transfronteriza europeos o, en general, por el estándar identificado.

*Pablo Muyo Bussac (pmuyo@ucm.es). Este trabajo se incardina dentro del proyecto de investigación «Eficiencia y acceso a la justicia civil en tiempos de austeridad» con referencia PID2021-122647NB-I00 y se ha podido realizar gracias a disfrutar de un contrato predoctoral FPU otorgado por el Ministerio de Universidades (convocatoria 2020).

3. Los directores de la obra advierten meridianamente de sus intenciones desde las primeras páginas: «en relación con cada uno de estos sectores [analizados en la obra], se ha tratado de detectar cuáles son -si es que realmente los hay- los estándares europeos o, si se prefiere, las “buenas prácticas” o las “mejores prácticas” europeas que se pueden inferir» para efectuar un «análisis “de abajo hacia arriba”, es decir, partiendo de la legislación procesal interna y valorando hasta qué punto la normativa europea le ofrece patrones de mejora realmente aprovechables, más allá de aquello que resulta necesario, es decir, derivado de la obligación de trasponer directivas y de hacer operativos los reglamentos europeos».

4. En este sentido, se trata de una obra eminentemente propositiva, no agotándose ni mucho menos en la fría descripción del Derecho positivo. Ninguno de los autores participantes tiene miedo a pronunciarse activamente sobre aquello que expone, sugiriendo (o desaconsejando) reformas que, orientadas tanto por el objetivo de armonizar los sistemas europeos como, sobre todo, por el objetivo de mejorar la eficiencia y calidad de la justicia civil española, sean atendidas por el legislador en las futuras reformas del proceso civil. Resurgen así viejos debates en nuevos contextos y frente a retos contemporáneos: cuál debe ser la forma externa de los actos procesales, qué rol y poderes deben atribuirse al juez civil, qué espacio debe darse a la autodefensa de las partes, cómo construir un régimen de notificaciones y actos de comunicación que sea eficaz y garantice la tutela judicial efectiva, qué información obrante en el proceso debe ser pública y cuál debe permanecer secreta y ante quién, cómo compaginar el acceso a los tribunales y los costes económicos del litigio, qué lugar deben ocupar los métodos alternativos de resolución de conflictos en el conjunto del sistema de justicia civil, cómo tutelar eficazmente el crédito dinerario, qué tipo de tutela colectiva de consumidores debe implantarse en nuestro país y en Europa y cómo lidiar con la inevitable digitalización de la justicia civil. Todas estas preguntas conforman el enfoque científico de esta obra.

5. Ya desde el primer capítulo, encontramos un ejemplo del talante científico y crítico de los participantes con el trabajo de Bárbara Sánchez López en el que se pondera y analiza en detalle las ventajas y desventajas de optar por una for-

ma escrita u oral del proceso en aras a lograr un proceso civil eficiente. De esta forma, destaca que las razones que inclinan la balanza a favor de los procesos eminentemente escritos en la litigación transfronteriza europea no son trasladables al ámbito doméstico, en el que la oralidad y los principios que deben acompañarla (concentración, inmediación y publicidad) siguen siendo el imprescindible «instrumento para acercar el juez al justiciable y al conflicto y colocarle en las mejores condiciones para juzgar el caso concreto». Posición compartida por Alicia Bernardo San José en su análisis comparativo de los procesos europeo y español de escasa cuantía en el capítulo 12, en el que se examina crítica pero equilibradamente el modelo de juicio verbal “europeizado” propuesto por el Proyecto de Ley de Eficiencia Procesal.

6. Otro de los grandes interrogantes examinados es el del modelo de juez y los poderes atribuidos al mismo. Así, desde una perspectiva general, Guillermo Schumann Barragán diagnostica una evidente tendencia a nivel europeo de ampliar los poderes del juez en la gestión formal y material del proceso (*case management*) desde los principios de cooperación, proporcionalidad y flexibilidad procedimental. En esta línea, propone «dotar de mayor flexibilidad al juicio ordinario y verbal regulado en la LEC» y potenciar las funciones de gestión material del juez ya contempladas en nuestro ordenamiento. Desde una perspectiva más sectorial, en el capítulo 11, Marina Cedeño Hernán focaliza su análisis en la ampliación pretoriana de los poderes del juez consecuencia de los múltiples terremotos causados en nuestro ordenamiento procesal por la jurisprudencia del TJUE en materia de protección de consumidores y su fuerte impacto en el principio dispositivo en los procesos declarativos ordinarios (control de oficio de cláusulas abusivas en todas las fases procedimentales, iniciativa instructora del juez civil y adopción de medidas cautelares de oficio).

7. En el capítulo 3, Ignacio José Cubillo López se interroga acerca de la pertinencia de ampliar el ámbito para la autodefensa en nuestro ordenamiento, ante la evidencia de que los países de nuestro entorno y los estándares europeos muestran una tendencia hacia un mayor reconocimiento de las facultades de autodefensa. En este sentido, este autor sugiere ampliar el tipo de asuntos en el que la asistencia letrada no sea preceptiva,

siempre y cuando se establezca, eso sí, una serie de prevenciones que garantice la efectividad del derecho de defensa.

8. María Luisa Villamarín López aborda en el capítulo 4 el impacto y la influencia que los estándares europeos en materia de notificaciones han tenido sobre nuestro ordenamiento jurídico, valorando esa influencia de forma muy positiva, habida cuenta del impacto sobre el derecho a la tutela judicial efectiva que tiene un adecuado régimen de notificaciones. A su vez, señala espacios que todavía presentan fuertes disfunciones en nuestro país en esta materia (por ejemplo, en los procesos de desahucio, las subastas judiciales o el Registro de Rebeldes Civiles) y reivindica la necesidad de profundizar en la implementación del uso de los medios tecnológicos en los actos de comunicación de los tribunales con las partes.

9. De gran actualidad también, encontramos distintas aproximaciones al acceso de las partes a la información obrante o que debería obrar en el proceso. Por un lado, Felip Alba Cladera aborda el problema de la asimetría informativa entre las partes y las medidas de acceso a fuentes de prueba en el capítulo 5, apostando decididamente por «una generalización de las medidas de acceso de fuentes de prueba del art. 283 bis para todos los procesos sin distinciones por razón de la materia y con la consiguiente supresión del instituto de diligencias preliminares y del requerimiento documental», en la línea del modelo propuesto en las *European Rules of Civil Procedure* estructurado por los principios de cooperación, de lealtad procesal y de proporcionalidad, alejado del modelo norteamericano de la *discovery*. Por otro lado, Pilar Peiteado Mariscal explora en el capítulo 6 de qué forma podemos mejorar el tratamiento procesal de la información confidencial en nuestro proceso civil a la luz de las aportaciones europeas en la materia a fin de que los justiciables no deban tener que elegir «entre la protección de sus secretos o la de otros intereses», sin olvidar que la protección de la información confidencial afecta al derecho a un proceso público y con todas las garantías, limitando el acceso a terceros a las actuaciones orales y escritas o, incluso, limitando el acceso a la parte contraria a las informaciones incorporadas al proceso. En este sentido, insiste en la necesidad de definir correctamente (positiva y negativamente) qué es una información confidencial, unificar el tratamiento

procesal, actualmente fragmentario y desperdigado normativamente, y establecer un procedimiento correctamente definido que, a modo de pieza separada en el proceso, permita la adecuada protección de la información que la parte desee que permanezca confidencial. Análisis que resulta completado con el trabajo de Lena Hornkohl obrante en el capítulo 14 sobre protección de la información confidencial desde el prisma más específico del Derecho de la competencia.

10. Como no podía ser de otra manera, este trabajo también aborda la gran problemática planteada en el roce entre la efectividad del derecho de acceso a los tribunales y los costes económicos del proceso: así, se afronta el estudio de los estándares relativos a las tasas judiciales, al derecho a la asistencia jurídica gratuita y a las costas procesales. Francisco López Simó afronta las dos primeras temáticas en los capítulos 7 y 8. Al respecto de la primera de las cuestiones, concluye que nuestra regulación en materia de tasas judiciales «cumple – y con creces – prácticamente todos los [estándares] que pueden extraerse de la normativa europea (...) así como de la jurisprudencia del TEDH», pero advierte de la deficiente accesibilidad a una información clara y de calidad en comparación con lo exigido desde Europa. En cuanto al derecho a la asistencia jurídica gratuita concluye nuevamente que, como regla general, nuestro país cumple con los estándares europeos. No obstante, propone distintas reformas normativas para un mayor acercamiento y armonización de nuestro sistema con el estándar europeo: (i) ampliar los posibles beneficiarios del derecho en materia de litigación transfronteriza civil a las personas jurídicas sin ánimo de lucro y a las personas físicas extranjeras que se encuentren en España; (ii) condicionar la concesión del beneficio a la inexistencia de mecanismos que permitan cubrir las costas procesales a través de seguros de defensa jurídica o por ser litigios financiados por terceros; y (iii) que el contenido material de la prestación incluya cubrir las costas que se ordene pagar a la parte ganadora, cuando las pretensiones del beneficiario del derecho sean totalmente desestimada. En cuanto al régimen jurídico de las costas procesales, Felip Alba Cladera señala que el estándar nacional y el europeo se encuentran ambos estructurados en torno al principio de vencimiento objetivo. Ahora bien, al margen de lo anterior, centra su análisis en el influjo europeo

en esta cuestión en los procesos sobre cláusulas abusivas incorporadas en contratos celebrados con consumidores, concluyendo que, si bien la jurisprudencia nacional ha logrado una satisfactoria adecuación a las exigencias del TJUE, sería recomendable una explicitación legal de los nuevos criterios aplicados.

11. En el capítulo 10, Juan Carlos Ortiz Pradillo se pregunta si la legislación española cumple con el desafío europeo de incorporar los métodos alternativos de resolución de conflictos en el proceso civil y de qué forma. Para ello centra el análisis en tres dimensiones: la amplitud del concepto de ADR, la flexibilidad procedimental y la voluntariedad mitigada para acceder a esta clase de métodos de resolución de controversias mediante la implementación de incentivos y desincentivos económicos y procesales.

12. La cuestión de la tutela eficaz del crédito dinerario es abordada a través del análisis comparatista de los procesos de escasa cuantía y el juicio verbal (capítulo 11 ya referenciado), del proceso monitorio europeo y el nacional (capítulo 13) y del estudio de la Orden Europea de Retención de Cuentas y su implantación en diversos ordenamientos jurídicos nacionales (capítulo 15). En este sentido, cabe destacar la convencida reivindicación de Enrique Vallines García de trasladar el modelo de proceso monitorio europeo a nuestro proceso monitorio nacional, en su opinión desfigurado y desnaturalizado por las sucesivas reformas al albur de la jurisprudencia del TJUE. En esta casi militante propuesta, se recomiendan, además, mecanismos para paliar el miedo frente a las reclamaciones abusivas o fraudulentas por parte de los acreedores a la par que un diseño procedimental que garantice tanto la necesaria agilidad del proceso monitorio como el derecho de defensa. Carlos Santaló Goris, por su parte, identifica diversos puntos en los que la traducción al ordenamiento jurídico nacional puede alterar el

sentido original del Reglamento sobre la Orden Europea de Retención de Cuentas, tras una exposición detenida del contenido y la función de este instrumento.

13. En el capítulo 17, Fernando Gascón Inchausti procede a comentar la Directiva 2020/1828 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, destacando las grandes elecciones del legislador europeo para, por un lado, mejorar la tutela de los derechos e intereses de los consumidores y, por otro, evitar una temida “americanización” de la litigación civil. A su vez, sostiene que la transposición de la Directiva es una oportunidad para mejorar un sistema de tutela colectiva nacional devenido ineficaz mediante una acción legislativa que vaya más allá de los cambios “obligados” por los aspectos incompatibles con la Directiva o, simplemente, no regulados. El examen de la problemática de la tutela colectiva se complementa en el capítulo 17 desde una perspectiva extranjera con el examen de Thomas W. Thamm de la litigación asociada al *Dieseltgate* en Alemania.

14. El libro se clausura con un trabajo de Buchhard Hess en el que, a modo de cierre, se identifican los mayores efectos para la cooperación judicial civil en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia vinculados al fenómeno de la digitalización de la justicia y a la decidida apuesta de las instituciones de la Unión Europea por avanzar en esa dirección.

15. En conclusión, estamos ante un verdadero trabajo colectivo que da origen a un libro unitario y coherente tanto en el contenido abordado como en la forma de abordarlo, llamado a ser un referente en las discusiones en nuestro país relativas al futuro de nuestro proceso civil. A las inagotables preguntas de “*Quo vadis* justicia civil” y “*Quo vadis* Europa” este libro señala un horizonte compartido en la respuesta correcta a ambos interrogantes.

A. FERNÁNDEZ PÉREZ. *Procedimientos administrativos en materia de extranjería*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 296.

ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ*
Profesor Titular de Derecho internacional privado
Universidad Miguel Hernández de Elche (Alicante)

DOI: 10.20318/cdt.2023.8122

1. Obra de referencia absoluta y excelente visión panorámica de un tema tan complejo como son procedimientos administrativos en materia de extranjería.

2. La inmigración y la extranjería son una realidad, un fenómeno tan antiguo como el ser humano; existe y ha existido siempre, constituyendo, hoy en día, una constante histórica y un fenómeno universal, que obedece a factores de diversa índole (económicos, laborales, sociales, políticos, etc.). Hace 1500 años, en lo que actualmente conocemos como Moscú, no había un sólo ruso, en Hungría no había un sólo húngaro, en Turquía no había turcos, España empezaba a ser visigoda, y en América sólo vivían indígenas. Aunque son los EE.UU. los que tradicionalmente han venido recibiendo a inmigrantes de todas partes del mundo, en el último siglo, Europa, por factores de índole geográfico e histórico, se ha convertido en destino de los flujos migratorios.

3. Hay dos datos que debemos observar: uno, que, hoy día, más de 200 millones de personas pueden ser consideradas migrantes, esto es, residen fuera del país de su nacionalidad; y, dos, que está claro que hay que integrarse. La inmigración y la extranjería son un tema cada vez más recurrente en el discurso político ya que la mayoría de los ciudadanos considera que sus Gobiernos deberían convertir la lucha contra la inmigración clandestina en una tarea prioritaria. Sin embargo, la instantánea que podemos sacar de la política en materia de inmigración y extranjería es la de la falta de armonización legislativa y la existencia de

diferentes legislaciones estatales para hacer frente al fenómeno de la inmigración.

4. La labor del Estado y de la Unión Europea, por acción o por omisión, representa un factor sumamente relevante en las diversas fases por las que transcurren los desplazamientos transfronterizos de personas. Con todo, a medida que más y más cuestiones demandan cada vez más soluciones de alcance global, cabe preguntarse por la adecuación y capacitación real de los Estados nacionales para afrontar los diversos retos del presente y, en particular, el representado por los movimientos internacionales de personas.

Sobre esta premisa en la presente obra se estudian los procedimientos administrativos en materia de extranjería y su interpretación por el Tribunal constitucional. La obra de la Dra. Ana Fernández se estructura en 5 Capítulos: el primero sobre las *Manifestaciones del control administrativo en materia de extranjería*; el segundo, donde aborda los *Procedimientos administrativos en materia de extranjería*; el tercero y cuarto donde se centra en el *Derecho sancionador de extranjería* (Capítulo 3) y la *Potestad sancionadora de la administración para la expulsión de extranjeros* (Capítulo 4) y, finalmente, el Capítulo 5 donde se cierra el círculo ocupándose del tema del *Control judicial de los actos administrativos en materia de extranjería*. Se acompaña la obra con abundante *bibliografía* sobre la materia y un útil índice de jurisprudencia.

6. Se analizan también los procedimientos administrativos sancionadores a raíz de la normativa europea y su interpretación por el TC, TS, TJUE y

* alfonso.ortega@umh.es

TEDH (con especial referencia a la imposición de multa en vez de la expulsión), la diferencia entre las distintas figuras que pueden llevar a la salida de los extranjeros del territorio (con especial referencia a la devolución en caliente) y un análisis y posibles soluciones al internamiento de extranjeros.

7. Útil, sólida y práctica son algunos de los calificativos que (desde la razón y no desde el

corazón) merece *Procedimientos administrativos en materia de extranjería*. En definitiva, esta monografía de la Dra. Ana Fernández es y debe ser, sin duda alguna, lectura obligada en materia de Derecho de la extranjería. Se agradece que la producción científica en materia de Derecho de la Nacionalidad y de la Extranjería se complementa con trabajos como éste, rigurosos, prácticos y de calado científico.

DOROTHY ESTRADA-TANCK. *Nuevos horizontes en la protección internacional de los Derechos Económicos y Sociales*. Tirant lo Blanch, València, 1ª edición, 220 págs. ISBN 9788419226693, 2022.

ÁNGELES SOLANES CORELLA
Catedrática de Filosofía del Derecho y Política
Universitat de València

DOI: 10.20318/cdt.2023.8123

1. Es una obra que pretende y consigue destacar la importancia de los derechos económicos y sociales como derechos de primer orden, necesarios y esenciales para la realización efectiva de todos los derechos humanos y para lograr la libertad real e igualdad material de toda persona. El texto comienza con dos preguntas clave que nos acompañarán a lo largo de la narración: con motivo del procedimiento de quejas individuales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales («CDESC»), ¿pueden sus dictámenes servirnos de guía para el ejercicio efectivo de los derechos humanos, la justicia social y la igualdad? Y, relacionado con ello, ¿qué limitaciones existen y qué motivos de esperanza encontramos en sus líneas jurisprudenciales?

2. Para dar respuesta a estas preguntas, se hace un recorrido histórico en la evolución de los derechos económicos y sociales rompiendo mitos que los relegan a un segundo nivel de importancia dentro del propio catálogo de derechos humanos. Posteriormente, se resume el contenido principal de la postura del comité antes mencionado en materia de vivienda dentro del procedimiento de denuncias individuales como parte del derecho a un nivel de vida adecuado a través de ejemplos paradigmáticos de dictámenes que afectan en su gran mayoría al Estado español en concreto. Para finalizar, aborda cuestiones relevantes relacionadas con su aplicabilidad.

3. Los derechos económicos y sociales son una herramienta básica para consolidar una igualdad efectiva que vaya más allá de la formalidad de la norma y, en concreto, tienen un especial significado para las mujeres y niñas al ser estas quienes

están más desproporcionadamente afectadas por la pobreza y la desigualdad social. La profesora Estrada-Tanck utiliza un ejemplo actual para reflejar esta realidad. En el momento de preparación y redacción de esta obra, la pandemia provocada por la covid-19 se presentó ante la humanidad como un virus democrático en cuanto a su propagación, pero también un virus que profundiza las desigualdades existentes. En efecto, sus consecuencias han afectado a unas personas más que a otras. Las mujeres y niñas encargadas de los cuidados, su mayor presencia en el empleo informal y precario, y la mayor dificultad para cumplir con las recomendaciones sanitarias para evitar el contagio debido a sus trabajos estereotipados relacionados con el rol femenino de búsqueda de agua, de comida o de atención a personas familiares enfermas da fe de sus efectos asimétricos.

4. El Relator Especial sobre la extrema pobreza y derechos humanos reflejó en su informe final sobre su visita a España a comienzos de 2020 unos datos alarmantes con respecto al impacto de la pobreza en este país, que afecta más a las mujeres y a la población migrante. También mencionó la exclusión residencial, derivada del problema estructural de acceso a una vivienda en España que, junto con dosis de exclusión social y discriminación contribuyen a la existencia de asentamientos informales, y puso asimismo el foco en la exclusión sanitaria derivada del Real Decreto-ley 16/2012 y que la reforma de 2018 no ha conseguido paliar.

5. A pesar de los derechos humanos, de su positivización y consagración en tratados universales con un amplio respaldo internacional, continúa las situaciones de pobreza extrema, la desigualdad es-

tructural y el daño ambiental. Avanzamos, pero no llegamos a la meta. Como se avanzaba, la realidad no se ajusta al formalismo en este ámbito. Asimismo, su carácter prestacional y relativo que implica la dificultad añadida de garantizar su ejercicio ha generado planteamientos que han descrito a los derechos económicos y sociales como una mera aspiración, eliminando así su carácter de derecho.

6. El sistema internacional tardó en comprender la desigualdad con un enfoque basado en derechos humanos en momentos en los que la libertad gozaba de primacía absoluta. Sin embargo, el desarrollo humano solo puede entenderse desde una visión de capacidades y oportunidades, siguiendo a Amartya Sen y Martha Nussbaum. En efecto, la libertad real y también la igualdad sustantiva solo se alcanzan mediante la capacitación de las personas para poder elegir su proyecto de vida y los derechos económicos y sociales sirven como catalizador indispensable en ese camino. Dicho de otra forma, esos derechos son clave para el ejercicio efectivo de los derechos civiles y políticos, que pudieran parecer superiores en una supuesta escala normativa de derechos humanos.

7. Hoy hablamos de los derechos humanos y, por consiguiente, de los derechos económicos y sociales como derechos universales, inalienables, e interdependientes e indivisibles. La Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 resaltó estas características rompiendo así con cualquier intento de jerarquizar los derechos humanos y colocar a los civiles por encima de los sociales. Si bien es cierto que el carácter prestacional de estos últimos, su dificultad para su efectiva protección y el principio de realización progresiva genera agravios comparativos con los primeros, ello no les resta importancia ni les sitúa en un escalafón inferior. Los derechos civiles carecen de sentido sin los sociales y es que sin alimentación, sin hogar, sin ropa, sin educación y sin asistencia sanitaria no se puede garantizar la participación política o el propio derecho a la vida. Como se avanzaba anteriormente y relacionándolo ahora con el concepto de interdependencia de todos los derechos humanos, se trata de una cuestión de capacidades, de una libertad real que permita alcanzar la igualdad material en el disfrute de los derechos humanos. Tanto la primera como la segunda solo pueden ir de la mano de los derechos sociales como instrumentos clave en la superación de las desigualda-

des socioeconómicas y cualesquiera otras producidas por factores estructurales.

8. El CDESC se igualó en 2013 al Comité de Derechos Humanos, su hermano, en cuanto a mecanismos de protección convencional que tiene a su alcance para vigilar el cumplimiento de los derechos contenidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos («PIDESC»). Con la entrada en vigor ese año del protocolo facultativo de dicho instrumento se habilita competencialmente al comité para recibir y examinar comunicaciones individuales por personas, pero también por grupos de personas, que aleguen ser víctima de una violación de derechos económicos, sociales y culturales por un Estado parte del pacto. La profesora Estrada-Tanck plantea los requisitos generales de este procedimiento en el marco general de los comités para después destacar las especificidades de esta herramienta en el seno del CDESC.

9. La gran mayoría de casos presentados mediante este procedimiento de quejas o denuncias individuales ha tenido que ver con el derecho a una vivienda adecuada y, precisamente, también en su mayor parte relacionados con España, uno de los primeros Estados en ratificar el protocolo (el primero de la Unión Europea) y en reconocer la competencia del comité. Ello le ha permitido generar unas líneas maestras en torno a dicho derecho, enmarcado en el derecho a un nivel de vida adecuado. Se han avanzado más arriba algunas de las dificultades inherentes a los derechos sociales. En este ámbito, además, debemos mencionar las doctrinas defensoras de un mercado desregularizado que observan los derechos sociales, como puede ser el de una vivienda adecuada, como un obstáculo en su interés por mercantilizarlo y explotarlo económicamente. El texto analiza los casos más paradigmáticos en este contexto, en el cual se evidencia dicha tensión.

10. Las condiciones socioeconómicas son la base para la discriminación, tal y como se comprueba en todos los dictámenes reseñados. La situación de pobreza genera vulneración de derechos humanos en general, y de derechos sociales de forma específica. En el caso concreto de la vivienda, se evidencia su difícil protección en España debido a que la propia Constitución contempla el derecho a una vivienda digna y adecuada como principio informador de la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes

públicos. Tiene, por lo tanto, una dimensión económica protegida relacionada con la propiedad privada y la libertad de mercado, y otra de carácter social relegada a un segundo plano. Todo ello complica su realización progresiva.

11. No existe norma que estipule que las decisiones en forma de dictamen que concluyen el procedimiento de quejas individuales sean vinculantes para el Estado parte sobre quien se concluya que ha vulnerado alguno de los artículos del PIDESC. Sin embargo, se entiende que los Estados que reconozcan la competencia del CDESC o de cualquier otro comité para examinar denuncias individuales deberá acatar de buena fe sus dictámenes. De lo contrario, dicho reconocimiento no dejaría de ser una cuestión meramente simbólica.

12. En España el hecho de que los dictámenes no sean propiamente resoluciones judiciales sino observaciones producidas en el seno de un mecanismo cuasi-contencioso ha generado un rechazo generalizado por parte de los tribunales acerca de aceptar la obligatoriedad de las decisiones de los comités por parte del Estado. Sin embargo, la sentencia del Tribunal Supremo núm. 2747/2018, de 17 de julio, supuso un giro en la interpretación de instrumentos considerados de *soft law* como elementos de obligado cumplimiento. Al no existir un procedimiento específico para dar cumplimiento a lo postulado en los dictámenes del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer («CEDAW»), el Tribunal Supremo entendió que aquellos podían servir como base para presentar una reclamación por responsabilidad patrimonial por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia contra el Estado con motivo de su negligencia para hacer efectivas las recomendaciones de la CEDAW. Conforme a esta resolución judicial, se concluye que debe existir, por tanto, un mecanismo interno para aplicar esos dictámenes. De no haberlo, la persona afectada podría reclamar la responsabilidad al Estado sirviéndose para ello del dictamen incumplido.

13. Sin embargo, en su sentencia núm. 401/2020, de 12 de febrero, el Tribunal Supremo indicó que solo las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos («TEDH») gozan de fuerza habilitante para solicitar un recurso de revisión en virtud del artículo 102 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. En este caso y contexto particular, los dictámenes del Comité de Derechos Humanos no pueden equipararse a las resoluciones judiciales del TEDH. La profesora Estrada-Tanck aboga por una interpretación restrictiva de esta sentencia en el sentido de considerarla aplicable al caso del recurso de revisión, por lo que ello no implicaría una contradicción con la sentencia de 2018. Además, afirma que existe la obligación en materia de interpretación del artículo 10.2 de la Constitución y que, cuanto menos, hay que dar debida consideración a los dictámenes.

14. Esta obra nos ayuda a conocer la historia de los derechos económicos y sociales, su problemática actualidad y nos perfila cuestiones prospectivas como la vivienda como elemento básico del derecho a un nivel de vida adecuado o la incorporación necesaria de la perspectiva de género y de infancia en los análisis de dicho derecho. Se resalta la importancia que tiene y el potencial que puede demostrar el procedimiento de quejas individuales del CDESC en el desarrollo jurisprudencial de los derechos económicos y sociales, y se ofrecen motivos de esperanza para una futura aplicación obligatoria y generalizada de los dictámenes de los comités de Naciones Unidas.

15. Este excelente libro refleja la importancia de los derechos sociales reforzada por el principio de interdependencia. Dicho principio nos acompaña desde hace décadas para romper con la interesada jerarquía de los derechos humanos, puesto que, todos ellos comparten la necesidad de una protección internacional ante las políticas neoliberales mercantilizadoras y privatizadoras de bienes y servicios.

ANGELA DI STASI, MARIA CATERINA BARUFFI, LINA PANELLA. *Cittadinanza europea e cittadinanza nazionale. Sviluppi normativi e approdi giurisprudenziali*. A cura di. Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, 628 p.

ROBERTO VIRZO
Professor of International Law
University of Messina

DOI: 10.20318/cdt.2023.8124

1. This volume edited by Angela Di Stasi, Maria Caterina Baruffi, Lina Panella and published in the *Freedom, Security & Justice* Journal series constitutes a collection of essays on relevant legal issues of European citizenship and national citizenships. Both the three editors and many of the authors of the chapters are experts on these issues and have previously published appreciated monographs on the subject. The volume is also enriched by essays written by a number of young scholars, for a total of twenty-two chapters and an afterword by Bruno Nascimbene.

2. This large number of contributions serves the purposes of the volume, which are well explained by Angela Di Stasi in her Introductory chapter. More precisely, “the book aims at subjecting the concept of European citizenship to a critical review. The objective is to ascertain, as the European integration process evolves, its possible expansive potential, as well as its degree of permeability with respect to the evolutionary dynamics that have affected and continue to affect the coexisting national citizenship”.

In view of the multiplicity of legal issues that such “fluid and instable” (Di Stasi) interrelation raises, the chapters dwelling on some of them have been appropriately divided into three sections.

3. The first section concerns national citizenships and its dynamics with the European citizenship. The introductory chapter, written by Lina Panella, deals precisely with the attribution of Italian citizenship and its compatibility with international and European law. The author highlights that the concrete application of the relevant Italian law (Law of 5 February 1992, n. 91), in addition

to being contrary to international obligations regarding the protections of human rights, precludes minors, who are children of foreigners residing in Italy, from the attribution of both the Italian and the additional European citizenship. The author therefore welcomes the proposed introduction of the so-called *Ius Scholae* criterion. The latter consists in the granting of the Italian citizenship to young people born or arrived in Italy before the age of twelve, who reside legally in Italy and have regularly attended at least five years of study there.

The first section also contains essays on, among others: the legislations on citizenship of other European States (Gatti); the theoretical assumptions of the concept of national (Porena) and European (Morviducci) citizenship; the illegal legislative policies pursued by Russia, after its unlawful aggression of Ukraine, of “passportization” and “russification” of the inhabitants of Donbass (Perrini); the problems of international law related to multiple nationality (Marinai) or statelessness, especially when the latter is an effect of national measures to fight against international terrorism (Musmeci); the free movements of European citizens (Diverio, Palladino).

Central to the second section are the interactions between European citizenship and the dynamic forms of contemporary family statutes. Indeed, already in the introductory chapter, Maria Caterina Baruffi dwells on, among other things, the question of the citizenships of children of same-sex couples. She develops her arguments taking into account the important para. 68 of the 2021 judgment of the Grand Chamber of the European Court of Justice (ECJ) in the *V.M.A.* case, according to which “A child, being a minor, whose status as a Union citizen is not established and whose birth

certificate, issued by the competent authorities of a Member State, designates as her parents two persons of the same sex, one of whom is a Union citizen, must be considered, by all Member States, a direct descendant of that Union citizen (...)"'. The author also wonders whether the 2022 proposal for a European certificate of parenthood could be useful for the circulation of family statuses.

ECJ jurisprudence on homoparental families is also analysed by Luigimaria Riccardi. Without undermining Member States competences in the field of family law, the ECJ, by appealing to the rights that derive from the European citizenship, seeks to put a curb on discriminatory and sometimes, in my opinion, essentially homophobic national measures that pursue no other goal than to compress or deny rights.

4. The second section also contains essays on, *inter alia*: the limits to the Member States rules on granting or revoking national citizenship determined by EU law (Barel); the movement of students in the European Union (Pitrone); and the role that European Public Prosecutor's Office (EPPO) can play as a catalyst in the process of building European citizenship.

5. The third section focuses on active citizenship and participatory democracy. The introductory chapter of Susanna Cafaro is substantially devoted to the Conference on the Future of Europe, held between May 9 2021 and May 9 2022, and defined as an unprecedented democratic exercise on a European scale.

Among other chapters, the third section also contains the European citizens' legislative initiatives with particular reference to those that, in various ways, pertain to environmental matters (Festa); the reform of European electoral law, which is object of a specific proposal approved by the European Parliament on May 2022 (Colavecchio); and the so-called digital citizenship (Buonomenna).

6. As can be seen, this is a dense and well-articulated volume. In his afterword, Bruno Nascimbene believes that the individual contributions represent a cross-section about the evolving profiles of European and national citizenships.

It seems to me that the volume is also something more. It is a mine from which to extract valuable information as well as qualified reflections on the normative and jurisprudential developments on the subject of citizenship. Just to give a few more examples, in the book one can find considerations regarding the analyses of the concepts of peoples and citizenships in the legal thought of Kelsen, Jellineck and Böckenförde (Porena); the revocation of citizenship in the case-law of the African Court of Human Rights and Peoples' Right (Musmeci); the protection of bio-rights in the case of *post-mortem* fertilization (Martines); Brexit and European citizenship (Colucci, Naddeo); and more in general the new "borders" of a European citizenship that appears to be "under stress" (Di Stasi).

For this very reason, perhaps, a detailed analytical index would have been the umpteenth merit of this excellent and useful volume.